**AÇÃO DECLARATÓRIA** Pedido de **declaração de divergência** entre os **valores das duplicatas** e a do contrato efetivamente concretizado. Duplicata protestada e devidamente sustada por liminar.

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ....ª Vara DA COMARCA DE ....**

.........................................................., já qualificado nos autos acima epigrafados, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para ajuizar a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA,** que deverá seguir o rito ordinário, pedindo a citação de ...., pelos fundamentos e para os fins adiante expostos.

# I - O LITÍGIO

1. .... ajuizou medida cautelar de sustação de protesto preparatória da presente ação - que foi distribuída a esse respeitável .... juiz de direito.

A liminar foi concedida e cumprida no mesmo dia.

2. Agora e respeitando o prazo legal, vem propor a ação principal.

Embora os dados principais do litígio encontrem-se na inicial da cautelar, a autora reitera os termos daquela, trazendo ao r. Juízo todos os argumentos pelos quais entende indevido o protesto.

# II - OS FATOS RELEVANTES

3. A Autora é sociedade civil constituída para fim específico de prestar serviços médicos e hospitalares.

Recentemente, entabulou contrato verbal com a Ré visando à aquisição de produtos por ela comercializados.

Todavia e posteriormente, a Ré deixou de cumprir o anteriormente pactuado, exigindo valores excessivos como preço.

A Autora, então, entrou em contato com a Ré. Essa dispôs-se a rever o montante pretendido. As partes passaram a renegociar as condições e valores para pagamento.

Ocorre que, para surpresa da Autora, a Ré emitiu duplicatas e remeteu-as aos Ofícios de Protestos da cidade de ....

Consultando os Cartórios, a Autora pode verificar que se tratava de Títulos emitidos pela Ré, que supostamente de destinariam a cobrar o valor por ela pretendido antes de se iniciarem as negociações.

A Autora chegou a reputar que a remessa dos títulos a protesto, na pendência das negociações, deva-se um descompasso operacional de prepostos da Ré.

Entretanto, fato semelhante não pode ter o condão de impor à Autora os danos correspondentes.

# III - A INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO

5. A Autora desconhece a existência de causa para os títulos.

O negócio respectivo à compra e venda realizada entre as partes não autoriza a cobrança nos moldes propostos pela Ré.

A Autora somente pode imaginar que os títulos foram emitidos pela Ré em benefício próprio e em conflito de interesse com a relação jurídica que unia as partes.

6. Como se sabe, a duplicata é título causal, cuja emissão depende da existência de contrato entre as partes (Lei nº 5.474/68, arts. 1º, 2º e 20º).

A duplicata sempre se relaciona com a fatura. Essa, por sua vez, reflete a ocorrência de uma compra e venda ou prestação de serviços, vinculando-se ao negócio subjacente que lhe deu origem.

6.1. Como afirma WALDOMIRO BULGARELLI, "... os títulos causais, que chegaram a ter negado seu caráter de títulos de crédito, correspondem a um negócio determinado. Assim, na declaração cartular haverá referência ao negócio fundamental que lhe deu a causa, e as exceções decorrentes passam a ser cartulares. Nesta linha, por exemplo, a duplicata de mercadorias (regulada atualmente pela Lei 6.458/77) é um título causal, devendo corresponder necessariamente à entrega pelo vendedor ao comprador. Na falta de entrega da mercadoria ou outro vício do negócio fundamental, o sacado(comprador) poderá opô-los ao sacador (vendedor) como exceção causal." (Títulos de Crédito, Atlas, 1985, p. 51).

WALDEMAR FERREIRA, embora a propósito da legislação anterior, esclarecia que duplicata "... sem embargo de seu formalismo, tem que ser, necessariamente, a expressão dum contrato de compra e venda mercantil; e é esse o seu característico fundamental" (Tratado de Direito Comercial, Saraiva, 1963, vol. 10, p. 204).

6.2. As condições de negócio fundamental e de sua execução pelas partes comunicam-se ao título de crédito - quando se trata de título causal.

Concessa venia, a conduta da Ré concretizou grave violação dos princípios do Direito cambial. Não se aperfeiçoou negócio jurídico válido entre as partes a amparar a emissão das duplicatas.

Nem seria demais considerar a inexistência das duplicatas, por desatender ao rigor formal imposto pela Lei 5.474/68:

"A consequência mais direta dessa idéia causal seria a de que a duplicata emitida sem corresponder a um contrato de compra e vender, não seria duplicata; aliás, é afirmativa expressa de Waldemar Ferreira de que duplicata simulada não é duplicata; e não é precisamente porque é simulada. (Waldemar Ferreira, op. cit, nº 2.181, p. 192)." (BULGARELLI, Waldirio. Títulos de Crédito. 4ª ed. at. , Atlas, São Paulo, 1995, p. 342).

Ou seja, a falta de existência de negócio jurídico perfeito e vinculado à emissão do documento acarreta a própria inexistência jurídica do título de crédito.

Concessa venia, quando da remessa das duplicatas, as partes ainda não haviam acordado o preço dos serviços.

Assim, os papéis apresentados ao Oficial de Protesto não correspondem a duplicatas. Nesse caso, aqueles documentos não têm o condão de produzir os efeitos reservados às duplicatas. Não podem ser protestados e, tampouco, objetos de qualquer espécie de cobrança.

Nossos tribunais têm reiterado o entendimento de que a duplicata vincula-se à efetividade do serviço realizado - que deve vir discriminado na respectiva fatura. É o que consta do julgado abaixo, do E. 1º Tribunal de Alçada Cível da cidade de ....

DUPLICATA - Nulidade - Título que não corresponde a compra e venda mercantil ou prestação de serviços - Emissão relacionada com devolução de mercadoria - Inadmissibilidade - Ações de anulação e sustação de protesto procedentes.

"Não admissível o emprego de duplicata como título de cobrança executiva, sem que corresponda efetivamente a compra e venda mercantil ou prestação de serviços" (Ap. Cív. 384.744; Rel. Juiz SENA REBOUÇAS in RT 630/138).

9. A Ré buscou o protesto mediante a indicação do título ao Sr. Oficial. No dizer de FRAN MARTINS, "o portador terá de tirar o protesto mediante simples indicações feitas ao Oficial de Protestos, visto que não dispõe, o portador, de título para fazer presente àquele seventuário." (MARTINS, Fran. Títulos de Crédito. vol. II, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 210).

A tentativa de protestar por indicação comprova que a Ré não dispõe de título algum. O protesto por indicação só pode resultar da retenção do título pelo devedor. Ocorre que a Autora não detém qualquer título que vincule à Ré, pelo singelo motivo de que nada lhe foi apresentado.

9.1. .... aludiu à ausência de requisito essencial ao título para ser considerado como tal e assim, passível de protesto por indicação:

"A primeira hipótese verifica-se, embora rara, por abuso da faculdade, que tem o possuidor legal de um título cambiário, de promover o protesto sem apresentar o título, apenas mediante as indicações que faz ao Oficial de protesto (Lei nº 2.044, de 1908, art. 31). Nesta hipótese, ressalvado algum excepcional engano do protestante, esta age com dolo e o protestado será a vítima." (MOTA, Pedro Vieira. Sustação de Protesto Cambial. 6ª ed. aum., Saraiva , São Paulo, 1984).

Data venia, é o caso dos autos.

9.2. A condição de sociedade mercantil da Ré impede a consideração de "excepcional engano" seu ao tentar promover o protesto por indicação. O conhecimento inequívoco da praxe comercial e das regras que presidem as relações mercantis conduzem à conclusão obrigatória de que a Ré atuou com má fé.

9.3. Concessa venia, os títulos oferecidos a protesto são nulos por falta de causa lícita que os amparem.

Ainda que assim não fosse (o que se admite apenas para argumentar), a cobrança nos moldes valores impostos pela Ré colide com as disposições da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor.

Como se verá, ambos os diplomas contém comandos que reprimem a conduta abusiva do titular do poder econômico, em detrimento do consumidor.

# IV - ABUSO DE PODER ECONÔMICO E A REGRA CONSTITUCIONAL

10. A constituição de 1988 tutela o sistema de mercado que preside as relações mercantis.

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA, essa atividade reguladora reconhece a desigualdade econômica entre as partes contratantes e atua na repressão de condutas excessivas de uma contra a outra:

"A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois podendo pelo regime constitucional. Não raro, esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso" (Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª ed. RT, São Paulo, 1990, p. 666).

E cita passagem esclarecedora de GUILHERME A. CANEDO DE GUIMARÃES:

"Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa dos outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, abuso fica manifesto" (op. e loc. cit.)

11. Nem se contraponha que a caracterização do "abuso" dependeria de disciplina legislativa. Quanto a isso, é pacífico que a repressão ao abuso de poder não necessita de uma tipicação expressa, previamente efetivada por via legislativa. Essa foi uma conquista originada no campo do direito público, onde se consagrou a repressão ao desvio de poder, destinada a assegurar o controle do exercício de competências discriminatórias da Administração Pública.

De todo modo, o tema foi tratado pelo Código do Consumidor, como se verá abaixo.

12. Contudo, ao constar da Carta Magna, a regra ganha um sentido muito mais amplo: é alçado à categoria de princípio fundamental da ordem econômica.

Conforme ensinamento de MIGUEL REALE (in Questões de Direito, Sugestões Literárias, São Paulo, 1981, pp. 109-148), os princípios constitucionais da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais da produção e da repressão ao abuso do poder econômico são afetados quando uma categoria econômica, valendo-se do maior poderio econômico, impõe condições unilaterais que subordinam os hipossuficientes em razão da estrutura tecnológico-finaceira que manobra a seu arbítrio.

Adiante, o ilustre jurista demonstra que "Esse fato acontece sobretudo quando uma cadeia de forças de produção e de serviços é instaurada e posta em movimento por uma empresa em condições de traçar o modelo mais condizente com o seu objetivo de extrair o máximo de resultado econômico, transferindo aos demais componentes do sistema grande parte dos custos e dos riscos. A bem ver, de elo em elo, a transferência dos encargos e prejuízos atinge, em última análise, a própria coletividade, isto é o consumidor ou o usuário dos serviços". (op. e loc. cit.).

13. Configura-se, desse modo uma situação de desigualdade que a Constituição visa reprimir e que as partes desde litígio.

# V - CLÁUSULA ABUSIVA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

14. Autora e Ré entabularam um contrato de adesão típico.

No dizer de NELSON NERY JÚNIOR, "O Código não restringe o conceito de contratos constituídos por escrito, como também os celebrados verbalmente, podem ser contratos de adesão se verificados os requisitos da lei" (GRINOVER, Ada Pellegrini et al., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, p. 385).

14.1. A detenção de poder econômico pela Ré premiu-lhe formular unilateralmente as cláusulas do contrato, restando à Autora, premida pelas circunstâncias, acatá-las sem discussão.

Vale dizer: ou a Autora concordava com a íntegra das exigências da Ré, ou não haveria negócio algum. Desse modo, a Ré valeu-se da posição privilegiada que ocupava na relação contratual para fixar o preço que lhe aprouvesse.

14.2. Entretanto, o sistema do Código do Consumidor, no art. 39, V, impede a estipulação de preços que acarrete em vantagem demasiada ao fornecedor de produtos ou serviços.

Confirma-se o comentário de ARRUDA ALVIM:

"Dispõe o inciso V, que o fornecedor não poderá exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Há, neste ponto, verdadeiro conceito vago, a ser preenchido pelo juiz diante do caso concreto e suas peculiaridades."

"Vale ressaltar que cláusula que estabeleça vantagem excessiva para o fornecedor, poderá ser declarada nula de pleno direito (art. 51, I, deste Código), ou modificada, conforme o art. 6º, V, primeira parte". (Código do Consumidor Comentado, RT, São Paulo, 1991, p. 114).

15. Assim, o juiz tem duas opções, ao se defrontar com uma cláusula abusiva: ou modificada, conforme o art. 6º, V, ou a declara nula, como dispõe o art. 51, IV.

15.1. A primeira alternativa é a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, acarretando excessiva onerosidade ao consumidor.

Esse é o teor do art. 6º , V:

"Art. 6º. São direitos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

Logo, o consumidor tem direito à alteração do contrato, caso o fornecedor lhe reserve uma prestação que suplante despropositamente a sua própria. Tal é o magistério de NELSON NERY JÚNIOR:

"Esse princípio modifica inteiramente o sistema contratual do direito privado tradicional, militando o dogma da intangibilidade do conteúdo do contrato, consubstanciado no antigo brocardo 'pacta sunt servanda' " (op. cit., p. 311).

Indo avante, é forçoso transcrever a solução oferecida pelo doutrinador:

"O juiz, reconhecendo que houve cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor, ou que houve fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever efetivamente o contrato. Caso não haja acordo, na sentença deverá o magistrado, atendendo aos princípios da boa-fé, eqüidade e do equilíbrio que devem presidir as relações de consumo, estipular nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente" (op. cit. p. 312).

15.2. Com respeito, os parâmetros do contrato não seguiram os princípios aludidos pelo mestre paulista.

Data venia, esse comportamento não merece ser prestigiado, à vista do art. 6º, V, do CDC.

15.3. Quanto à nulidade da cláusula abusiva, a norma do art. 51, IV, carece de interpretação jurisdicional, quando da aplicação ao caso concreto:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade".

A referência à nulidade de pleno direito, no texto do artigo, tem exatamente o escopo de vincular o efeito de invalidação do negócio jurídico a um pronunciamento judicial. No dizer de NELSON NERY JÚNIOR:

"No regime jurídico do CDC as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las 'ex officio', porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão" (op. cit. p. 298).

Em todo caso e data venia, a Autora pretenderá que o contrato seja alterado para atender aos dispositivos apontados.

# IV - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

16. Data venia, o alegado débito deve ser apurado na via ordinária. Não pode ser objeto de determinação unilateral da Ré.

Tanto menos haveria a possibilidade de emissão de título representativo de débito, tal como fez a Ré.

17. A autora ataca essa questão em estrita atenção ao princípio da eventualidade. A Ré não é credora da Autora pela quantia apontada na duplicata. Não tem cabimento emitir duplicata para formalizar um crédito inexistente.

17.1. Desconstituído o título executivo por ausência de causa lícita que o ampare, não se pode aplicar o art. 49 do Dec. 2.044. A ação executiva não pode ser interada para a cobrança do valor expresso no documento, tampouco a determinação da existência da dívida e do seu montante pela Ré, isoladamente.

A tentativa de protestar as duplicatas, dirigiu-se supostamente ao preenchimento do requisito do inciso 2º do art. 15 da Lei 6.458.

Entretanto, a ausência de fundamento a escorar a emissão dos títulos descarta a hipótese de dotá-los de executividade através do protesto.

17.2. Sem preencher os requisitos do art. 15, inc. 1 e 2 e dos parágrafos 1º e 2º, resta a discussão em sede ordinária. Esse é o teor do art. 16 da Lei 5.474. Assim, restaria unicamente a via ordinária para a discussão do pretenso crédito da Ré.

# VII - CONCLUSÃO

18. A autora requer a distribuição por dependência da presente a esse r. Juízo de Direito, bem como seu apensamento aos autos da medida cautelar respectiva.

Citação da Ré pelo correio, para que querendo, conteste, a presente ação, sob pena de revelia.

Pretende produzir as seguintes provas:

a) Perícia contábil, tendo por objeto a documentação em poder da Ré, visando a definir quais os valores anteriormente cobrados;

b) Requisição de documentação à Receita Federal, Estadual e Municipal, para evidenciar se as cobranças efetivas pela Ré incluíam o recolhimento dos tributos correspondentes;

c) Testemunhal, para comprovar os termos anteriores do contrato e o trâmite de negociações acerta de novos valores;

d) Depoimento pessoal do representante legal da Ré.

Protesta, ainda pela juntada de documentos em poder de terceiros.

Pede que seja julgada procedente a presente ação para declarar a extensão e conteúdo da situação jurídica existente entre as partes, inclusive para definir quantias e prazos de pagamento, além de condenar a Ré ao cumprimento de obrigação de não fazer, consistente na abstenção de condutas tendentes a constranger ao pagamento do valor de todas as duplicatas levadas a protesto, confirmando-se definitivamente sua sustação.

Espera também que a r. sentença imponha à Ré condenação compatível com sua sucumbência, inclusive ao pagamento de despesas processuais e de honorários advogatícios.

Reporta-se expressamente a todos os documentos juntados com a inicial da cautelar. Entretanto e se esse digno reputar necessário, pede a concessão de cinco dias para providenciar o traslado das peças.

Dá à causa o valor de R$ .... (....).

Pede deferimento.

.... de .... de .....

..................

Advogado OAB/...