

O PROCEDIMENTO MONITÓRIO E SEUS PROBLEMAS INICIAIS: EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO E A CITAÇÃO DO RÉU DIREITO À VIDA

Rodrigo Valente Giublin Teixeira*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve Panorama Histórico. 3. A Tutela Monitória. 4. A Exceção do contrato não cumprido. 5. Citação. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Brief History View. 3. Monitory Tutelage. 4. The exception of non executed contract . 5. Citation. 6. Conclusion. 7. Bibliography.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve Panorama Histórico. 3. Tutela Monitória. 4. Excepción contrato no cumplido. 5. Intimidación judicial. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

RESUMO: O estudo pretende mostrar o procedimento monitorio e os problemas processuais que a ação pode ter antes mesmo que o réu venha a ser citado. A legislação é omissa e a jurisprudência não é uniforme, trazendo ao operador do direito a incerteza quanto a sua eficácia.

ABSTRACT: The study intends to show the monitory procedure and the problems that the lawsuit could have before the accused is cited. The legislation is faulty and the jurisprudence isn't uniform, bring to the law operator dubiety how your efficacy.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Processo Civil e Direito Civil. Advogado em Maringá - PR.

RESUMEN: *El trabajo pretende mostrar el procedimiento monitorio y el problemas procesal que a acción pode tener antes mismo que el reo veni a ser intimidación judicial. A legislación es omisa y a jurisprudencia no es uniforme, traendo al operador do derecho a indeterminación cuanto a sua eficacia.*

PALAVRAS-CHAVES: *Prova unilateral. Citação ficta. Ineficácia. Cognição sumária. Tutela Diferenciada.*

KEY-WORDS: *Unilateral proof. Impersonal citation. Inefficacious. Summary Cognition. Distinct tutelage.*

PALABRAS-LLAVES: *Prueba unilateral. Intimidación judicial impersonal. Ineficacia. Cognición sumaria. Tutela diferenciada.*

1. Introdução

Comumente utilizado no judiciário brasileiro, os contratos de abertura de crédito com obrigações e garantias ensejam a propositura da ação monitoria, eis que o mesmo é considerado, assim como outros contratos, como o de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente para garantia de cobertura de cheques, um título hábil para a competente ação.

Todavia, tais títulos podem, a princípio, não serem considerados documentos hábeis para a propositura da Ação Monitoria, eis que há alguns entendimentos neste sentido, de que o referido título não seria hábil a instruir a petição inicial, podendo então, serem extintas as ações, de plano, sem julgamento de mérito, por falta de título monitorio.

Outro ponto a ser abordado, que obstaculiza o procedimento monitorio em sua gênese, é a citação do réu, quando este se encontra em lugar incerto e não sabido, em virtude da falta de previsão legal e da ausência de uniformidade na jurisprudência.

2. Breve Panorama Histórico

Em decorrência da proposta em produzir este texto, primando pela objetividade da matéria discutida, vamos nos ater a apenas um bosquejo histórico, de modo que se saiba a gênese da tutela monitoria, que leve a uma noção, ao menos perfunctória, da cronologia deste instituto.

Os interditos, medida criada no direito romano, talvez seja o instituto mais remoto e ao mesmo tempo próximo da tutela monitória, remota no sentido de antiguidade e próximo quanto a suas características.

Assim, os interditos autorizavam ao pretor a utilizar-se de meios complementares de tutela, por meio de uma cognição sumária das alegações feitas pelo requerente, através de um juízo de verossimilhança, devido a este juízo sumário o interdito não se tornava definitivo e em não se atendendo os pressupostos de fato em que se baseou o pretor era instaurado o procedimento ordinário.

Devidos às estas similitudes, é provável que a tutela monitória possa ser um aperfeiçoamento destes interditos. Todavia, há de se ressaltar as diferenças entre os institutos em discussão. Ao revés da tutela monitória, que busca a constituição de um título executivo, os interditos visavam apenas a manter um estado de fato¹.

Em um passado mais recente, temos a ação decendiária, criada nas Ordenações Manoelinas, originada do Direito Lusitano. Durante o reinado de D. Manoel, “O Venturoso”, surge a necessidade de realizar-se a revisão e atualização das “Ordenações Afonsinas”, surgem então, as Ordenações Manoelinas.

A primeira edição aconteceu em 1514, mas como foi terminantemente proibida por D. Manoel, delas existem poucos exemplares em todo o mundo.

Em 1521, sai a segunda edição das Manoelinas, que apesar de ter seu valor, perde e muito para as Ordenações Afonsinas.

Nas Manoelinas ainda existia a determinação de recorrer ao Direito Romano ou ao Direito Canônico, em caso de omissão. O conteúdo básico era o mesmo da obra de Justiniano.

Prevista no livro III, número XVI, a Ação Decendiária era aduzida com o seguinte texto: “Em que maneira se procederá contra os demandados por escrituras públicas, ou alvarás, que têm força de escritura pública, ou reconhecidos pela parte”. Tem-se a nomenclatura decendiária pois deveria ser assinada no prazo de dez dias.

O procedimento da Ação Decendiária variava conforme o comportamento adotado pelo réu. Assim, preenchendo os requisitos, tais como documento público que provasse um determinado crédito, o juiz assinava um prazo peremptório de dez dias para que o réu pagasse a dívida que estava sendo cobrada, ou embargasse, provando então que já havia pagado ou então invocando qualquer outra defesa legal.

¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela Monitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36-37.

Em 1603, D. Felipe II, rei de Portugal e Espanha, promulga as Ordenações Filipinas, que também seguem o mesmo conteúdo básico da obra de Justiniano.

As Ordenações Filipinas, é a última etapa das ordenações, tem maior clareza devido à linguagem mais clara, mas já nasceram envelhecidas, pois é uma versão atualizada das Ordenações Manoelinas.

Apesar dos interditos romanos se assemelharem muito à tutela monitória da Lei 9.079/1995, é com a Ação Decendiária que há um maior sincronismo de características e procedimentos.

Todavia, a Ação Monitória instituída em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.079 de 14 de julho de 1995, somente apresentou uma nova roupagem à Ação Decendiária, pois foi inspirada na legislação italiana o atual texto.

3. A Tutela Monitória

A palavra monitória é um substantivo feminino que deriva do latim *monere*, *monitoriu*, utilizada antigamente como carta de intimação para depor, o substantivo, tem duas acepções: é um aviso com que se convida o público a ir dizer o que souber acerca de um crime, e também uma advertência, um conselho.

Hodiernamente, aplicando-se à ciência jurídica, utiliza-se a palavra monitória como um adjetivo que significa advertir, admoestar, repreender².

Aquele que possuir prova escrita sem eficácia de título executivo, e pretender obter pagamento de soma de dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel, poderá valer-se da tutela monitória.

A lei 9.079/95 não determinou quais são os tipos de prova escrita hábeis a ensejar a propositura da ação monitória, coube a doutrina e a jurisprudência preencher esta lacuna.

Entende-se como prova escrita tanto a prova preconstituída quanto a casual. Tem-se a prova preconstituída aquele instrumento elaborado no ato da realização do negócio jurídico para registro da declaração de vontade, já a prova casual é aquela que não foi constituída para fins de prova, não havia a intenção de documentar o negócio jurídico, mas que, em virtude do inadimplemento de uma das partes, o instrumento pode estabelecer um nexo causal entre as partes³.

² Cf. Dicionário Aurélio e Michaelis.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2000, p. 339.

A prova preconstituída seria, por exemplo, um contrato de abertura de conta corrente. Este documento, em específico, chama atenção, pois era constantemente utilizado como título executivo extrajudicial, a jurisprudência oscilava bastante, no sentido de aceitá-lo ou não como título executivo.

A pá de cal veio com a súmula 233, do Superior Tribunal de Justiça, que rechaçou de vez a admissibilidade do referido título como executivo.

Contudo, a súmula 247 do mesmo Tribunal pacificou que é documento hábil para a propositura da ação monitória, desde que venha acompanhado do demonstrativo do débito. Outros exemplos de prova preconstituída são o cheque prescrito, a duplicata sem aceite etc.

Em se tratando de prova casual, tem-se, por exemplo, as notas de posto de gasolina que discriminam o cliente, a quantidade de combustível comprado e o aceite do cliente ou as fichas de consumo de padaria que discriminam quantos pães, quantos gramas de queijo, ou seja, algum documento que comprove a relação denexo causal entre as partes.

Documento escrito, preconstituído ou casual, no dizer de Garbagnati, citado por Nelson Nery Junior⁴, é todo e qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória.

O procedimento monitório brasileiro classifica-se, em relação às provas, como monitório documental, que não deve ser confundido com o monitório puro. Este dispensa da prova documental para sua propositura, aquele considera como imprescindível que a petição inicial deva estar fundamentada em uma verossimilhança do direito pleiteado.

Com a petição devidamente instruída, o juiz, de plano, deve expedir o mandado monitório que confere ao réu a possibilidade para pagamento da dívida ou a oposição de embargos monitórios no prazo de 15 dias, oferecendo embargos o mandado monitório ficará suspenso até o seu julgamento.

Por ser uma ação de conhecimento com caráter condenatório, é imprescindível que a petição inicial preencha os requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Embora equiparado a uma sentença condenatória, o efeito do mandado monitório é provisório. Tanto que será revisto na ocasião da sentença de procedência dos embargos, eventualmente opostos⁵.

⁴ Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Ação monitória - do procedimento monitório. In: Revista Jurídica, nº 222, abr. 1996.

A competência quanto ao juízo é matéria controvertida em nossa doutrina. Há os que consideram, como Nelson Nery Junior⁶, por o procedimento monitório não haver regra especial, seguindo os dispositivos do Código de Processo Civil que, desde que observado o teto máximo de 40 salários mínimos e que a Fazenda Pública não figure no pólo passivo da demanda, que a ação monitória pode ser proposta nos Juizados Especiais.

Todavia, para a maioria da doutrina a tutela monitória pode ser considerada como diferenciada, já que possui uma ou mais características distintas das que possui a chamada tutela jurisdicional ordinária.

Estas características distintas aparecem na diferenciação do procedimento específico que aparece em função da própria natureza do direito material em jogo, através do uso da cognição não exauriente⁷.

Pode-se afirmar que o legislador adotou um procedimento diferenciado para cada crise diferente, assim o é para embargos de terceiro, habilitação dos herdeiros etc. A própria lei, através do Código de Processo Civil, em seu artigo 1102-A, determina para qual fim a tutela monitória se destina.

Assim, a classificação da tutela monitória como tutela diferenciada, tal como a tutela cautelar e a tutela antecipada, é a mais plausível, haja vista que o juiz que apreciar a petição inicial fará apenas um juízo de cognição sumária.

Proto Pisani, processualista italiano, salientou a importância de se buscarem técnicas diferenciadas de tutela, mostrando as suas finalidades, que são exatamente as finalidades do processo monitório. Em primeiro lugar, evitar o custo do processo de cognição plena por intermédio de técnicas de cognição sumária. Com isso, em segundo lugar, efetivar a tutela jurisdicional para torná-la adequada à relação jurídica de direito material subjacente. E, em terceiro lugar, evitar o abuso de direito de defesa pelo demandado, sem suprimir suas garantias constitucionais, mas tentando vencer as resistências que o mesmo costuma alegar para retardar o processo.

E esta é a finalidade última do procedimento monitório: exatamente acelerar a formação do título executivo judicial sem as complicações e as demoras do processo ordinário de conhecimento. Sabemos que não pode haver qualquer execução sem título, e, por isso, quando não há esse títu-

⁶ Op. cit.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

lo, o Direito Processual tenta abreviar o caminho para a sua constituição, abrindo mão das delongas que, normalmente, seriam necessárias num processo de conhecimento que levasse a uma sentença condenatória e, a partir daí, ao título executivo judicial⁸.

O entendimento fundamenta-se no artigo 1102-B, do Código de Processo Civil, onde prevê que o magistrado deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo estipulado pela lei, sem mesmo antes do réu ter oportunidade de se manifestar.

Feitas estas considerações iniciais, de modo a conhecer, ao menos perfunctoriamente, o procedimento monitorio, passa-se a abordar os problemas primordiais quanto ao seu regular andamento.

O enfoque será quanto a exceção do contrato não cumprido, que pode acarretar no indeferimento de plano da ação monitoria e no óbice quanto a citação do réu que se encontra em lugar incerto e não sabido.

4. A Exceção do Contrato não Cumprido

Conforme explicitado alhures, se a petição inicial preenche os requisitos necessários, estando em consonância com os artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil e instruído com prova escrita sem eficácia de título executivo deve o juiz expedir o mandado monitorio para pagamento ou entrega de coisa no prazo de quinze dias.

A princípio, poder-se-ia então, instruir a inicial com qualquer prova, seja ela um documento preconstituído ou casual. Entretanto, nos documentos bilaterais, tais como contratos, pode-se haver um óbice ao desenvolvimento regular do procedimento monitorio.

Nos casos em que a prova é um documento bilateral, derivado de um direito pessoal, onde ambas as partes têm obrigações e deveres há uma peculiaridade que deve ser considerada: o credor somente pode exigir do devedor que este cumpra sua obrigação se ele próprio já cumpriu a sua, por exemplo, em um contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, em que a Instituição Financeira disponibiliza um crédito ao mutuário, se este não quitar seu débito com a Instituição esta pode acioná-lo juridicamente, utilizando-se do contrato de abertura como prova para a propositura da ação monitoria.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Monitoria. In: Revista Consulex, Brasília: Consulex, ano I, n.º 6, jun. 1997.

Contudo, apenas este contrato, apesar de ser prova preconstituída, não é hábil para a propositura da ação, de acordo com o texto da súmula 247, do Superior Tribunal de Justiça⁹, pois o magistrado não poderia, somente com um juízo apriorístico, certificar-se que a Instituição Financeira adimpliu com seus deveres, qual seja, no caso concreto, disponibilizou o crédito ao mutuário.

Assim, a prova pré-constituída do crédito não deve ser lastreada apenas em documento bilateral, já que neste caso seria impossível um juízo apriorístico de sua existência ou exigibilidade que, por exemplo, poderia estar comprometida pela exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2002.

O dispositivo em tela assegura que nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro.

De tal forma, com base nesta linha de raciocínio, temos que a prova exauriente não pode ser produzida antes da expedição do mandado monitório e da adoção de uma das condutas possíveis do devedor, excluindo, deste modo, os contratos bilaterais, pois ensejaria em um juízo de valor, que seria somente feito após a apresentação dos embargos monitórios, fato que impediria o prosseguimento da tutela monitória.

Alguns doutrinadores, como Eduardo Talamini, asseveram que no caso do contrato de abertura o banco deverá, obrigatoriamente, apresentar extratos da conta corrente, todavia estes documentos são produzidos unilateralmente, cabendo ao juiz apreciar a idoneidade destes.

Carnelutti admite que, no procedimento monitório, o juiz avalia livremente a prova escrita, realizando cognição do mérito, ainda que sumária.

Ernane Fidélis dos Santos afirma que, em sentido processual, o título deve ser oriundo de obrigações incontroversas e devidamente limitadas, o que nos faz reportar novamente à exceção do contrato não cumprido. Insta ressaltar que não se configura a incontrovérsia ante a inexistência de contraditório, que somente será obtido após a expedição do mandado monitório.

Apenas a título comparativo, o cheque prescrito, por sua vez, é um título monitório propriamente dito, e que quando apresentado em peti-

⁹ Súmula 247, STJ. O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

ção inicial dispensa o exame sumário do mérito. Isso ocorre pela sua abstração face à relação causal, esta hipótese deriva da lei específica que confere esta qualidade ao cheque, e não dos preceitos específicos do processo monitorio.

Examinadas as provas da inicial o juiz não decide de forma oportuna ou conveniente para o fim de expedir o mandado monitorio e sim se há crédito que justifique a sua expedição.

É exatamente pelo livre convencimento do juiz é que devemos tomar a cautela, pois o autor sujeita-se ao livre alvedrio do magistrado se este considera os contratos bilaterais um título hábil a propositura da monitoria, e mesmo podendo reverter sua decisão nos tribunais há a imensa perda de tempo que o recurso leva para ser julgado, pois é notória a morosidade do poder judiciário em sede recursal.

5. Citação do Réu

Ao tempo da citação do réu, podemos encontrar duas possibilidades, uma é a citação conforme os preceitos legais, chamando o réu ao juízo, estabelecendo a lide, tornando o juízo prevento, induzindo a litispendência, constituindo em mora o devedor e interrompendo a prescrição, em ocorrendo esta situação não há nada mais a se abordar sobre o tema em epígrafe.

Todavia, pode ocorrer, o que não é raro, que o réu, pessoa física ou jurídica, não seja encontrado no endereço conhecido pelo autor, implicando na devolução do mandado de citação sem o seu devido cumprimento.

Assim, considerando o réu em lugar incerto e não sabido, a primeira reação que o autor pode considerar é a citação por edital, contudo, não é tão simples quanto pode parecer.

A legislação pertinente, em seus artigos 1102-A usque 1102-C, nada aduz sobre as formas permitidas para a citação, levando o intérprete a aplicar as normas gerais do Código de Processo Civil, mais precisamente o art. 221, III, que determina a citação por edital quando incidir as situações previstas no art. 231, do mesmo Código, ou seja, quando o réu for desconhecido ou incerto; quando o lugar que ele se encontrar for ignorado, incerto ou inacessível; ou ainda, quando a lei expressamente dispor, como, por exemplo, nos inventários, usucapião etc.

Contudo, não é este o entendimento majoritário da doutrina pátria, que não aceita a citação ficta no procedimento monitorio, ante a possibilidade das conseqüências desta citação fugam da finalidade da tutela monitoria, que é a rápida constituição do título executivo.

A própria lei assegura esta finalidade quando dispõe que se o réu abrir mão dos embargos monitorios o título será constituído, de pleno direito, em título executivo judicial, assim a mens legis é no sentido de que esta inércia somente se caracteriza pela vontade do réu em não embargar e não pelo seu desconhecimento, o que justamente ocorre nos casos em que é realizada a citação por edital.

Mas não é somente por esta razão que a doutrina não aceita a citação ficta no procedimento monitorio, traçando um paralelo com o procedimento ordinário, quando o réu é citado por edital, o juiz, obrigatoriamente, nomeia um curador e não se aplicam os efeitos da revelia, ou seja, não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo autor, tanto é que se pode, neste caso, contestar por negativa geral. Já no procedimento monitorio não seria lógico que se o réu não interpusse os embargos monitorios fosse constituído, de pleno direito, o título executivo judicial.

A jurisprudência tem divergido bastante sobre a possibilidade ou não da citação ficta no procedimento monitorio, o que torna imprevisível o acolhimento ou não do requerimento.

Diante desta situação, que não compromete o processo mas acaba tornando-o ainda mais moroso, vê-se que a intenção de que o procedimento monitorio fosse célere para constituir um título executivo judicial que ensejasse a pronta execução só ocorre no plano teórico, pois é sabido que, em esmagadora maioria das ações monitorias o devedor oferece os embargos, tornando o então visado processo célere em mais um do rito ordinário.

6. Conclusão

Pelas razões apresentadas, que podem macular o regular desenvolvimento da tutela monitoria, quer seja pelo indeferimento de plano da petição inicial com base na exceção do contrato não cumprido, quer seja pelo problema quanto a citação do réu quando este encontra-se em lugar incerto e não sabido, e sendo a lei lacunosa quanto a esta regulamentação,

tem ocorrido o requerimento de conversão do procedimento monitório em procedimento ordinário de cobrança.

Conclui-se que a tutela monitória é uma lei que não se adequa perfeitamente ao nosso ordenamento jurídico, pois o fim por ela colimado é dar uma chance a mais ao devedor para pagar, de imediato, a sua dívida e ainda ficar isento de custas e honorários advocatícios, mas a grande maioria dos devedores não enxerga esta prerrogativa como um ato de consideração que a lei e o credor estão lhe oferecendo e sim como uma forma a mais de protelar o pronto pagamento, pois, ao contrário do que ocorre nas execuções, ao devedor basta impugnar a inicial para suspender o mandado monitório sem precisar oferecer bens como garantia.

Pode ser uma questão social ou econômica, mas enquanto o devedor não sentir em seu patrimônio que a sua inércia pode lhe causar prejuízos ainda maiores ele não terá interesse em quitar suas obrigações com o credor.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, J. E. Carreira. Ação Monitória. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. Procedimento monitório. 2. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. Da ação monitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Monitória. In: Revista Consulex, Brasília: Consulex, ano I, n.º 6, jun. 1997.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 20. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LISBOA, Celso Anicet. A utilidade da ação monitória. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Do procedimento monitório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Ação monitória - do procedimento monitório. In: Revista Jurídica, n.º 222, abr./1996

- TALAMINI, Eduardo. Tutela Monitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação Monitória: lei 9.079, de 14.7.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.