

A tese de Carnelutti - Apreciação sobre a ação monitória

A tese de Carnelutti sustenta uma explicação para a ação monitória sendo uma função diferente do processo de conhecimento e do processo executivo, consubstanciando assim num tertium genus entre a cognição e a execução.

Gisele Leite

A tese de Carnelutti sustenta uma explicação para a ação monitória sendo uma função diferente do processo de conhecimento e do processo executivo, consubstanciando assim num tertium genus entre a cognição e a execução.

Gisele Leite

A locução tutela jurisdicional diferenciada foi inicialmente cunhada por Proto Pisani e serve para indicar a reunião de vários procedimentos estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais de natureza plenária ou sumária (cautelar ou sumária) que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pela Constituição Federal.

Ovídio Baptista assevera que a maior novidade científica no âmbito jurídico, passou a ser a revitalização constante de modelos extra ordinem de tutela, elencados pelas espécies de tutela jurisdicional diferenciada.

No Brasil, no afã de superar as agruras do procedimento ordinário veio a nova configuração do art. 273 do CPC determinando explicitamente e de forma genérica a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Havendo prova preconstituída inequívoca, hábil a fornecer ao julgador alto grau de confiabilidade em conceder a tutela antecipada. Principalmente quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil ressarcimento, desde que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório.

Ou ainda, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o inequívoco intuito protelatório do réu. Tudo com o escopo de acelerar a marcha processual que encontra índole supranacional na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Duas clássicas monografias de Skedl na Alemanha e de Calamandrei, na Itália (1926) tratavam a respeito do procedimento monitório. Aliás, na Itália, o procedimento monitório já se conhecia desde do ensaio de Carlos Alberto Nicoletti publicado em 1975 e, ainda a monografia de Edoardo Gabagnati.

Nas palavras de Pajardi: “o procedimento monitório salvou a justiça italiana na segunda metade deste século”. Em França, o artigo de Roger Perrot já fazia menção ao procedimento monitório.

O Professor Stoffel teria sugerido a generalização de tais regras procedimentais, que culminam com o commandement de payer, a outras hipóteses que exigem um processo simples e rápido.

No direito positivo espanhol não é admitido o procedimento monitório apesar de

alguns doutrinadores como Antonio Maria Lorca Navarrete membro do Instituto Vasco de Decreto Procesal defende-lo com grande ênfase.

Também Enrique Vescovi preconiza a necessidade da introdução da técnica monitoria ao sistema ibero-processual. Com efeito, o procedimento monitorio, ínsito na tutela jurisdicional diferenciada (sumária não cautelar) visa neutralizar o lapso de tempo entre o início do processo e a sentença.

Não se suprime a via do procedimento comum, porém, salientando que o fator tempo tornou-se um dos elementos dominantes para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Logo cumprindo a primordial missão de servir de meio da efetiva realização dos direitos.

É importante ressaltar que as expressões procedimento monitorio e procedimento injuntivo são utilizadas como sinônimas pela generalidade dos doutrinadores. O direito do jurisdicionado de obter a tutela executiva do Estado nasce apenas quando aquele estiver previamente munido de uma declaração de certeza da natureza condenatória.

Para conquistar o título executivo, o interessado deverá recorrer inicialmente ao processo de conhecimento. Ensina Chiovenda a sentença nasce como preparação da execução, como sentença de condenação ...

Lembra oportunamente Calamandrei que nada obsta a que cognição prévia seja reduzida ou mesmo suprimida tantas vezes quantas o ordenamento jurídico oferecer para a construção do título executivo meios mais rápidos e econômicos do que a via lenta, complicada e dispendiosa, do procedimento ordinário.

Entre as técnicas de sumarização da cognitio insere-se a do procedimento monitorio no qual o juiz emite uma ordem liminar, inaudita altera parte, determinando que o devedor pague certa quantia ou entregue uma coisa ao credor.

Assim, num primeiro momento, a cognição judicial, não se afigura exauriente, uma vez que não há lugar, initio litis, para o exame eventuais razões do demandado.

A summaria cognitio de Chiovenda visa à antecipação da execução, a declaração emitida tem prevalente função executiva, no sentido de construir com celeridade o título executivo.

O procedimento cognitório formal e a ausência de contraditório inicial caracterizam o procedimento monitorio, visto que a ordem dirigida ao possível devedor é proferida inaudita altera parte.

Desenrola-se em duas fases nítidas: a primeira, que diz respeito ao procedimento monitorio propriamente dito; e a segunda, que tem lugar quando o devedor se opõe ao mandado de pagamento.

O procedimento monitorio reclama, via de regra, os mesmos requisitos do procedimento comum, isto é, deve ser iniciado mediante apresentação de petição inicial escrita, objetivando sempre, a obtenção de decisão de natureza condenatória.

Calamandrei ressalta que para ser admitida a inicial, basta que o crédito alegado, exigível no momento de ajuizamento da demanda, apresente-se determinado, é o requisito da certeza necessário para a execução forçada, constitui, não um

pressuposto, mas uma consequência do procedimento monitório mediante o qual, por falta de oportuna impugnação do suposto devedor, o mandado de pagamento adquire a eficácia de uma verdadeira e própria declaração judicial de certeza.

É óbvio que o procedimento monitório é recomendado para litígios que não contenham questões de alta indagação, ou seja, aqueles de matéria contenciosa relativamente simples, como por exemplo, cobrança de honorários por profissionais liberais; a cobrança fundada em extratos autênticos de livros contábeis, ou em títulos cambiais que, dado carecerem de um requisito formal ou por estarem “prescritos”, não ostentam eficácia executiva; etc.

É indispensável a comprovação dos fatos articulados mediante prova escrita, tratando-se de condição específica de admissibilidade da ação. Tendo a doutrina italiana estabelecido com amplitude o conceito de prova escrita.

Consoante a lição Carnelutti, esse pressuposto consistiria no título injuntivo que surge por um paralelo ao título executivo.

Carnelutti ainda observa que este se presta para obtenção daquele, e, por tal razão, ostenta caracteres menos rigorosos do que os exigidos para a formação dos títulos executivos.

Aldo Cavallo esclarece que se deve entender por prova escrita “qualquer documento, desprovido de certeza absoluta, merecedor de fé, pelo juiz quanto à autenticidade e eficácia probatória”.

A ausência de contraditório na fase inicial do monitório ressalta a impossibilidade para o devedor apresentar imediata contestação ao material probatório produzido pelo demandante, consiste em fator determinativo da dilatação da regra do livre convencimento do juiz.

E mesmo a atual orientação dos tribunais italianos que têm permitido, mesmo antes da prolação do direito de injunção a intervenção do réu, que tomou conhecimento do ajuizamento da demanda, para apresentar documentos demonstrativos da inexistência do crédito exigido.

Uma vez preenchidos os elementos de convicção constantes de petição inicial deverá então ser proferida a decisão determinando a expedição do competente mandado de pagamento.

O decreto injuntivo tem natureza de acertamento judicial, em tudo idêntico ‘aquele contido em uma sentença definitiva de condenação emitida ao final de um procedimento comum de cognição.

Mesmo a sumariedade da cognição não retira da jurisdição no procedimento monitório o caráter declarativo que é peculiar ao processo de conhecimento.

A eficácia de coisa julgada do decreto de injunção que está sujeita a uma condição iuris exatamente como sucede com a sentença pronunciada em um processo ordinário de cognição (que igualmente se subordina à condicio iuris representada pela preclusão para qualquer manifestação de parte contrária).

Expedida a ordem de pagamento, o devedor será citado para cumpri-la ou oferecer oposição. Não o fazendo a consequência imediata é a precipitação temporal da

formação do título executivo.

O silêncio do demandado implica na inviabilidade de um ajuizamento de uma actio nullitatis autônoma visando o reconhecimento de eventuais vícios no conteúdo e no mérito do provimento monitório.

A não - oposição à decisão liminar encerra assim a primeira fase do procedimento monitório e produz uma preclusão endoprocessual. Havendo oferta de defesa pelo devedor o mandado de pagamento se resolve em citação.

É vexata quaestio a natureza jurídica do procedimento monitório, onde alguns juristas o posiciona entre os procedimentos da jurisdição voluntária, onde a decisão não adquire a eficácia de res iudicata.

A tese de Carnelutti sustenta uma função diferente do processo de conhecimento e do processo executivo, consubstanciando assim num tertium genus entre a cognição e a execução.

Garbagnati adverte que a única peculiaridade é a de criar mais celeremente um título executivo. Sendo inequívoca a sua natureza de processo de conhecimento.

A categoria erigida por Chiovenda, a das declarações com prevalente função executiva na qual se insere o decreto injunção encontra ressonância na atualidade.

Chiovenda assinala ainda que, por ser incompleta a cognição do juiz quanto aos argumentos dos litigantes, as declarações com prevalente função executiva gozam no momento em que são exaradas de um caráter provisório distinguindo-se assim, das sentenças condenatórias.

Explica Calamandrei que se compararmos a decisão liminar do procedimento monitório com a sentença condenatória do procedimento comum, no momento em que ocorre a preclusão, não se pode entrever qualquer discrepância entre elas.

A especialidade da estrutura procedimental monitória e da forma do pronunciamento judicial é ditada exclusivamente pelo de acelerar ao máximo o reconhecimento do direito usando à formação do título executivo.

Sob a ótica processual, o procedimento encerra assim uma espécie de privilégio ao credor no que se refere as provas e ao caráter diferido e eventual do contraditório.

Destas forma, prevalece na doutrina italiana o entendimento de que o procedimento monitório documental tem natureza de processo de conhecimento.

Se preocupa a doutrina atual em saber se o procedimento monitório está consoante as exigências do due process of law. Ao lado de ser o demandado, o direito de ser informado do aforamento da ação deve também ter a garantia da plenitude da defesa.

A possibilidade do devedor opor-se, em momento sucessivo ao provimento inicial constitui o fundamento da legalidade do due process of law. Adequa-se perfeitamente à concepção moderna de que o direito à prestação jurisdicional célere e eficaz que é corolário do mandamento constitucional que assegura o devido processo legal.

A propósito pela adoção do procedimento monitorio no direito brasileiro já propugnava Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Junior desde 1976 e também constava no Anteprojeto de modificação do CPC elaborado em 1985.

Aproveitando a sugestão do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira apresentou proposta semelhante ao Congresso Nacional que culminou no projeto de lei 3.805/93 que foi mais tarde convertido em Lei 9.079 de 14/07/1995.

Foi denominada de ação monitoria, acrescentando os artigos 1o., 1.102, 1.102b, 1.102c e parágrafos 1o.,2o., 3o., e, por fim, o art. 2o.

A ação monitoria consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciando em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega da coisa, visa a obter a satisfação de seu direito.

É procedimento especialíssimo em face da sumariedade formal da cognição e de outros aspectos. O pronunciamento jurisdicional é proferido inaudita altera parte.

Não se trata de procedimento materialmente sumário e sim, formalmente sumário. São múltiplas as hipóteses de cabimento da ação monitoria desde que o interessado tenha documento escrito, público ou particular, que justifique o crédito e que não contenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

A legitimação enfatiza Donald Armelin é qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida o mérito da lide sub judice.

Daí emerge a situação da parte no processo, a demanda pode ser ajuizada pelo titular do crédito, assim reconhecido pela documentação que deverá instruir a petição inicial.

O legitimado passivo será o devedor seja principal ou solidário. Havendo então pluralidade de demandados, não cumprida a ordenação judicial no prazo legal, mas ofertados os embargos apenas por um ou por alguns deles, a respectiva decisão passa a valer como título executivo em face dos réus que se mantiverem inertes.

A solidariedade não implica em litisconsórcio necessário, não pode restar dúvida de que o mandado de pagamento em relação a estes. Convola-se em ordem de citação, iniciando-se a execução contra os devedores que nada alegaram em prol de seu respectivo direito.

Assinala Humberto Theodoro Junior que se torna inviável realmente a aplicação da ação monitoria contra a Administração Pública. E José Rogério Cruz e Tucci reitera que não cabe monitoria em face da Fazenda Pública por absoluta e manifesta falta de interesse processual.

O autor deverá na petição inicial da ação monitoria apresentar o fato constitutivo de seu crédito e o fato violador, do respectivo direito(causa petendi remota) originando-se daí a demonstração de seu interesse processual. Deverá comprovar documentalmente(causa petendi próxima).

O valor da causa corresponderá ao da quantia ou da coisa sobre a qual recai a

pretensão do autor. Deferida a expedição do mandado de pagamento na qual deverá constar expressamente que o silêncio do réu implicará na constituição do título executivo, assinalado ao requerido o prazo de 15(quinze) dias para cumprir a ordem judicial.

Deve tal prazo ser computado a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido(ex vi ao art. 184 do CPC). Impõe-se a instrução da peça exordial coma prova escrita que corresponde ao documento demonstrativo de crédito, em princípio, líquido e exigível mas desprovido de certeza, merecedor de fé pelo julgador, quanto à sua autenticidade e eficácia probatória.

O título injuntivo é dotado de exigibilidade e liquidez vez que a certeza será agregada ao documento pela decisão judicial que determina o pagamento ou a entrega da coisa.

O ato que indefere a inicial da ação monitória pode ser impugnado por apelação e não impede a propositura da ação monitória ou mesmo de posterior ajuizamento de cognição exauriente.

A decisão de expedir mandado de pagamento possui natureza híbrida condicionada à atitude a ser tomada do réu. Esclarece Sergio Bermudes que expedido o mandado monitório trata-se de sentença condenatória condicional.

O réu pode conforme o caput do art. 1.102c oferecer embargos dentro do prazo de quinze dias inaugurando-se uma incidental cognição exauriente regradada pelo procedimento comum ordinário.

Criada uma nova modalidade de embargos, os embargos ao mandado de pagamento que são opostos mediante petição escrita com o devido recolhimento de custas judiciais. Processados nos próprios autos e independem de prévia caução do juízo.

Não há como fazer confusão entre tais embargos com a ação incidental também denominada de embargos que pode ser ajuizada pelo devedor após a intimação da penhora ou do depósito, quando da conversão do mandado de pagamento ou de entrega da coisa.

Os embargos ao mandado de pagamento é pois uma ação incidental sui generis. Adverte Barbosa Moreira que nosso CPC ex vi o art. 520 respeitou a tradição e não há o efeito suspensivo senão nos casos enumerados taxativamente no texto legal.

Clito Fornaciari Junior alega que a “falta de efeito suspensivo é exceção; via de regra a apelação deve ser recebida em seu duplo efeito.”

Assinala Sérgio Bermudes que em regra a apelação produz ambos os efeitos, quer o devolutivo quer o suspensivo, não podendo o juiz priva-la deste, sem que, expressamente, o faça a lei.

O provimento que defere o mandado de pagamento ou de entrega da coisa adquire a qualidade de título judicial quando o réu não oferecer embargos. Os embargos na ação monitória serão de cognição plena conforme o art. 745 CPC além de poder suscitar matérias previstas no art. 741 e qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

Na verdade a falta de oposição dos embargos ao mandado de pagamento, não pode significar renúncia ao direito material a ser invocado posteriormente em via judicial autônoma.

A vista do notável incremento do rol de títulos executivos extrajudiciais(art. 585 do CPC) efetivada pela Lei 8.953/94 deverá corresponder também ao aumento da utilização da demanda de natureza monitória somente será verificado com o passar do tempo, quando a doutrina e principalmente a jurisprudência fornecerem uma construção mais uniforme, consistente e célere procedimento monitório.

GISELE LEITE é professora de direito no Rio de Janeiro e articulista do site DIREITO.COM.BR

Retirado de : <http://www.direito.com.br/>