

Ação monitória - Aspectos gerais

Sérgio Antonio Maziteli Junior *

Sumário:1. Introdução – 2. Interpretação da locução "prova escrita sem eficácia de título executivo" - 2. a. Ação Monitória fundada em contrato de Abertura de Crédito Rotativo - 2. b. Ação Monitória fundada cheque prescrito - 3. Procedimento - 4. Citação - 5. Natureza jurídica dos embargos monitórios e as conseqüências daí advindas - 6. Ação monitória em face da Fazenda Pública - 7. Bibliografia.

1. Introdução

Desde os romanos vigora entre nós o princípio da titularidade, expresso no brocardo *nulla excutio sine titulo*. Daí decorre a necessidade de toda execução ser lastreada num título executivo. Nessa época já havia preocupação com a razoável duração do processo, fato constatado pela possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional em situações específicas, como no caso, *v.g.*, dos interditos.

Todavia, ainda não se tinha relativizado a dicotomia entre o processo de conhecimento e de execução. Vale dizer que não existia procedimento análogo ao monitório entre os romanos. A criação da via injuncional remonta ao direito intermédio e vem da necessidade de, em certos casos, abreviar o caminho do credor até o título executivo seja por deixar a cargo do devedor a instauração do contraditório, seja pela sumarização do rito).

João Batista Lopes ^[01], *apud* Calamandrei, em seu clássico estudo denominado *Ação Monitória*, elenca duas espécies de ação monitória: o procedimento monitório puro, que se baseava na simples afirmação do autor, e o procedimento monitório documental, que necessitava de prova escrita. A Alemanha conviveu com as duas espécies, o procedimento monitório puro (*Mahnverfahren*), dedicado a créditos pecuniários ou de coisas fungíveis; e o procedimento monitório documental (*Urkundenprozess*), marcado pela sumarização do rito ao invés da inversão da iniciativa do contraditório.

No ordenamento brasileiro podemos identificar pela primeira vez figura análoga nas Ordenações Manuelinas e no regulamento 737, sob a alcunha de *ação de assignação de dez dias* ou *decendiária*, que consistia na possibilidade do credor, com documento comprobatório de seu crédito, citar o devedor para pagar em dez dias ou alegar fato que o exonerasse.

A ação monitória, como conhecemos hoje, foi inserida no sistema brasileiro pela Lei 9.079/95, que acrescentou no Livro IV, Título I, o Capítulo XV, no Código de Processo Civil, onde constam os artigos 1.102a *usque* 1.102c, dedicados inteiramente a regular o instituto.

2. Interpretação da locução "prova escrita sem eficácia de título executivo"

O manejo da ação monitória exige preexistência de documento escrito sem eficácia de título executivo, de onde se depreende a clara opção do legislador em privilegiar o procedimento monitório documental ao invés do procedimento puro. O importante neste momento é estabelecer o alcance da exigência legal, delimitar o espectro de situações abarcadas e fixar as fronteiras da seara monitória.

Primeiramente, como já dito, o título deve ser desprovido de força executiva, como ensina o ilustre Ministro do egrégio Superior Tribunal de Justiça Barros Monteiro, em voto proferido nos autos do REsp. 331.622-SP ^[02]: "precisamente por isso [não ser título executivo], consubstanciam a 'prova escrita' exigida por lei para arrimar a propositura da ação monitória.". Assim, se o documento estampar dívida líquida, certa e exigível estar-se-á diante de título executivo, que reclama processo executivo. Carece, dessa forma, o credor de interesse de agir para monitória, pois se a razão de ser, dessa ação, é justamente abreviar

o caminho do credor até o título executivo, esse já existindo, não haveria qualquer interesse no procedimento injuntivo.

Mas então o que falece ao título monitório em relação ao executivo?

Tendo em vista que a via injuncional não comporta fase de liquidação, o título monitório deve ser sempre líquido, como esclarece Rodrigo Strobel Pinto^[03], nos termos transcritos:

"Insta observar que a prova escrita deve gozar de liquidez, pois: a) inexistente procedimento liquidatório no bojo do processo injuncional; b) o mandado de pagamento converte-se imediatamente em título executivo, que deve ostentar liquidez, sob pena de infração ao art. 586, *caput*, do CPC; e c) proporciona ao réu ciência da quantia devida, para que proceda a quitação do débito ou oposição de defesa através de embargos".

Da mesma forma a dívida estampada deve ser certa, pois a espécie não comporta alta carga cognitiva; a cognição é sumária, somente ampliada pela instauração do contraditório pelo devedor. É assim que o cheque prescrito (ou seja, que perdeu sua exigibilidade, mas que continua a ventilar obrigação líquida e certa) pode dar ensejo à ação monitória, conforme estudaremos mais a fundo no tópico próprio. Cediço, então, que o título monitório que estampe obrigação líquida e certa.

Vale a pena ressaltar que a ação monitória não tem o condão de devolver ao título a exigibilidade que perdeu ou que nunca possuiu, mas sim de criar novo título executivo.

Por fim, a prova na ação monitória é vinculada, vale dizer ou o direito do autor está provado pelo documento escrito sem força executiva preconstituído ou não se pode processar a monitória.

2. a. Ação Monitória fundada em contrato de Abertura de Crédito Rotativo

Primeiramente, o que se tem é a súmula 233, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o contrato de abertura de crédito não é título executivo. Por óbvio, pois se trata de documento unilateral, não podendo possuir tal força. Justamente por isso que tais créditos necessitam passar pelo crivo processo injuntivo para ensejar a formação de um título executivo, como novamente esclarece Rodrigo Strobel Pinto^[04], *apud* Dinamarco:

"O fundamento justificador da instituição de um documento como título executivo é a probabilidade da existência do direito nele constante.

Tal probabilidade – assaz a execucional – advém de dois fatores, quais sejam ‘a) ou o prévio reconhecimento do direito por ato estatal idôneo, produzido segundo os cânones do devido processo legal, ou b) o reconhecimento da obrigação pelo próprio obrigado’(...)

Ao credor é vedada tanto a criação de títulos executivos quanto de documentos alheios àquele.

É justamente isto que as instituições financeiras fazem ao expedir os lançamentos contábeis: criam um documento cuja finalidade é reunir-se ao título executivo (instrumento contratual de abertura de crédito)".

Ainda, tem-se que estes contratos não conseguem *in se ipsa* conferir liquidez a dívida, ou seja, não se depreende somente do contrato o *quantum debeatur*, devendo a instituição financeira fornecer outros elementos hábeis a tal fim, como os extratos bancários.

Neste esteio é o entendimento do egrégio Superior tribunal de Justiça, consolidado na súmula 247, que considera o contrato de abertura de crédito em conta-corrente acompanhado de demonstrativo de débito documento hábil ao ajuizamento da ação monitória.

2. b. Ação Monitória fundada cheque prescrito

O tema é tratado pela súmula 299, do Superior Tribunal de Justiça, que admite ação monitória fundada em cheque prescrito. Não podia ser diferente, pois se o cheque não estivesse prescrito ensejaria desde logo a execução. Urge, portanto, que se verifique o sistema de prescrição da Lei 7.357/85:

A partir da emissão da cartula o sacador possui trinta ou sessenta dias, conforme deva ou não o cheque ser pago na mesma praça em que foi emitido (artigo 33, da Lei 7.357/85), para apresentá-lo à instituição financeira, falecendo ao autor interesse de agir para qualquer ação neste prazo. Após este prazo, o subsiste para o beneficiário a pretensão executiva, que prescreve seis meses após o termino do prazo de apresentação (artigo 59, da Lei 7.357/85).

Somente com a perda da força executiva é que o credor, obviamente, pode se valer da ação monitória, daí cumpre-se destacar duas situações:

Se a monitória for proposta até dois anos após o transcurso do prazo da prescrição da pretensão executiva sua *causa petendi* será a locupletação sem causa de devedor (artigo 61, da Lei 7.357/85), não precisando ser ventilada a *causa debendi*. Após este íterim, a monitória deverá se fundar na relação jurídica material que deu origem a cambiária, que prescreve no prazo dos direitos pessoais. Depois não mais será possível socorrer ao judiciário com escopo de ver reconhecida e satisfeita a obrigação de onde decorre o cheque prescrito, de forma que a possibilidade de se manejar, ou não, a ação monitória, nestes casos, depende de ter sido alcançada a prescrição da pretensão executiva e não a da ação cognitiva.

3. Procedimento

A petição inicial deverá seguir as exigências do artigo 282, do Código de Processo Civil, mais a prova escrita de seu crédito exigida pelo artigo, 1.102, *a*, do mesmo *Codex*.

Após o deferimento da inicial, o juiz, em decisão interlocutória, ordenará a citação do réu para pagar soma em dinheiro ou entregar coisa (daí a dicção do artigo 1.102, *b*, ser ‘mandado de pagamento’, e não citação). Tal decisão interlocutória é irrecurável, como salienta Humberto Theodoro:

"(...) não pela natureza do ato judicial, mas pela falta de interesse do réu para justificar o manejo do agravo, visto que a consequência imediata da citação é a abertura, para o destinatário, da faculdade de defender-se amplamente por meio de embargos" ^[05]

Uma vez citado o devedor pode assumir três posições: satisfazer a obrigação no prazo do artigo 1.102, *b*, do Código de Processo Civil; permanecer inerte e arcar com o ônus da revelia; oferecer embargos, na forma do artigo 1.102, *c*, do mesmo Diploma Legal.

Caso o débito seja pago no prazo supra, o devedor será dispensado do ônus da sucumbência, sendo o processo, conseqüentemente, extinto, medida de política legislativa com escopo de estimular a quitação do débito o mais breve possível.

Se adotar a segunda posição, o mandado de pagamento se converterá automaticamente em título executivo judicial, *ex vi* artigo 1.102, *c*, do Código de Processo

Civil. O credor estará livre pra entrar no patrimônio do devedor por meio da fase de cumprimento de sentença, Lei n. 11.232/05, descabendo, assim, os embargos nesta fase, somente podendo ser oferecida impugnação nos limites do artigo 475 – L, do Código de Processo Civil. Se a obrigação for para entrega de coisa a sentença deve ser cumprida de imediato, nos moldes da Lei 10.444/02.

Com o oferecimento dos embargos, suspende-se a eficácia do mandado de pagamento e o rito se ordinariza, sendo a decisão dos deste recorrível por apelação a ser recebida no duplo efeito, pela aplicação analógica do artigo 520, V, do Código de Processo Civil.

4. Citação

No procedimento monitorio, o réu ou interessado não é propriamente citado, ou seja, chamado a juízo a fim de se defender, mas sim para pagar ou entregar a coisa no prazo de quinze dias, inteligência do artigo 1.102-b, do Código de Processo Civil. O contraditório, nestes casos, ocorre *secundum eventus litis*, com o oferecimento dos embargos. Não obstante o termo citação ser consagrado pela doutrina e pela jurisprudência.

Outrossim, a súmula 282, do Superior Tribunal de Justiça, permite a citação por edital do devedor no âmbito da monitoria, sendo esta espécie de citação ficta, onde as chances do réu ter efetivo conhecimento da lide é o menor possível, tem-se também por permitida a citação por hora certa. Todavia nestes casos dever-se-á nomear curador especial que estará obrigado a oferecer os embargos^[06].

Neste sentido, RT 779/191, 797/282 e 755/381. Ademais no julgamento do REsp. 175.090-MS, o Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar^[07], expressamente consignou:

"A citação do réu no processo monitorio, com essa injunção a pagar ou entregar e advertência do risco da inércia (e isso se constitui numa intimação acoplada à citação), será feita pelas vias normais, ou seja: correio, oficial de justiça, precatória, edital, etc."

De modo que, na ação monitoria são admitidas todas as formas de citação.

Entretanto, em caso de citação ficta, urge que se nomeie curador especial ao réu para que, este, ofereça os embargos, neste sentido RSTJ 152/253; STJ-RT 779/191, 797/282; RJTJERGS 216/366; Ajuris 88/548; e no julgamento do REsp. 297.421-MG, o

ilustre rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira consignou que "(...) uma vez citado o réu por edital, será nomeado, da mesma forma que no procedimento ordinário, curador especial (art. 9º, II, CPC), que deverá apresentar defesa."

5. Natureza jurídica dos embargos monitórios e as conseqüências daí advindas

A natureza jurídica dos embargos monitórios é controvertida na doutrina. Há quem defenda que esse possui a mesma natureza dos embargos à execução, ou seja, de ação autônoma. Outros, porém, advogam que sua natureza jurídica é de contestação.

Da análise comparativa do tratamento legislativo dado aos institutos dos embargos à execução e dos monitórios se denota sua natureza jurídica diversa.

Nos embargos do devedor se forma instrumento, autua em apartado e distribuí-se por dependência, sem que este obste o tramite da execução, conforme o parágrafo único do artigo 736, do Código de Processo Civil, pois é ação autônoma. Já Nos embargos monitórios ocorre a autuação e processamento nos mesmos autos da ação monitória, a teor do artigo 1.102-C, do Código de Processo Civil, nos levando a crer que sua natureza jurídica seja de contestação.

Ademais, o efeito suspensivo nos embargos do devedor são exceção, e esse nada influi no rito da execução. Pelo oferecimento dos embargos monitórios sempre se suspende à eficácia do mandado injuntivo, instaura-se o contraditório e o rito se ordinariza.

Como visto, após a entrada em vigor da Lei 11.382/06, esta celeuma não mais se justifica, pois o legislador acentuou as diferenças entre ambos institutos.

A confusão decorre da banalização do uso do termo *embargos*, nos parecendo clara a natureza de contestação dos embargos monitórios.

Doravante, a importância da fixação da natureza jurídica dos embargos monitórios não é meramente acadêmica. Decorre daí, ao menos duas grandes questões: a possibilidade de terceiro intervir no processo, e de se oferecer reconvenção no bojo da ação monitória. Passamos a analisar essas situações, partindo do pressuposto de que tenha se oferecido embargos.

Como já afirmado, o processo monitorio é sincrético e, uma vez opostos os embargos, que poderão versar sobre qualquer matéria de defesa, conforme artigo 102-C, §2º, do Código de Processo Civil, o rito se ordinariza.

Maximizada a carga cognitiva da monitoria pela oposição dos embargos, nada obsta que terceiro intervenha no processo, como afirma José Rubens da Costa^[08]:

"A figura do chamamento ao processo não é possível no procedimento monitorio. Direito, contudo, do devedor de promover o chamamento na ação de embargos."

O caso é que o autor considera a natureza jurídica dos embargos monitorios a mesma dos embargos à execução, posição que, *data venia*, não concordamos, conforme já expostos. Todavia, o que se denota é que qualquer que seja a natureza que se dê ao embargos, somente se questionará em que demanda o terceiro intervirá, mas não se coloca em duvida a possibilidade desse intervir.

Doravante, quanto à possibilidade de oferecimento de reconvenção em ação monitoria, José Rubens da Costa^[09] leciona que:

"Por se tratar a ação monitoria de ação de conhecimento, é possível o oferecimento de reconvenção também em peça autônoma e no mesmo prazo de quinze dias (arts. 315 a 318 do CPC). Se deferida a reconvenção, será julgada na mesma sentença que julgar os embargos. A reconvenção, por ser cumulação de ações, observará as regras do art. 292 do Código de Processo Civil: compatibilidade entre os pedidos, mesma competência do juízo e mesmo procedimento, isto é, a ação do reconvinte também será monitoria."

Somente vale a ressalva que a possibilidade de reconvir não está atrelada a natureza da ação monitoria, que é sincrética – uma fase cognitiva e outra executiva, como, aliás, é a regra – mas sim a natureza de contestação dos embargos monitorios.

6. Ação monitoria em face da Fazenda Pública

No âmbito da ação monitoria esta é a questão mais polêmica. A doutrina e a jurisprudência estão divididas quanto à possibilidade da fazenda pública figurar no pólo passivo do feito. Os óbices, vistos por quem se posiciona contra, são cinco: o fato desta ser executada por rito específico; não poder lhe ser aplicada à confissão ficta; não estar sujeita

a decisão *inaudita altera parte* em seu prejuízo; respeito a ordem dos precatórios; e o fato das decisões desfavoráveis a esta estarem sujeitas ao duplo grau necessário.

Todavia nenhum desses impedimentos se sustentam, pois uma vez que opostos os embargos, todos estes entraves desaparecem. Como reconhecido por José Rogério Cruz e Tucci^[10], defendendo posição de que não cabe monitória em face da fazenda:

"Constata-se, por outro lado, que para admitir seu cabimento, alguns autores, a exemplo de Carreira Alvim, partem do pressuposto que a fazenda sempre irá oferecer embargos. (...)

Desnecessário ressaltar que nesta hipótese, ou seja, de oposição de embargos pela fazenda, todos os problemas procedimentais que conspiram contra a adequação restam minimizados, uma vez que o trânsito em julgado da decisão de improcedência do pedido formulado naqueles consolida o título executivo que lastreará a execução."

Por certo que a monitória contra a fazenda pública deverá sempre ser embargada para que tais óbices sumam, mas não há nada de exorbitante nisto. É o caso análogo ao do réu citado por citação ficta em que se nomeia advogado dativo que estará obrigado a oferecer os embargos – neste sentido, precedentes da citados no tópico *citação*. A questão é porque não se admitir tal solução quando o requerido for a fazenda pública?

Ora, as vantagens concedidas pela Lei à fazenda pública decorrem da supremacia do interesse público, que não existe *in casu*. Ademais, a teor do que estabelece o §3º, do artigo 100, da Lei Maior c.c. 128, da Lei 8.212/91, tem-se que se a condenação judicial da fazenda for inferior a R\$ 5.180,25, por autor, poderão ser, por opção do exequente, quitadas em sessenta dias, sem a necessidade da expedição de precatório, restando claro que, senão sempre, ao menos neste caso é possível o ajuizamento de ação monitória em face da fazenda pública.

Neste sentido, é basilar a lição de Theotono Negrão^[11], nos termos que colhidos:

"É admissível o ajuizamento de **ação monitória em face da Fazenda Pública**. A expedição do mandado para pagamento não gera qualquer incompatibilidade, pois a Fazenda, 'como todos os demais devedores, tem o dever de cumprir suas obrigações espontaneamente, no prazo e na forma devidos, independentemente de execução forçada. Não será a eventual intervenção judicial que eliminará, por si só, a faculdade – que na verdade é um dever – da administração de cumprir suas obrigações espontaneamente,

independentemente de precatório'. Da mesma forma, a oposição de embargos e a instauração de fase cognitiva nada tem de incompatível com a Fazenda, pois envolve 'atividade própria de qualquer processo de conhecimento, que redundará numa sentença, acolhendo ou rejeitando os embargos, confirmando ou não a existência de relação creditícia'. Trata-se de sentença sujeita a reexame necessário, quando o caso. E para confirmar a compatibilidade entre a ação monitória e a Fazenda Pública, basta que a execução fundada no título nela produzido 'siga o procedimento padrão do Código, que, em se tratando da Fazenda e não sendo o caso de dispensa de precatório (CF, art. 100, §3º), é o dos arts. 730 e 731, em qualquer dificuldade' (STJ-RJ 339/97: 1ª Seção, ED no REsp. 345.752)".

Assim que se tem que ante a oposição dos embargos, nada a afasta e tudo aconselha a aceitar-se que a fazenda pública figure no pólo passivo da ação monitória.

7. Bibliografia

BATISTA LOPES, João. Aspectos da Ação Monitória. RT 732/74.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação Monitória. 2ª ed., RT: São Paulo, 1997.

NEGRÃO, Theotônio; F. GOUVÊA, José Roberto. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 30ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007.

RUBENS COSTA, José. Ação Monitória. S/ ed., Saraiva: São Paulo, 1995.

STROBEL PINTO, Rodrigo. Ação Monitória: Admissibilidade do Contrato de Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente. RT 812/103.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais. Vol. III, 38ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2007

Notas

⁰¹ *in* BATISTA LOPES, João. Aspectos da Ação Monitória. RT 732/74.

⁰² *in* RT 801/173

⁰³ *in* STROBEL PINTO, Rodrigo. Ação Monitória: Admissibilidade do Contrato de Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente. RT 812/103.

⁰⁴ *in* STROBEL PINTO, Rodrigo. Ação Monitória: Admissibilidade do Contrato de Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente. RT 812/103.

⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais. Vol. III, 38ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2007, pág. 371.

⁰⁶ Neste sentido Bol. AASP 2.018/275j.

⁰⁷ *in* RT 779/191.

⁰⁸ *in* RUBENS COSTA, José. Ação Monitória. S/ ed., Saraiva: São Paulo, 1995.

⁰⁹ *in* RUBENS COSTA, José. Ação Monitória. S/ ed., Saraiva: São Paulo, 1995.

¹⁰ *in* CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação Monitória. 2ª ed., RT: São Paulo, 1997, págs. 76/77.

¹¹ *in* NEGRÃO, Theotônio; F. GOUVÊA, José Roberto. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 30ª ed., Saraiva: São Paulo, 2007, pág. 1073.

* Sérgio Antonio Maziteli Junior - Advogado; pós-graduando em direito processual civil pela PUC-SP.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11136>

Acesso em: 07 de Abril de 2008.