

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA
FORENSE**

**“PROCEDIMENTO MONITÓRIO: REFLEXO DA NECESSIDADE
DE UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL MAIS CÉLERE”**

**ALBER ROSA DE FIGUEIREDO
Bacharelado**

**Prof. Msc. RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS
Orientador**

**FLORIANÓPOLIS
1997**

ALBER ROSA DE FIGUEIREDO

**“PROCEDIMENTO MONITÓRIO: REFLEXO DA NECESSIDADE
DE UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL MAIS CÉLERE”**

**Monografia apresentada como requisito
para obtenção do título de Bacharel no
Curso de Graduação em direito, Centro de
Ciências Jurídicas, da Universidade Federal
de Santa Catarina.**

**Orientador: Prof. Msc. Ricardo Soares
Stersi dos Santos**

**FLORIANÓPOLIS
1997**

DEDICATÓRIA

*Agradeço primeiro a Deus que me deu o sopro de vida;
Ao meu Pai amado, que cedo perdi e que não pôde ver seu filho vencedor;
A minha Mãe, que foi meu pai e mãe me ensinando todos os valores morais que trago
em minha educação;
Aos meus irmãos, que sempre me deram força para que eu continuasse a estudar;
Aos meus familiares: tias, tios, cunhado, cunhadas, sogro, sogra, sobrinhos, sobrinhas,
afilhados e afilhadas;
Ao meu orientador pelo trabalho dispensado ao meu projeto;
E especialmente a Você Mery e a Pequena Kely, que são os motivadores do meu
esforço.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO-----	1
CAPÍTULO I - O ACESSO À JUSTIÇA-----	4
1. Sociedade, Direito e Estado -----	4
2. A Constituição e o Acesso à Justiça -----	6
3. Acesso a Justiça-----	8
4. O Acesso à Justiça e o Direito Processual -----	12
5. O Acesso à Justiça e os operadores jurídicos-----	15
6. As dificuldades ao acesso a uma ordem jurídica justa -----	19
CAPÍTULO II - O PROCESSO DE REFORMA-----	23
1. O Moderno processo civil brasileiro-----	23
2. Breve histórico do processo civil brasileiro-----	25
3. Leis posteriores a reforma de 1973 até a constituição de 1988-----	29
4. A tutela coletiva no direito processual civil brasileiro-----	33
5. O processo de mini-reformas do Código de Processo Civil-----	36
6. Metodologia e objetivos das min-reformas-----	37
CAPÍTULO III - PROCEDIMENTO MONITÓRIO: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE -----	40
1. Conceito -----	40
2. Evolução histórica-----	42
2.1. Direito Romano-----	42
2.2 Direito Comum-----	45
2.3 Direito Luso-Brasileiro-----	46
2.4 Direito Contemporâneo-----	47
3. Natureza Jurídica -----	49
4. Finalidade-----	52
CAPÍTULO IV - O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO-----	55
1. Requisitos, Condições da Ação e Pressupostos -----	55
1.1 Requisitos-----	55
1.2 Condições da ação-----	57
1.2.1 Possibilidade jurídica do pedido-----	57
1.2.2 Interesse de agir -----	58
1.2.3 Legitimidade para agir-----	58
1.3 Pressupostos processuais-----	63
1.3.1 Pressupostos de Existência -----	64
1.3.2 Pressupostos de validade-----	64
2. Da Petição Inicial -----	66

3. Assistência, Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros-----	67
4. Da Competência-----	69
5. Decisão Monitória-----	69
6. Recursos-----	70
7. Execução-----	72
8. Extinção do procedimento monitório-----	74
9. Cautelares-----	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico aborda a temática da adoção do procedimento monitorio em nosso sistema jurídico, pela Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995, a luz da onda renovadora do acesso à justiça, sem a pretensão de se tornar um trabalho que tenha por objetivo esgotar o assunto em questão.

Num breve estudo da recente história do processo civil brasileiro, que aqui salientamos não termos o objetivo neste de trabalho, de abordamos profundamente e sim de ilustrar a tônica de nosso estudo.

Como qualquer outra forma de manifestação humana, o pensamento inserido no respectivo trabalho, representa a linha ideológica de seu criador. Por isso, quando da idéia de focar o respectivo tema, primou-se por uma abordagem inicial diferenciada das que até então existiam. Desta forma, a abordagem introdutória ao Procedimento Monitorio, passa pela compreensão do significado do termo “acesso à justiça” e pela retrospectiva histórica da reforma processual que vem sofrendo o ordenamento jurídico brasileiro até a edição da Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995.

A pesquisa realizada neste tema, apesar de exibir como tema central o Procedimento Monitorio, vai além, quando enfoca do ponto de vista do “acesso à justiça”, a influência da novidade procedimental na tentativa de tornar a prestação jurisdicional mais célere, diante das transformações sociais da sociedade brasileira.

O Estado brasileiro enfrenta, na atualidade, a maior crise no seu principal Poder, qual seja o Poder Judiciário. A falta de soluções rápidas para os conflitos de interesses, devido ao aumento das demandas judiciais, impedem uma efetivação da prestação jurisdicional por parte do Estado, acarretando, por conseguinte, uma demora na solução das lides. Esta aparente falta de Estado na solução dos conflitos de interesses, vem gerando grande insatisfação por parte da sociedade. A sociedade, com isso, busca meios mais rápidos e eficazes de resolução de seus problemas, no caso: a autotutela - justiça pelas próprias mãos.

A evolução da sociedade moderna, também vem cobrando por parte do Poder de Jurisdição do Estado, meios de resolução de conflitos, diante de situações novas, até antes não Tutelada pelo Direito.

No atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, diante do aumento das demandas processuais e da informalidade das relações obrigacionais, o Estado Juiz adotou o Procedimento Monitório para tentar a resolver os conflitos de interesses emergentes na sociedade, para efetivar a prestação jurisdicional até então hiposuficiente.

Diante dos parâmetros sociais, a importância do tema abordado pelo trabalho, cinge-se a utilidade social que a adoção do Procedimento Monitório veio carrear para o poder de *jurisdizer* o direito que detêm o Estado, na solução dos conflitos de interesses diante da informalidade contemporânea efetivando o caráter instrumental do processo.

O tema em questão, por si só já é deveras polêmico, suscita muitas divergências de ordem doutrinária e ideológicas.

O presente trabalho está estruturado de uma forma simples, de fácil compreensão, onde, em um primeiro momento busca, introduzir o leitor a idéia sobre a tutela jurisdicional no Estado brasileiro com a Constituição de 1988, a noção a respeito do significado do conceito de “acesso à justiça” e a problemática da crise na função pacificadora do Estado, pela falta de mecanismos que possibilitem a acessibilidade a prestação jurisdicional.

No segundo momento, faz-se uma breve incursão histórica ao desenvolvimento do direito processual civil brasileiro e uma análise as reformas do Código de Processo Civil após 1973 até a Constituição Federal de 1988. Em reposta ao primeiro momento, tem-se o efeito a decorrente do diagnóstico das mazelas do ordenamento e um processo de recuperação do sistema vigente através do projeto de reformulação do ordenamento jurídica - denominado de mini-reformas - que culminará, entre outras, com a edição da Lei n.º 9.0979, de 14 de julho de 1995.

No penúltimo momento, insere-se o Procedimento Monitório como resultante do processo de transformação do direito processual civil brasileiro, conceituando-o, analisando seus aspectos históricos evolutivos, sua natureza jurídica e sua finalidade.

No último momento, analisa-se o Procedimento Monitório dentro do contexto atual do Código de Processo Civil brasileiro, obedecendo a ordem de seus livros. Procurasse ainda, adequar a interpretação do instituto a forma como deve ser compreendido dentro de uma análise sistemática.

CAPITULO I

O ACESSO À JUSTIÇA

1. SOCIEDADE, DIREITO E ESTADO.

Na sociedade em que vivemos, é predominante o entendimento de que não há a possibilidade de haver sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*¹. Em meio a complexidade das relações entre as pessoas, um mínimo de ordenamento é necessário, para não gerar o caos social. Este ordenamento, regula abstratamente as relações humanas que repercutem na esfera do direito, viabilizando a cooperação das pessoas e a composição dos seus conflitos de interesses².

A função realizada pelo ordenamento, objetiva harmonizar as relações entre as pessoas, evitando um confronto direto, diante do conflito de interesse. Esta função ordenadora, é no Estado Moderno realizada pelo Poder Judiciário, que tem o poder dever de jurisdizer o direito.

Na atualidade o Poder Judiciário enfrenta uma crise onde, diante das inúmeras demandas que lhe são apresentadas, não consegue compor os conflitos de interesses de forma célere e adequada a pacificar o meio social.

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo : Malheiros, 10 ° ed., 1994, p.19.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p.19.

Essa problemática tem diversos fatores geradores³. Poderíamos denominar seu conjunto de: Síndrome da Ineficiência Jurisdicional que congrega, a falta de celeridade na prestação jurisdicional, a inadequação da legislação processual, a falta de magistrados, a falta de serventuários, etc...

A essa falta de jurisdicionalidade, decorrente da ausência de Estado, faz com que alguns segmentos da sociedade utilizem-se de meios alternativos de resolução de seus conflitos. A marginalidade se submete às suas próprias normas. A lei da favela não é, exatamente, a mesma produzida pelo processo legislativo, assim como a dos contraventores em larga escala e a de outros excluídos do processo de desenvolvimento. Não se pode esquecer também, que de modo paradoxal, na outra margem, existem segmentos economicamente fortes de nossa sociedade que não admitem se submeter à Justiça comum, em decorrência da lentidão de suas decisões⁴.

Com efeito, a prestação jurisdicional converte-se em um serviço prestado a uma gama cada vez menor da população, gerando, como já citado, para os excluídos, um abandono jurisdicional (enquanto possibilidade de acesso a tutela jurisdicional).

Cumprindo indagar-se que modelo de Estado se pretende enquanto pacificador social? O Estado que garanta o indivíduo como parte em juízo⁵ ou o que possibilite a cada parte igualdade de armas para estar em juízo?

O Estado Moderno⁶ prima pelo bem comum dos seus integrantes. A necessidade decorrente da implementação de sua finalidade básica torna-o intervencionista;

³ FIGUEIRA, Joel Dias. Acesso ao Poder Judiciário. Revista do Tribunais, São Paulo, n° 686p. 19-34.

⁴ NALINI, José Renato. Revista dos Tribunais, Revista do Tribunais, São Paulo, n° 707. p. 243-246.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris. 1988. p. 9.

“ e tem de sê-lo, para que possa cumprir sua função social”⁷ . Decorre a circunstância lógica que, no Estado Moderno, a Jurisdição não pode mais ser vista “apenas como mera atividade de aplicação do direito, na tradicional visão da separação dos três poderes de Montesquieu”⁸, é muito mais uma atividade voltada para a consecução dos fins do Estado a qual está inserida.

2. A CONSTITUIÇÃO 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA

O Estado Moderno funciona como efetivador da paz social, monopolizando a solução dos conflitos de forma impositiva, limitando o âmbito da autotutela, atribuindo a um de seus poderes, o Poder Judiciário, a competência para solucionar os conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, diante do caso concreto⁹.

A Constituição do Brasil de 1988 representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça. Em contra partida, se o Estado brasileiro não aplicar “com determinação seus esforços no sentido de tornar eficaz o texto constitucional”¹⁰, objetivando permitir o pleno acesso a administração da justiça e a conseqüente efetividade do processo, os mandamentos constitucionais, não passarão de letra morta.

^{6 6} BOBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5°. Edição. Brasília : Edunb. 1993.p 425-431.

⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro.. São Paulo: Acadêmica 1994. p 24.

⁸ Idem.p 24.

⁹ FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência. São Paulo : Saraiva. 1996. p.3.

¹⁰ FIGUEIRA, op. cit., p. 21.

O novo texto constitucional, resguardou os direitos existentes na constituição anterior e efetuou a ampliação desses, decorrentes da evolução sócio-jurídica do próprio Estado democrático.

Resumidamente, as novas conquistas para diminuir a distância do povo e a justiça, contidas na Constituição, são as seguintes:

a) a legitimidade ativa *ad causa*, permitindo a demanda e defesa em juízo de entidades associativas (associações, entidades sindicais, sindicatos, partidos políticos) e do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos e difusos (art. 5.º, ns. XXI e LXX; art. 8.º, III e § 1.º ; art. 232) bem como da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);

b) criação obrigatória dos juizados especiais, com competência para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidas nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes d primeiro grau (art. 98, I);

c) institui a conciliação extrajudicial, exercida pelo juiz de paz, eleito pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos (art. 98, II);

d) assistência jurídica integral e gratuita e Defensoria Pública, com a incumbência de orientação e defesa, em todos os graus, aos economicamente hiposuficientes (art. 5.º, LXXIV e art. 134);

e) mandado de segurança para proteção de interesses coletivos (art. 5.º, LXX);

f) mandado de injunção, que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5.º, LXXI);

g) *habeas data*, para garantir conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de natureza pública e para retificação de dados, quando por outro modo não desejar fazê-lo, por processo sigiloso judicial ou administrativo (art. 5.º, LXXII);

h) ação popular como meio de proteção de direitos coletivos pertinentes ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural (art. 5.º, LXXIII);

i) autorização por Lei complementar aos Estados para legislar em matéria procedimental (art. 22, parágrafo único);

j) promoção da defesa do consumidor.

k) *due process of law* (devido processo legal), garantia do contraditório e do juiz natural;

l) a inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário.

Depreende-se que o legislador constituinte incorporou à Constituição de 1988, o espírito do “direito aos tribunais” ou “direito de ação”¹¹, decorrente da onda renovatória do “acesso à justiça”. Aparentemente, poderíamos imaginar que a temática

¹¹ FIGUEIRA, op. cit., p. 21.

aplicada a nossa Carta Magna foi ocasional, mas, analisando-se profundamente, vê-se que trata-se de uma tendência universal.

3. O ACESSO À JUSTIÇA

Cada vez mais a preocupação com a acessibilidade dos tribunais ao povo é meta a ser objetivada pelos Estados Modernos enquanto prestadores da função jurisdicional. A pergunta a qual muitos querem resposta é “a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam”¹². Cunhada pela expressão “acesso a justiça”, **MAURO CAPPELLETTI**, desenvolveu uma teoria que tenta responder a este questionamento, explicando como e onde os Estados devem agir para garantir ao cidadão o alcance ao último grau de cidadania, o acesso efetivo à justiça. Segundo o ilustre mestre:

*“A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”*¹³.

Na célebre obra “Acesso à Justiça”, **MAURO CAPPELLETTI** e **BRYANT GARTH**, desenvolvem um raciocínio histórico evolutivo, do conceito de

¹² CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. op. cit., p.7.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. op. cit., p.8.

“acesso à justiça. Em um primeiro momento, os estados liberais dos séculos dezoito e dezenove, refletiam em seus procedimentos judiciais a filosofia individualista da época, como se compreendia o próprio direito de ação¹⁴. O acesso à jurisdição correspondia essencialmente a capacidade de contestar e propor uma ação. O papel que o Estado exercia era apenas o de conferir a aptidão das pessoas envolvidas em ser parte ou não.

Dentro deste contexto do sistema do *laissez-faire*¹⁵, a justiça somente era alcançada por aqueles que detinham além da capacidade para ser parte em juízo a capacidade financeira em arcar com os custos do processo¹⁶. Os que detêm capacidade financeira, estão integrados ao sistema jurisdicional, enquanto os economicamente fracos estão sub-integrados ao sistema, em outras palavras, “estão fora do sistema legal”.

Não se pode atribuir unicamente ao Estado a despreocupação com a realidade do sistema judiciário, no que concerne ao “acesso à justiça”. Com raríssimas exceções, os estudiosos do direito em suas análises do sistema judiciário mantiveram-se aquém da realidade do sistema. O estudo jurídico, como leciona **CAPPELLETTI** “era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível¹⁷. A preocupação dos estudiosos residia na análise tendo o sistema como um fim em si mesmo, desconexo da dinâmica social vigente¹⁸.

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p.245-247.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. op. cit., p.10

¹⁶ Nitidamente percebe-se, que no direito do Estado Liberal “burguês”, consagram-se os interesses hegemônicos da classe economicamente forte da época. Esta idéia se contrapõe a crítica de Hans Kelsen a Teoria Comunista do Direito e do Estado. Para Kelsen, Marx e Engels, quando criam uma teoria para o direito, a fazem deformando-a em uma “teoria ideológica do direito”, desconexa da verdadeira ciência normativa.

In. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução Ao Pensamento Jurídico Crítico. Acadêmica. São Paulo. 1991.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. Op. cit., p.10.

¹⁸ Neste período a dinâmica social era emergente, a sociedade da época vivia os efeitos da revolução industrial que imprimia um ritmo acelerado nos conflitos sociais decorrente da sociedade capitalista e em crescente mutação e com as novas necessidades oriundas do novo sistema econômico. In. MARX, Karl. O

A dinâmica da sociedade do século passado cresceu em tamanho e complexidade, em decorrência deste fator a organização social das classes economicamente desprotegidas passou a influenciar e consagrar direitos até então não tutelados pelo ordenamento. Neste momento a filosofia individualista reinante até então no direito começa a ser superada por uma visão coletivizada das relações da sociedade moderna refletida nas “declarações de direitos típica dos séculos dezoito e dezenove”¹⁹. A reação concreta do Estado fez-se no sentido de consagrar os *direitos e deveres sociais* dos Estados para com toda a coletividade.

A consagração desses novos direitos é manifestada de forma mais clara após a II Grande Guerra Mundial. A Constituição Francesa de 1946, em seu preâmbulo determina o rumo a tornar efetivos, os direitos antes proclamados mas não efetivos; conseqüentemente a maioria dos Estados Ocidentais incorporou em suas cartas os princípios agora consagrados.

No Estado Moderno a consagração dos princípios da tutela dos direitos coletivos alcançou, poderia se dizer, os seus iniciais objetivos de garantia, ao cidadão de uma atenção maior por parte do Estado-Juiz.. Com a consolidação do “Estado do Bem Estar Social”, que garante “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todos os cidadãos como direitos políticos”²⁰, o Estado Moderno intenta atingir novos escopos, buscando intervir na sociedade para garantir uma justiça social.

CAPITAL. Vol. I e II. Civilização Brasileira. Tradução: Reginaldo Sant’Antana. Rio de Janeiro. 2º. Edição. 1971.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. op. cit., p.10.

²⁰ BOBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5º. Edição. Brasília : Edunb. 1993, p. 416.

A jurisdição no Estado Moderno, como manifestação do poder estatal realizada pelo Poder Judiciário, exerce um papel fundamental na consolidação do direito aos tribunais. Isso decorre do fato do Estado agir para alcançar o bem comum de toda a coletividade.

Quando o Judiciário é acionado, tem-se a atuação do Estado, concretamente, na solução dos conflitos sociais. A jurisdição é institucionalizada pelo Estado para fazer atuar o poder estatal, de forma a legitimar a sua própria atuação enquanto pacificador social, através de um poder autoritário, impositivo e legalmente constituído, que submeta os litigantes às suas decisões²¹.

A jurisdição tem como objetivo primordial a pacificação social, mas na lição de Dinamarco devem ser observado três de seus escopos:

“(a) o jurídico, segundo o qual a jurisdição serve para atuar concretamente o Direito; (b) o social, que engloba a pacificação social com a justiça e a educação para o exercício dos direitos e obrigações; e (c) o político, que inclui a afirmação do poder do Estado (de sua capacidade de decidir imperativamente) e a garantia de participação democrática e controle desse poder pela sociedade (concretização do valor liberdade). Com o intuito de se definir(...)”²²

Aliada a concepção do “acesso à justiça”, a compreensão dos escopos da jurisdição permitem uma interpretação da função estatal judicial, além da tradicional visão funcionalista da separação dos poderes de Montesquieu. Permite possibilitar a formação de

²¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., 23.

uma sociedade mais justa e igualitária a partir de uma atuação jurisdicional - intervencionista - mais efetiva para promover o bem comum..

4. O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL

O estudo do “acesso à justiça” não pode ficar desconexo do direito processual que lhe é instrumental básico na busca de seu fim principal. Não se pode negar que esse acesso é conseqüentemente o acesso a uma justiça adequada, organizada, e que tenha o instrumental processual necessário para habilitar o cidadão a efetiva realização de seu direito.²³ O problema do “acesso à justiça” também é um problema intimamente ligado à criação de caminhos de acesso a instalação do processo.

O processo exerce a sua função instrumental de pacificador dos conflitos sociais. “Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e dos estados”²⁴ realçando suas necessidades ao integral cumprimento de seus objetivos sociais, políticos e jurídico. Na questão entre a dualidade do “acesso à justiça” onde o mestre **HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES** leciona:

“Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que

²² *Idem.*

²³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, 29.

²⁴ Cintra, Grinover e Dinamarco. *ob. cit.*, p. 41.

*não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário”*²⁵

A dedução lógica decorre de que todos os outros direitos de modo geral estão subordinados ao direito de acesso ao judiciário, pois havendo desrespeito a aqueles, restam estes para fazer valer, até o último grau de jurisdição, a irresignação ao seu respeito. Sempre que houver o desrespeito a um mandamento normativo, utilizar-se-á da via judicial para legitimar a sua efetivação.

Dentro desse contexto a temática do “acesso à justiça” toma corpo diante do novo processo incorporando a visão revolucionária de **CAPPELLETTI**. O direito ao efetivo acesso à justiça é reconhecidamente importante dentro da nova linha dos direitos individuais e sociais, haja vista que a titularidade de direito é destituída de sentido, na falta de mecanismos que efetivem a sua reivindicação. Desta forma, o “acesso à justiça”, pode ser encarado como o mais básico dos direitos dentro do âmbito de um ordenamento moderno que pretenda garantir a igualdade de acesso de forma efetiva e não como mera declaração de intenções.

O “acesso à justiça” tem que ser focado nesse contexto, como meio pelo qual os direitos se tornem efetivos. Esta característica influencia o estudo do moderno processo civil, determinando em seu desenvolvimento outras vertentes. Os objetivos desta nova linha de estudo não se restringe ao reconhecimento do “acesso à justiça” como fim em si mesmo, mas tendo o “acesso” como ponto central no aprofundamento da moderna processualística²⁶.

²⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., 29

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. Op. cit., p.11-13.

Os desdobramentos desta visão instrumental do processo tomando como ponto de partida o “acesso” acarretaria na lição **HORÁCIO RODRIGUES**, que todas as normas processuais “devem ser criadas interpretadas e aplicadas sob a ótica da efetividade do acesso à justiça, para que a jurisdição possa atingir seus escopos dentro do estado contemporâneo”²⁷. No mesmo sentido **KAZUO WATANABE** e **LUIZ GUILHERME MARINONE**. Este último vai além. Para ele o acesso é o “tema-ponte” que interliga o moderno processo civil com o alcance da justiça social²⁸.

É inquestionável a visão de que o “acesso à justiça” transcende a barreira de simples linha de pensamento, formulada a partir da consagração de direitos fundamentais da coletividade. A opção por essa linha evolutiva é política de cunho social, pois consegue dividir nitidamente a quem deve beneficiar o direito. Sua formação é baseada no conflito histórico em que de um lado encontram-se ricos e de outros os pobres.

5. O ACESSO À JUSTIÇA E OS OPERADORES JURÍDICOS

Não se pode desvincular a temática do acesso a uma ordem jurídica justa de uma opção por uma política social, pois, o acesso a justiça “está intimamente ligada a noção de justiça social”²⁹.

Desta forma a elevação a categoria constitucional, de normas que viabilizem a diminuição da distância entre o povo e a justiça, foi proposital no que concerne a Constituição brasileira. O legislador constitucional incorporou a Carta Magna o espírito do Processo Moderno. Mas de que adianta elaborar leis que objetivem quebrar com as barreiras aos tribunais, elevá-las a mais importante categoria de normas para não serem

²⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., 30.

²⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., 31.

²⁹ *idem*.

aplicadas. Como diz um velho provérbio jurídico “se a lei resolvesse tudo a pobreza se acabava com uma canetada”, mas na verdade não é o que ocorre, pois todos os dias muitas pessoas morrem de fome no mundo. Aliada à mudança da lei concomitantemente é necessária uma alteração de mentalidade dos operadores jurídicos mas precisamente aos aplicadores da lei.

No que concerne a opção pelo social, quando se trata do “acesso à justiça”, não deve ser esquecida, questão relevante que volta e meia torna a ser questionada quando se trata dos magistrados e sua atuação enquanto agente político³⁰, que é a pretensa desmistificação da neutralidade ideológica do juiz.

ANTONIO CELSO DE AGUILAR CORTEZ, entende “que o juiz não está mais diante da sociedade agrária de cinquenta anos atrás, despolitizada e desorganizada, nem diante da dualidade simplista direita-esquerda, capitalismo-comunismo. Por isto cabe-lhe suprir a imprecisão e ambigüidade legislativa atuando decisivamente em favor da sociedade civil e explorar a função social da técnica processual para transformar direitos formais em vantagens concretas, como preconizaram **CAPELLETTI** e **GARTH** em sua obra *Acesso a Justiça*”³¹.

No entender de **CAPELLETTI**, o juiz que se entender ideologicamente neutro, automaticamente opciona ao que está posto, haja vista que concorda em reproduzir a ordem pré-existente. O que deve estar bem claro, é que o tema acesso a justiça, tem como pressuposto a desmistificação da neutralidade científica imposta pela dogmática³².

³⁰ AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9º Edição.. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 480-577.

³¹ AGUILLAR CORTEZ, Antonio Celso de. op. cit., p.199

³² . Novas Linhas do Processo Civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993,p.21

O Poder Judiciário, diante dos desafios que o momento histórico lhe impõe, deve dar sentido a sua existência como Poder do Estado “e cada juiz, representando o poder Judiciário, deve pensar no que pode fazer para garantir ao povo acesso real à verdadeira Justiça e aos direitos constitucionais, tidos como efetivos e não simbólicos³³”.

O Desembargador **NAPOLEÃO XAVIER DO AMARANTE**, em palestra na abertura da Câmara de Arbitragem de Florianópolis³⁴, conceitou o magistrado como um agente político. O ilustre Mestre, delimita a questão dentro da perspectiva da pseudo neutralidade do juiz, pois como agente político o magistrado expande o seu leque de atuação, na efetivação dos direitos ao acesso a justiça.

“O mito da neutralidade”³⁵ remonta em suas origens no dogma da igualdade formal³⁶, onde todos são iguais perante a lei, enunciado pela Revolução Francesa. Com o surgimento das primeiras Constituições, de conteúdo liberal, os legisladores preocuparam-se em não estabelecer distinções entre as pessoas. Assim, uma pessoa seria diferente de outra no aspecto de ordem biológica³⁷, a diferença entre os homens era reconhecida em sua aparência. Essa pretensa igualdade formal deflagrou inúmeros processos discriminatórios.

Nos Estados do século XIX, o direito de ir ao tribunal, consistia apenas na possibilidade formal de propor e contestar uma ação. Somente os que suportassem o ônus econômico da demanda poderiam estar em juízo. O estado liberal não tinha preocupação com as desigualdades, visto que partia da premissa da igualdade formal.

³³ AGUILLAR CORTEZ, Antonio Celso de. op. cit., p.199.

³⁴ Por ocasião da inauguração da Câmara de Mediação e arbitragem na sede da Fiesc em Florianópolis em no segundo semestre de 1996.

³⁵ MARINONE, Luiz Guilherme. op. cit., p.22.

³⁶ A igualdade formal é paradoxalmente a maior fonte de desigualdades no âmbito da justiça. Partes economicamente desiguais em um litígio sofrem conseqüências diferenciadas, que via de regra trazem prejuízo aos economicamente fracos.

Foi com o limiar das democracias que se “deixou de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas dos cidadãos, surgindo, então, os direitos sociais e econômicos, os desiguais passam a ser tratados de forma desigual”.³⁸

Na atualidade o significado de igualdade tem outro sentido, representado pelo “direito de igualdade de oportunidades”³⁹ ou como leciona o professor **HORÁCIO RODRIGUES** igualdades de armas para se estar no processo. O acesso a ordem jurídica justa no nosso caso reveste-se de “igualdade de oportunidades de acesso a justiça”.⁴⁰ E o magistrado, enquanto representante do Poder Estatal, não pode ficar indiferente a essa mudança de enfoque na prestação jurisdicional.

Ao se fazer uma análise sobre o acesso a justiça, não se pode esquecer que sua problemática é conjuntural, necessitando de variáveis de outras ciências para possibilitar a situação de seu contexto. “Daí a necessidade do processualista socorrer-se de outras ciências, bem como de dados estatísticos, a fazer refletir as causas de expansão da litigiosidade, bem como os modos de sua solução e acomodação”.⁴¹ Entender que toda técnica processual, apesar de sua pseudo neutralidade, sempre deve voltar-se a uma finalidade social. Que no contexto do acesso à justiça, não somente o Poder Judiciário tem condições de solucionar conflitos. E o mais importante de tudo é de que aquele que “trabalha com o direito tenha a consciência da função instrumental do processo ao acesso a uma ordem jurídica justa”.⁴² O juiz é o meio onde o fim é o direito.

³⁷ As Constituições liberais, quando de seu surgimento não estabeleciam diferenças entre os homens no tocante a direitos e obrigações. No Estado liberal “a igualdade formal” prevalecia às diferenças de ordem biológica, aspectos externos.

³⁸ MARINONE, Luiz Guilherme. op. cit., p.22.

³⁹ MARINONE, Luiz Guilherme. op. cit., p. 23.

⁴⁰ Ibidem p.23.

⁴¹ MARINONE, Luiz Guilherme. op. cit., p.24.

⁴² AGUILLAR CORTEZ, Antonio Celso de. op. cit., p.199.

É dominante o entendimento de que para haver um real “acesso à justiça”, há a necessidade precípua de uma mudança de mentalidade. Isto só ocorrerá se for mudada a dimensão do enfoque, o acesso deve ser visualizado através da perspectiva dos seus consumidores.⁴³

A ruptura com o modelo vigente é problemática, pois há a necessidade de se desatrelar o Poder Judiciário do Poder Executivo⁴⁴. **KAZUO WATANABE** *apud* **MARINONE**, acentua que a perspectiva vigente é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não a da equidade e do bem-estar da coletividade.⁴⁵

A auto produção⁴⁶ dos ocupantes temporários do Poder se manifesta em todas as ramificações do Poder Estatal, não seria diferente no âmbito do Poder Judiciário. O que de mais nocivo se observa, é que toda e qualquer tentativa de se mudar a interpretação de uma lei de baixo para cima, passa pelo crivo dos ocupantes temporário do Poder. Isto ocorre por exemplo, no caso de um juiz que decide um caso interpretando uma norma em favor de determinada causa social e tem posteriormente sua decisão reformada pelo tribunal recorrido. Este fato acarreta uma insegurança na base da justiça, pois a composição dos tribunais tem por base manobras políticas decorrentes da auto produção dos ocupantes temporários do poder. Com o “acesso à justiça” não poderá ser diferente,

⁴³ MARINONE, Luiz Guilherme. op. cit., p 25.

⁴⁴ AGUILLAR CORTEZ, Antonio Celso de. op. cit., p.199.

⁴⁵ MARINONE, Luiz Guilherme. op. cit., p 25.

⁴⁶ O termo “auto produção” significa neste caso a manifestação dos interesse dos ocupantes temporários do poder (governos), em todos os níveis da esfera do Poder Estatal, seja Poder Judiciário, Legislativo e Executivo.

pois a opção por uma verdadeira justiça social, sem sombra de dúvida esbarrará nos interesses dos ocupantes temporários do Poder.

6. AS DIFICULDADES AO ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA.

Como já observado anteriormente, os limites do entendimento sobre o “acesso à justiça”, alcançaram dimensões transcendentais a sua idéia inicial. No Brasil a concepção moderna sobre o “acesso” alcançou uma dimensão maior, cunhada por **KAZUO WATANABE**, como “acesso a uma ordem jurídica justa”, pois segundo ele o “acesso à justiça” não se identifica com a mera admissão ao processo simplesmente, ou a possibilidade de estar em juízo⁴⁷. Para haver realmente acessibilidade a justiça é indispensável que um número maior de pessoas possam ser admitidas num processo e possam fazê-lo de forma adequada de modo a não serem prejudicados em uma demanda.

Inúmeros são os fatores que diretamente repercutem na problemática do “acesso a uma ordem jurídica justa”. Nessa linha de raciocínio não se dá de forma diferenciada no âmbito do Poder Judiciário; assim do mesmo modo que inúmeras são as barreiras na mudança de mentalidade dos operadores jurídicos, tentar mover uma estrutura gigantesca e conservadora por natureza é muito mais complicado. O problema desse “acesso” quando se trata de Poder Judiciário, desenvolve um verdadeiro emaranhado de situações tais como: demora na prestação jurisdicional, desaparecimento da 1.ª instância, número demasiado de processos, excessivo formalismo das normas procedimentais, etc, etc...

⁴⁷ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. *ob. cit.*, p. 33.

A demora da prestação jurisdicional é decorrente de diversas circunstâncias. A prolação de uma sentença é prejudicada, segundo **JOEL DIAS FIGUEIRA**, pelo “desajuste da legislação processual e a organização judiciária à realidade social e pelo número elevado e sempre crescente de causas em desproporção assustadora com o quadro funcional dos organismos da justiça. Continua o ilustre processualista, “é verdade insofismável que a perfeita conciliação entre o binômio rapidez e segurança do julgado em nenhum país ainda conseguiu obter-se. Todavia, a nossa realidade aponta um quadro desalentador marcado por circunstâncias que podem perfeitamente ser resolvidas, diminuindo assim, de maneira considerável este lapso temporal interminável que separa a propositura da ação até o trânsito em julgado da sentença”.⁴⁸

Não resta a menor dúvida que a demora na prestação jurisdicional, afeta muito mais os que tem uma situação financeira hiposuficiente, pois, a delonga de um processo judicial pode levar anos; se no caso concreto se tratar de uma prestação jurisdicional emergencial que envolva questões pecuniária, o autor poderá chegar a padecer antes que sobrevenha uma decisão sobre o mérito de sua pretensão. Na outra ponta da questão, quem detém uma situação econômica mais favorável, poderá sofrer por mais tempo a demora, pois tem reservas financeiras que podem ser utilizadas até que se decida a sua questão. Deste modo caracterizada está que uma prestação jurisdicional mais rápida é componente essencial o um ordenamento justo, onde a sua condição financeira não determine o início e o fim de seu direito.

Um outro fator relevante na questão da prestação jurisdicional, que afeta a qualidade da justiça, é o desaparelhamento dos juizados de 1.º grau, que caracteriza-se na lição de **CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO**, “principalmente: a) pelo número

⁴⁸ FIGUEIRA, op. cit., p. 24.

deficiente de juizes; b) pela existência de cargos vagos de juizes; c) pela forma inadequada de recrutamento dos juizes; d) pela não existência de uma maior especialização dos órgãos de 1.º grau; e) pela má qualidade do apoio administrativo destinado aos magistrados, o que ocorre ao que parece, especialmente nas grandes cidades; e f) o crescimento da distribuição de processos, ano a ano”.⁴⁹

O crescente aumento das demandas judiciais é um outro fator que inviabiliza o “acesso” a uma ordem jurídica justa, devido a falta de qualidade do serviço prestado pelo órgão incumbido de exercer a função jurisdicional. Não se pode, diante de um corpo técnico pseudo qualificado e diminuto, tentar viabilizar uma prestação jurisdicional adequada. A medida que passam os anos, os quadros do Poder Judiciário mantêm-se, enquanto as demandas crescem e proporção geométrica. É necessário planejamento para evitar em um futuro próximo o colapso das vias judiciais, isto se, já não estiver acontecendo. Experiência na situação ocasionada pela falta de corpo técnico disponível como prejudicial a paridade de armas no processo, é o que vivenciam os clientes e beneficiários da assistência judiciária gratuita, no Escritório Modelo de Assistência Jurídica, pela falta de peritos para realizar trabalhos técnicos, existem processo que aguardam quase um ano para ser realizada a perícia.

A intenção de deixar por último o tópico sobre o excessivo formalismo das normas procedimentais, como fator prejudicial aos tribunais, foi proposital. Isto porque, do ponto de vista funcional, os princípios norteadores do movimento de “acesso à justiça”, já alcançaram em sua grande maioria seus objetivos, concepção atual está intimamente ligada a idéia de que “justiça tardia não é justiça”. Esta nova mentalidade desencadeou no processo civil brasileiro uma reformulação geral do ponto de vista dos consumidores da

⁴⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e Soluções na Prestação da Justiça. São Paulo : Revista dos

prestação jurisdicional, e é daqui em diante, que dentro dessa pequena incursão sobre o acesso a justiça e o seu novo enfoque no ordenamento brasileiro é que o tema proposto será desenvolvido.

A justiça brasileira necessita, com urgência, de normas processuais e procedimentos que tornem expedita a prestação jurisdicional⁵⁰, isto porque muito dos problemas que anteriormente impediam uma prestação jurisdicional mais célere já foram eliminados, restando portanto, uma adequação técnica a nova realidade.

Foi com a influência dos ensinamentos benéficos de **CAPPELLETTI**, que o Direito Processual brasileiro sofreu uma série de reformas planejadas, que se desenvolveram ao longo das últimas décadas, onde se poderia chamar de época das luzes do direito processual que culminou nas reformas sofridas no Código de Processo Civil de 1973 e que, se espera, culmine com a possibilidade de um acesso da população a uma ordem jurídica justa.

Tribunais, nº 664, p.215-231.

⁵⁰ Idem p.226.

CAPITULO II

O PROCESSO DE REFORMA

1. O MODERNO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

É quase unânime na doutrina processual brasileira o entendimento de que a segunda metade do século XX caracterizou-se, na doutrina internacional do processo civil, como um *tempo de mudanças*. O grandioso esforço dos mentores intelectuais da bandeira da *efetividade do processo* propiciaram o despertar para a conscientização da necessidade de se pensar em um processo como algo dotado de distinções institucionais bem definidas e que deve cumprir os seus escopos, sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo. Deve ser destacada a atuação dos precursores desse movimento **MAURO CAPELLETTI e VITORIO DENTI**, que deixaram discípulos e seguidores, na Itália, em toda a Europa continental e em plagas americanas, que hoje perfazem um grupo muito coeso em torno da idéia que se convencionou denominar *acesso à justiça*.

De forma objetiva pode-se designar que “acesso a justiça equivale à obtenção de resultado justo”⁵¹. O eminente professor e jurista **WATANABE**, como já salientado, talvez tenha feito a melhor denominação para bem caracterizar a idéia central desse pensamento, este designa como *acesso à ordem jurídica justa*. De forma simplificada, não terá acesso a justiça quem não consegue não só ser ouvido em juízo, mas também aquele

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo : Malheiros, 3º ed. 1996, p 21.

que recebe uma prestação jurisdicional tardia que venha lhe tolher o direito, causando-lhe danos que sejam irremediavelmente irreparáveis.

Dentro dessa linha de pensamento, que norteia por uma prestação jurisdicional mais ativa, culminaram transformações que atingiram o processo civil desenvolvidas em torno de algumas significativas *ondas renovatórias*⁵², preconizando a abertura da ordem processual aos mais necessitados e à defesa de direito e interesses supra-individuais, com a racionalização do processo mesmo como meio participativo e menos burocrático⁵³ e sobretudo, com uma significativa mudança de perspectivas. Como nunca antes os defensores desse movimento propõe que se deva ter, prioritariamente, o consumidor dos serviços como referencial para a prestação jurisdicional e não os operadores do sistema. O processo é meio e não um fim em si mesmo. O processo tem que ter resultados práticos.

Essas tendências contemporâneas, estão a influenciar a cultura jurídica moderna ocidental no mundo de forma quase que unânime, demonstrando que a absorção de suas idéias é fruto de uma necessidade já existente em decorrência do aparente colapso da falta da devida prestação jurisdicional.

Como não poderia deixar de ser, o processo civil brasileiro tornou-se receptivo a essas novas tendências, seja pelo excessivo número de estudiosos de primeira linha que nelas se engajaram, seja pelos reflexos que as propostas doutrinárias vêm tendo em nosso direito positivo.

Apresentamos, de forma simplificada, a evolução com a respectiva tomada de consciência que, outrora, fora doutrina vanguardeira e, nos dias atuais, é também

⁵² DINAMARCO, ob. cit, pp. 22.

preocupação do legislador, com “*três premissas fundamentais; a abertura do processo aos influxos meta-jurídicos que a eles chegam pela via do direito material, a transmissão do indivíduo para o coletivo* (Barbosa Moreira) e necessidade de *operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou deformá-lo tanto quanto possível, com vista a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar.*”⁵⁴

2. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Brasil, por ser um país novo, devido a sua “descoberta” em 1500, tem uma história recente. Como não poderia ser diferente, o mesmo ocorre com sua tradição jurídica. A “história jurídica”⁵⁵ de nosso país nos primórdios foi influenciada pelas Ordenações Filipinas, promulgada por Felipe I em 1603. As ordenações Filipinas disciplinavam o processo civil aplicável também na colônia. Posteriormente, em 25 de novembro de 1850, já durante o Império Brasileiro, foi editado o regulamento 737 que englobava a legislação processual. O regulamento 737 é elogiado por alguns doutrinadores e criticados por outros. Os que o elogiam dizem que do ponto de vista da técnica processual e especialmente a economia e simplicidade do procedimento o regulamento 737 é notável. Os críticos afirmam que se trata de um atestado de falta de cultura-jurídica⁵⁶.

O Governo Imperial determinou em 1871, que o então Cons. Antonio Joaquim Ribas se encarregasse de reunir toda a legislação processual civil. Assim se deu

⁵³ DINARMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 36.1, nota 2, p. 274.

⁵⁴ *idem*.

⁵⁵ O termo é colocado com aspas para destacar que já havia uma ordem jurídica antes, mas não reconhecida pelos colonizadores.

⁵⁶ CINTRA, ADA, DINAMARCO. *op. cit.*, p. 105

com a criação da Consolidação das Leis do Processo Civil, que passou a ter força de lei em virtude da resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876.

Nesse período a competência para legislar sobre matéria processual era do Império. Com o advento da República, e a conseqüente edição da Constituição de 1891, consagrou-se, a dualidade de Justiça, (Justiça Federal e as Justiças Estaduais), e a divisão das competências para legislar sobre direito processual entre União Federal e os Estados.

A partir desse momento do direito processual civil brasileiro, deve-se fazer menção especial, por refletirem o espírito renovatório aliado ao pensamento científico que já preemente, aos Códigos de Processo Civil da Bahia e de São Paulo.

Contrariamente ao que se possa imaginar, não se mostra substancialmente grandiosa a reforma operada mediante a edição do atual Código de Processo Civil, que veio em substituição ao de 1939 (unificador).

O Código de Processo Civil de 1973 representou um grande avanço, no que concerne à técnica processual, à adoção de conceitos modernos e à correta estruturação dos institutos. O Código de Processo Civil de 1939, objetivou romper os grilhões de uma legislação extremamente ligada à tradição lusitana das Ordenações, mas que, por fim, foi uma tentativa *nati morta* que não conseguiu seus objetivos primordiais como um todo. Vínhamos assim de uma ordem jurídico-processual em que não se percebia os ecos da transformação científica operada na ciência processual e presente na produção de estudiosos italianos e alemães da segunda metade do século passado e do início deste. O tão polêmico regulamento 737, que já foi comentado, era, de todas as formas, um diploma definitivamente já superado na época pelas orientações científicas admitidas a partir da obra de VON BÜLOW. Os diplomas estaduais que se lhe sucederam tinham altos e baixos,

eram muito diferentes entre si e de um baixo nível técnico, ressalvados os do Estado da Bahia e de São Paulo, já mencionados.

E assim sendo, o código de 1939, na tentativa de revelar-se em um diploma no diapasão das tendências contemporâneas de sua época - de cunha notadamente “*yankes*”, como bem se percebe pela Exposição de Motivos do Min. Francisco Campos - não se pode negar o significativo aperfeiçoamento do sistema, mas de contra partida não se pode dizer que tenha sido um diploma moderno

A reforma de 1973 não pode ser caracterizada como uma renegação da “velha estrutura, ou aos seus pressupostos, com opção por uma nova, inspirada em novas e substanciais conquistas”⁵⁷. Não obstante ter sido elaborado com o objetivo declarado de se constituir um novo estatuto e não mera nova roupagem à lei velha, o Código Buzaidiano é um retrato do pensamento jurídico-processual amarrado ao tradicionalismo dominante já a época do Código de Processo Civil de 1939. Nesse plano, não havia tanto a modificar então como em 1939.

Com a reforma o que era premente sim era corrigir os defeitos evidenciados pela experiência trintenária e o aperfeiçoamento dos institutos à luz dos maiores conhecimentos do direito processual, já incorporados à cultura jurídica brasileira na década dos anos setenta, graças especialmente ao trabalho realizado pelo eterno Mestre **ENRICO TULLIO LIEBMAN** e de seus seguidores e discípulos por ele modelado na chamada *Escola Processual de São Paulo*, que tanto enriqueceu e enriquece o direito processual civil brasileiro.

⁵⁷ Dinamarco . op. cit.,p. 23.

Dentro dessa análise histórica, não se pode negar os grandes avanços conquistados com o Código de Processo Civil de 1973, tais como: o julgamento antecipado do mérito, o chamamento ao processo, a repressão ao *contempt of court*, o recurso adesivo etc., ou a vestimenta de roupagem moderna a outros já incorporados a ordem processual brasileira: o despacho saneador, a denunciação da lide e outros.

Não se pode negar que o *Código Buzaidiano* não foi uma obra de seu tempo em razão de como se posicionava a doutrina dominante quando foi editado. “Nossos olhos não estavam ainda propriamente abertos, nem nossos sentimentos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da *efetividade do processo*, então brotando em plagas européias”⁵⁸. Isso significa que o legislador pátrio de 1973 não foi influenciado pelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores vanguardistas da doutrina brasileira, como a visão crítica do sistema processual do ponto de vista dos consumidores da prestação jurisdicional e a fortíssima guinada para a *tutela coletiva* e, sobretudo, o sublime empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa. O Código de 1973 veio a lume como um excelente instrumento técnico, mas continuou vinculado ao estado da doutrina brasileira de seu tempo.

Do ponto de vista do plano técnico-processual o código vigente não inovou muito em relação ao de 1939, se o considerarmos globalmente pela sua grande linha. Da mesma forma como o Código de 1939, o Código de 1973 mantém as categorias fundamentais que compõem a ordem processual - jurisdição, ação, processo e defesa - estão modeladas e entrelaçadas agora, sem alterações substanciais.

⁵⁸ *Idem.*

Assim se dá no processo de conhecimento, cujo procedimento ordinário apresenta as mesmas fases que antes, com a maior inovação residindo na admissibilidade do julgamento antecipado do mérito. Também no processo executivo, com as mesmas três espécies básicas, com o mesmo modo de dar-lhe início, mesmas fases procedimentais, mesma técnica de executar - sendo de grande relevância a equiparação da eficácia dos títulos extrajudiciais à dos judiciais.

Do mesmo modo ocorreu no processo cautelar, onde as grandes novidades foram a apresentação mais explícita com que a matéria vem tratada, particularmente no que toca ao poder geral de cautela, mas sem inovações profundas ou estruturais.

No plano do sistema de recursos e da competência o que se destaca é o aspecto formal e o da linguagem utilizada.

Como já foi dito no início, o vigente Código de Processo Civil não representa do ponto de vista metodológico, ideológico e estrutural uma quebra definitiva com o modelo estrutural do código de 1939. Consagra um *modelo processual* semelhante ao anterior, deveras revestido de um aspecto estético melhor em relação a alguns institutos, aperfeiçoando outros e sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais. Sem sobra de dúvida é um código *individualista* como o anterior e o estilo de processo e procedimento que oferece é o mesmo.

Do que foi até aqui exposto, nessa breve incursão histórica sobre o processo civil brasileiro, é que não existe uma diferença marcante entre os princípios norteadores do Código de 1939 e seu sucessor, vigente na atualidade, não importando, assim, o código atual, uma quebra do tradicional pensamento jurídico trintenário, representado no código de 1939.

3. LEIS POSTERIORES A REFORMA DE 73 ATÉ A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Mal tinha sido editado o código de 1973, a sua reforma já começara a ser iniciada, a bem dizer, já no mesmo ano em que foi publicada e durante a própria *vacatio legis*: a lei n. 5.925, de 1.º de outubro de 1973, foi portadora de uma série grande de adequações, alterando aproximadamente cem dispositivos do código. Ainda, àquele tempo, também, duas leis trouxeram importantes novidades processuais ao adaptarem ao sistema do código a matéria de direito processual constante de vários diplomas vigentes, especialmente da Lei de Falências (são as leis nn. 6.014, de 27.12.73, e 6.071, de 3.7.74). Essas e muitas outras leis, no entanto, se bem façam parte da reforma contínua e dinâmica pela qual em seus vinte anos o Código de Processo Civil vem passando, já se encontrando consolidadas no sistema e já incorporadas a nossa cultura jurídica, não são objeto do estudo. Deste modo, elencamos as leis mais importantes, para ilustrar a transformação legislativa sofrida:

- a) a lei n. 6.458, de 1.º de novembro de 1977, que, dando nova redação à lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968 (Lei das Duplicatas), considera título executivo extrajudicial, para os efeitos do art. 586 do Código de Processo Civil, as duplicatas não aceitas e que preencham os requisitos;
- b) a lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), que adaptou ao seu sistema diversos artigos do código (arts. 100, par. Ún., 155, 733, caput e § 2.º, 1.120, 1.124);

- c) a lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) que, além de ditar inúmeros dispositivos sobre organização judiciária, trouxe importantes inovações processuais em tema de competência, recursos etc.;
- d) a lei n. 6.825, de 22 de setembro de 1980, que “estabelece normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de primeira instância”;
- e) a lei n. 6.830, de 22 da mesma data (Lei das Execuções Fiscais), que subtraiu do Código de processo Civil a disciplina da execução da dívida ativa pública;
- f) a lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981 (Lei da Correção Monetária), que determinou a correção monetária dos créditos cobrados em juízo;
- g) a lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984 (Lei das Pequenas Causas), que inovou profundamente no sistema processual brasileiro ao disciplinar o processo e procedimento para as causas de pequeno valor e prever a implantação, pelos Estados, dos Juizados Especiais de pequenas Causas (os quais acabaram por receber consagração constitucional na Carta de 1988; v. Arts. 24, inc. X, e 98, inc. i); a lei 7.244 foi revogada pela lei n. 9.099, de 24 de setembro de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais;
- h) a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), também extremamente significativa porque foi o passo fundamental na abertura da

ordem processual brasileira para a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos (v. Ainda Const., art. 129, inc. III);

- i) a lei n. 8.009, de 30 de março de 1990, que dita a impenhorabilidade do imóvel residencial do executado;
- j) a lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, que disciplina processo e recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça;
- k) a lei n. 8.69, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com capítulo sobre a “proteção judicial dos interesses individuais, difusos ou coletivos”;
- l) a lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), com disposições específicas e conceitos precisos sobre ações coletivas, tutela de interesses individuais homogêneos etc.⁵⁹

Não obstante as alterações advindas por leis isoladas, o sistema processual brasileiro foi significativamente atingido também pela reforma constitucional consumada em 1988. A nova Carta da República no que concerne ao processo, deu especial atenção aos dois pólos do direito processual constitucional, ao definir garantias e princípios voltados à *tutela constitucional do processo* e ao fortalecer o arsenal de medidas integrantes da *jurisdição constitucional das liberdades*.

A Constituição de 1988 explicitou a garantia do contraditório em processo civil e até mesmo em processo administrativos; o devido processo legal, garantido de modo expresso; a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais; a garantia do juiz

⁵⁹ Dinamarco . op. cit., pp. 26-27.

natural *etc.* No que concerne a jurisdição constitucional das liberdades, inovou com os institutos do *mandado de injunção* e do *habeas data*, além de abrir a legitimidade ativa para o mandado de segurança (*mandado de segurança coletivo*) e, de modo bastante amplo e até reiterado, consagrar regras de tutela jurisdicional coletiva (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5.º, inc. XXI e art. 8.º, inc. III). Deu-se dignidade constitucional aos Juizados de Pequenas Causas (art. 24, inc. X e art. 98, inc. I) e à ação civil pública (art. 129, inc. III).

No texto constitucional se fez menção ao novel e importantíssimo *recurso especial*, ao disciplinar o então criado Superior Tribunal de Justiça. E eliminou-se a antiga competência, que antes o Supremo Tribunal Federal tinha, de por regimento limitar à admissão de recurso extraordinário.

4. A TUTELA COLETIVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A abertura do direito processual civil brasileiro para a tutela coletiva é de grande importância metodológica na recente história de nossa cultura jurídica. Até então, a vinculação a *singularidade da tutela jurisdicional*, herdada dos romanos - contraposta à universalidade dos juízos celebrados entre os bárbaros invasores - criou fortíssimas tradições de cunho individualista no sistema processual civil brasileiro. Os aspectos mais destacados dessa ligação eram representados pela legitimidade necessariamente individual (Código de Processo Civil, art. 6.º), decorrente dos efeitos diretos da sentença limitados às partes do processo e pela rigorosa limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada (art.

472). Sobre essa estrutura tripartida fundamenta-se a tutela jurisdicional individual em todos os ordenamentos europeus-continentais, a que a nossa tradição cultural se filia⁶⁰.

O primeiro contato com os fundamentos da tutela jurisdicional coletiva, foi oriunda do mundo anglo-saxão, que permitia o endereçamento da tutela jurisdicional a comunidade de pessoas, e não somente a indivíduos isolados e perfeitamente identificados no processo. A consequência do êxito das *class actions* norte-americanas despertou enorme simpatia na doutrina brasileira moderna que desde então passou a apregoar importantes alterações no nosso sistema processual. O passo inicial, foi com a Lei da Ação Civil Pública, editada em 1985, que teve o intuito principal de viabilizar a proteção dos valores ambientais, em decorrência dos dispositivos jurídicos-substanciais contidos na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei n. 6.938, de 31.8.81). Esta contudo foi desde de logo ampliada e passou a abranger também a tutela ao consumidor e aos valores históricos, artísticos, paisagísticos, estéticos, turísticos.

A respectiva redação do art. 1.º da lei da Ação Civil Pública, faz menção até mesmo à tutela da ordem econômica em seu inciso V, conforme é definida na Lei Antitruste (lei n. 8.884 de 11.6.94). Assim, O Ministério Público torna-se, ao lado de associações e outras entidades, portador de legitimidade, alargando sobremaneira o seu leque de atuação no que tange a ação civil pública, sendo questão ainda não objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal a sua discutível legitimidade para usar desse instrumento na defesa do patrimônio de pessoas jurídicas estatais ou para-estatais, em sobreposição ao âmbito de abrangência da ação popular, que tem como exclusivamente legitimado o cidadão.

⁶⁰ Dinamarco . op. cit.,p. 28.

A ação civil pública, na atualidade, constitui-se em um eficiente e poderosíssimo instrumento de tutela a direitos e interesses supra-individuais cumprindo mais do que satisfatoriamente os objetivos a que inspiraram sua adoção.

Outro diploma importantíssimo sobreveio com a Lei 8.078, de 11 de setembro, denominada de Código de Defesa do Consumidor, portador de precisas e importantes conceituações e preceitos no plano da tutela coletiva.

Ainda, podemos mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente, também de 1990, que altera princípios importantíssimos no que concerne ao menor, anteriormente denominado infrator e agora chamado de criança. Contém, um título versando sobre o *acesso à justiça* (arts. 141 ss.), no qual se insere capítulo específico sobre *a proteção individual dos interesses individuais, difusos e coletivos* (arts. 208 ss.). Contém também normas sobre *legitimatio* ativa, coincidente com as dos outros diplomas já mencionados (art. 210).

Sem sobra de dúvida, no que concerne adoção dos fundamentos da tutela jurisdicional coletiva no direito brasileiro, esses três diplomas consistem uma base jurídico-positiva explícita da harmonização apoiada nos preceitos constitucionais estimuladores dessa abertura. Esse conjunto é responsável pelo autêntico destaque que nosso transformador processo civil exerce no mundo romano-germânico tradicionalmente ligado aos padrões da tutela exclusivamente individual. A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor representam uma resposta

do legislador, aos anseios da doutrina pioneira e serve de estímulo à grandiosa e farta bibliografia que lhes sobreveio⁶¹.

É o que se percebe hodiernamente e que sugestivamente Kazuo Watanabe denominou de molecularização da tutela jurisdicional. Ao tradicional trato dos conflitos isoladamente, como *átomos* de uma realidade muito mais ampla, acosta-se agora o exercício da jurisdição em face das *moléculas* em que os átomos se aglutinam.

A modernidade impôs um estilo de vida solidário por excelência e por imposição das necessidades e aspirações comuns na *sociedade de massa* deste fim de século, determina o trato coletivo de interesses que se tornam indivisíveis ao ponto de se confundirem, quase que se destacando dos indivíduos a que tradicionalmente se reportavam com exclusividade. A esse direito, que poderíamos designar “*direito de massa*”, resultante dessa nova realidade social, por sua vez impõe seus rumos ao processo civil, modelando-se como um *processo civil de massa*”.⁶²

5. O PROCESSO DE MINI-REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo de revisão da legislação processual civil brasileira, de natureza constitucional e infraconstitucional, foi iniciada, na verdade, como já comentado, na segunda metade da década de 80.

Posteriormente a essa fase, dentro do progresso técnico-científico e legislativo, percebeu-se um movimento renovador do próprio Código de Processo Civil, preconizado inicialmente pela Associação dos Magistrados Brasileiro e pela seccional

⁶¹ O progresso do direito processual civil brasileiro já é internacionalmente reconhecido, foi objeto de referências elogiosas das *Jornadas de Derecho Procesal* realizada na cidade de Cuernavaca, México, no ano de 1992.

⁶² Dinamarco . op. cit.,p. 30.

brasiliense do Instituto de Direito Processual - depois absorvido pela Escola Nacional de Magistratura no ano de 1992, por incumbência do Ministro da Justiça. A partir daí formou-se uma comissão revisora, presidida pelo diretor da Escola, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, e secretariada pela desembargadora Fátima Nancy Andrichi, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e tendo como seus integrantes, o Min. Athos Gusmão Carneiro, do Superior Tribunal de Justiça, os estudiosos Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi, Humberto Teodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carneira Alvim, Kazuo Watanabe e Sérgio Sahione Fadel.

O aludido grupo foi responsável por uma série significativa de anteprojetos de lei tendo por conteúdo a modificação de capítulos bem especificados do Código de Processo Civil, os quais foram conduzidos pelo então a época dep. Nelson Jobim ao Congresso Nacional. Desse modo específicos e com explícita renúncia a qualquer pretensão de sistematizar o Código de Processo Civil ou alterar sua estrutura, os respectivos anteprojetos conduzem a proposta de uma série de *mini-reformas* e não de uma reforma, global ou abrangente. O objetivo principal das mini-reformas foi o de atacar os pontos débeis do sistema, bem definidos e merecedores de uma ocupação oportuna e saneadora.

6. METODOLOGIA E OBJETIVOS DAS MINI-REFORMAS

O presidente da Comissão revisora, Min., Sálvio de Figueiredo Teixeira, expôs a forma de como seriam realizados os trabalhos:

“Como já amplamente noticiado a *Escola Nacional da Magistratura* foi convidada, há algum tempo, para promover os estudos necessários à reforma da legislação

processual brasileira. Ciente de que um importante canal se abria não apenas para corrigir deficiências e suprir carências há muito apontadas, mas sobretudo para a participação da comunidade jurídica na elaboração e no aprimoramento das nossas leis, a ENM aceitou a missão e de início fixou como metodologia:

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;

b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilidade e efetividade;

c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho;

d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessários (v.g., arts. 272-273, 478-479), mas sem alterar a fisionomia do Código;

e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizar o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da Magistratura mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.

(...) É de convir-se, porém, que, não obstante ainda não concluída em sua inteireza a reforma, profundas serão as alterações que irá vivenciar doravante o processo civil brasileiro, de que são exemplos os avanços dos institutos da “tutela antecipada” (art.

273) e da “tutela específica” (art. 461), os quais, bem aplicados, darão novo perfil à prestação jurisdicional no Brasil. (...) (Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in a Reforma da Legislação Processual, CB 20/02/95*).”⁶³

As mini-reformas objetivam, nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, a desobstacularizar a efetividade do acesso à justiça. Os obstáculos a esses fins se localizam em fundamentais “*pontos sensíveis* do sistema, representados (a) pela admissão em juízo, (b) pelo modo-de-ser do processo, (c) pela justiça das decisões e (d) pela sua efetividade, ou utilidade.”⁶⁴ Notadamente os anteprojetos advindos da Comissão têm por escopo o aprimoramento do Código nesses pontos vitais, sempre a permitir uma **justiça mais rápida e mais efetiva**. Liberta de conceitualismo, essas mini-reformas trazem a bandeira da *efetividade do processo* e condizem com o método que privilegia o consumidor da prestação jurisdicional num *processo civil de resultados*, como querem os modernos pensadores.

Dentro dessa nova perspectiva do Direito Processual Civil Brasileiro, sem dúvida nenhuma a reforma mais significativa, na nossa opinião, foi instituída pela Lei n° 9.079, de 14.7.1995 (publicada na mesma data e com vigência prevista Para 60 dias), que introduziu e disciplinou, na legislação brasileira, a tão aclamada ação monitória, que já fazia sucesso no direito processual civil europeu, mais precisamente na Itália e França. Toda a breve abordagem sobre o acesso à justiça e sobre as inovações no Código de Processo Civil após 1973, serviu de meio instrumental para situar o contexto do novel instituto dentro da nova mentalidade dos operadores jurídicos.

⁶³ FRIEDE, Reis. Principais Inovações no Direito Processual Civil Brasileiro. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996, pp. 14-15.

⁶⁴ DINAMARCO. op. cit., p. 275.

CAPITULO III

1. PROCEDIMENTO MONITÓRIO: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

1.1 CONCEITO

Não é pacífica na doutrina o conceito de procedimento monitorio. A expressão “monitorio” é muito antiga, e foi utilizada primeiramente para indicar os manuais que esclareciam aos seguidores do cristianismo como proceder quando chamados ao tribunal do Santo Oficio, datando da Idade Média⁶⁵.

Na sua significação jurídica, a expressão procedimento monitorio designa, segundo Carreira Alvim, o “procedimento do tipo de cognição sumária, caracterizado pelo propósito de conseguir o mais rapidamente possível o título executivo e, com isso, o início da execução forçada.”⁶⁶. Para **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**, a expressão é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos, mais apropriados com a espécie de direito material a ser tutelado. O procedimento monitorio é uma técnica processual inserida no contexto dos procedimentos jurisdicionais de tutela diferenciada, tendo o seu rito o objetivo de abreviar o lapso entre o início e o fim do processo.

⁶⁵ GAMEIRO, Patrícia Andrade. “Introdução da Ação Monitoria no Ordenamento Jurídico Brasileiro pela Lei 9.079/95. Monografia. 1996.

⁶⁶ ALVIM, Op. cit., 50.

O procedimento monitorio apesar de sua unicidade procedimental, que viabiliza a obtenção mais rápida do título executivo ou a satisfação da pretensão aduzida, não pode ser caracterizado como um processo de execução diferenciado, como ocorre com as execuções tendo por base título executivo extrajudicial. A semelhança é inegável, pois com a propositura dos embargos, monitorio ou do devedor, a matéria objeto de discussão é a mesma. A diferença reside simplesmente, que no procedimento monitorio não pode haver execução provisória, já o contrário não ocorre no processo de execução por título executivo extrajudicial.

Uma característica importante no procedimento monitorio é a unilateralidade de sua ação, pois ao contrário do que ocorre no processo de cognição, no novo procedimento o contraditório é eventual. O contraditório só será instaurado depois de expedido o mandado de pagamento ou entrega, isto se o demandado tomar a iniciativa em opor os embargos.

A característica mais marcante do novo instituto é o do poder conferido ao juiz, de sem a ouvida da outra parte expedir o mandado; pois não configura a expedição do mandado a tomada de uma decisão liminar e sim um julgamento prévio de mérito, fundamentado em uma cognição vertical superficial das provas apresentadas.

O que se pode notar é que o procedimento monitorio é uma modalidade híbrida de procedimento que conjuga cognição e execução e a exportação desse procedimento para o nosso ordenamento, esbarra na dificuldade de compreendê-lo a luz do nosso sistema e seus institutos já consagrados. **GARBAGNATI** *apud* **ALVIM** é quem melhor diagnostica tal situação, *in verbis*:

“O problema(...), não tem na realidade muita importância, pois tudo depende do conceito de ‘procedimento monitorio’ ao qual se liga o ordenamento jurídico; se se define o procedimento monitorio como aquele procedimento de cognição, no qual o órgão jurisdicional é legitimado a pronunciar um provimento declaratório do direito postulado com a demanda introdutiva do processo, sem que a parte contra qual é proposta seja previamente chamada ao contraditório, nada impede vislumbrar normalmente o procedimento de injunção.”⁶⁷

Como bem elucida o ilustre doutrinador, no ordenamento italiano, o procedimento monitorio é gênero onde a espécie é um procedimento denominado procedimento injuntivo. A doutrina nacional entende que o procedimento monitorio e o injuntivo são sinônimos. Isto não é correto afirmar, como ficou expresso na lição de **GARBAGNATI**. O procedimento monitorio italiano designa todo procedimento ordinário onde os prazos para realização dos atos processuais são reduzidos a metade⁶⁸. Ao que parece é que em nosso ordenamento adotou-se, o nome procedimento monitorio e não injuntivo, para evitar confusão com a ação injuntiva constitucional (mandado de injunção).

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 DIREITO ROMANO

As origens do procedimento monitorio propriamente dito não é possível determinar, mas contudo, é possível visualizar procedimentos em diversos países semelhantes ao procedimento monitorio.

⁶⁷ ALVIM, Op. cit., 51

⁶⁸ ALVIM, Op. cit.41. Nota 32 da obra.

Dentro do processo civil romano, pode-se identificar três grandes períodos do processo civil romano: o das *legis actiones*, o *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*, que são por assim dizer, os três momentos do processo civil romano.

O período das *legis actiones* (processo das ações e das leis), remonta aos tempos da fundação de Roma (754 a.C.) até os fins da República; o período dos *per formulas* (processo formular), constituindo com o anterior, o *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos privados), fora introduzido pela *lex Aebutia* (Lei Ebécia) de (149-126 a.C.) e oficializado definitivamente pela *lex Julia* (Leis Júlias) *privatorum*, do ano 17 a.C., observado, de modo não tão incisivo, até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C.); e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem*, que foi instituído com o advento do principado (27 a.C.) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente.

Não se pode negar que essa demarcação é apenas convencional, devido ao fato de que, mesmo dentro de cada um destes períodos em particular, é possível encontrar fases ou mesmo ulteriores sistemas particulares. Destarte, verifica-se que, ao lado da evolução política de Roma, que foi conhecendo várias modalidades de governo - Realeza, República, Principado e Dominato -, outrossim o processo privado desdobrou-se em três fases específicas e distintas, embora, em determinado momentos, coexistissem dois sistemas processuais diferentes.

As fontes revelam que os romanos conheciam a partir do processo ao pretor: o *imperium*, que era um poder geral e indefinido, e a *iurisdictio*, que, ao contrário, era específica e determinada, emanada do *imperium* do magistrado.⁶⁹

A constatação de novas exigências sociais autorizavam o pretor a criar meios processuais de tutela, destinados, via de regra, a reparar e corrigir eventuais iniquidades decorrentes da estrita observância das normas do *ius civile* ou então a preencher lacunas deste. Do mesmo modo que ocorria com as *actiones in factum* e das *exceptiones*, outros institutos, oriundos de atos *magis imperii quam iurisdictionis*, ou seja, fundados preponderantemente no *imperium* do magistrado, mas também inspirado na equidade, visavam a complementar a tutela dos direitos. No contexto dessas criações, resultam das fontes os *interdicta*, as *missiones in possessionem*, as *stipulationes praetoriae* e as *restitutiones in integrum*.

O interdito era um processo excepcional, que tinha como seu traço marcante o fato de que, via de regra, não se realizava uma *cognitio* da existência ou inexistência do direito de uma das partes, mas, apenas, mantinha a situação de fato inalterada, embora como salienta GANDOLFI, *apud TUCCI*⁷⁰, “o procedimento interdital diante do pretor fosse semelhante ao ordinário, concluindo-se com a pronúncia do interdito; e que, diversamente, da *actio*, nem sempre exaurida a questão, podendo, em momento subsequente, converter-se em procedimento ordinário”.

O pretor quando realizava a cognição o fazia de forma sumária. Analisava tão-somente os pressupostos de fato, e, em seguida, concedia, ou, quando fosse caso, denegava o interdito postulado.

⁶⁹ V. , a respeito, Giuseppe Grosso, *Lesione di storia del diritto romano*, 5ª. Ed., Torino, Giappichelli. 1995.

Quando do deferimento do interdito, duas hipóteses surgiam: ou a ordem era acatada, pondo fim à controvérsia; ou a parte interessada podia provocar a instauração de um procedimento ordinário, perante o *iudex privatus*.

A técnica da *cognitio de plano* continuou sendo empregada no período sucessivo da *extraordinaria cognitio*.

No que tange a execução, pode-se declarar que a sentença de cunho condenatório, quando proferida em processo de conhecimento, era o único título que possuía eficácia executiva.

2.2DIREITO COMUM

No século XI, foi fundada a *studium civile* de Bolonha, onde as fontes jurídicas romanas passaram a ser estudadas ao lado do direito canônico. O extremo formalismo do procedimento ordinário da época medieval, tornava-o lento e custoso.

Os canonistas simplificaram o procedimento, em resposta a excessiva duração do processo em face do volume cada vez maior de processos. Isso ocorreu quando da edição das bulas, *Seape contigit* (1306) e *Dispendiosam* (1311), do Papa Clemente V, que estabeleciam, como regra geral, a *cognitio sumaria*, caracterizada por um procedimento oral e por lapsos de tempo breves. Esse procedimento era concentrado, mais célere, menos dispendioso e dispensava certas formalidades inerentes ao rito ordinário.

Paralelo a este procedimento, na mesma esfera do direito romano-canônico, sobrevieram outros instrumentais jurídicos, dentre os quais, *o mandatum de solvendo cum cláusula uustificativa*, mais conhecido como, *praeceptum cum cláusula*. Respectivas técnicas procedimentais despontaram como técnica de juízo acelerado de conhecimento, propiciando a posterior instrução executiva.

Em tal procedimento, o titular do crédito que não possuísse um título executivo, requeria ao magistrado a expedição do *mandatum de solvendo*. Entendendo o juiz da existência dos pressupostos, este deferia uma mandado injuntivo dirigido ao devedor para que pagasse ao credor. O *mandado de solvendo* era acompanhado e justificado por uma cláusula que determinava que caso o devedor opusesse exceções, deveria fazê-lo dentro de um certo prazo.

O conhecimento em tal procedimento era sumário pois, o juiz quando da expedição do mandado injuntivo, fazia uma cognição superficial, ignorando as eventuais defesas do devedor e muitas vezes os fatos que ensejaram à propositura da ação.

Havendo a manifestação espontânea do devedor em pagar colocava-se fim a lide; todavia se fosse oferecida defesa, iniciava-se um processo de cognição exauriente. Caso o devedor não realizasse a ordem do mandado ou não oferecesse defesa no prazo estabelecido, a ordem transformava-se em definitiva, ensejando o início da execução forçada.

2.3 DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Em decorrência da enorme e fecunda influência do direito comum nas fontes jurídicas da Península Ibérica, não se pode negar que tenha deixado de inspirar os legisladores do reino lusitano aquela técnica vigente no âmbito do direito romano-canônico.

Foi como as Ordenações Manoelinas, que em Portugal foi introduzido um novo tipo de procedimento, que se resolveu denominar de *ação de assinatura de dez dias*. Tal ação poderia ser ajuizada por credor de quantia certa ou coisa determinada, conforme provasse por escritura pública ou alvará feito e assinado pelo devedor.

Com o ajuizamento da ação o devedor era citado para pagar ou entregar a coisa a que estava obrigado; em tais hipóteses, deveria provar nos dez dias subsequentes qualquer razão para não cumprir o que assim estava na escritura ou alvará.

Entretanto, passado os dez dias, não tendo demonstrando, nem provando o devedor o cumprimento da ordem, ou quitação, ou outro motivo, que o desobrigasse do cumprimento do mandado, seria desde logo condenado por sentença, que o obrigaria a pagar tudo aquilo que fora obrigado com o credor.

O procedimento decendiário foi introduzido em nosso ordenamento jurídico em virtude do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que disciplinava o processo das causas de natureza comercial e que posteriormente foi aplicado também às causas cíveis. No Regulamento, dentre as *ações especiais*, a *assinatura de dez dias*, que dispunha,

no “art. 246, que: Consiste esta ação na assinação judicial de dez dias para o réu pagar, ou dentro deles alegar e provar os embargos que tiver”⁷¹.

Com a República e a bipartição da competência para legislar sobre matéria processual, encontramos nos Códigos de São Paulo (arts. 767 a 771) e da Bahia (arts. 340 a 354) da época um disciplinamento minudente do respectivo instrumento procedimental, onde, ao credor competia por obrigação líquida e certa a que não tinha a lei atribuído ação executiva.

Com a posterior entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, retornou a União a competência para legislar sobre material processual, e o referido procedimento foi eliminado em nossa ordem jurídica.

2.4 DIREITO COMTEMPORÂNEO

Na atualidade diante das inúmeras transformações sociais existentes, percebe-se a retomada por parte dos estudiosos a preocupação de tornar mais clara a função instrumental do processo, este deve ser um meio para servir a um fim determinado e não um fim em si mesmo.

Vivencia-se a necessidade de uma prestação jurisdicional que torne mais rápida a satisfação das partes integrantes do processo, em contraposição ao lento e custoso procedimento ordinário. A *tutela jurisdicional diferenciada*, cunhada inicialmente por **PROTO PISANI**, vem em resposta a necessidade de reunir vários procedimentos

⁷¹ Tucci. ob. cit., pp.33

“estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substâncias”⁷² de natureza plenária ou sumária que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pela ordem constitucional.

A adoção de procedimento monitórios por parte de países como: Brasil, Bélgica, França, Alemanha e Itália; é um reflexo da necessidade de uma prestação jurisdicional que além de tutelar os direitos não os torne inviáveis pela demora decorrente da apreciação das lides submetidas ao Estado Juiz.

O direito moderno no que cinge a ação monitória adota dois tipos de procedimentos: o puro e o documental. No procedimento monitório puro, o mandado injuntivo é concedido sem a necessidade de nenhum meio de prova. Oferecida a oposição, o mandado injuntivo imediatamente perde a eficácia, desaparecendo assim, o procedimento monitório.

No procedimento monitório documental, o mandado injuntivo também é expedido sem ciência do devedor, mas esse procedimento somente se inicia mediante a apresentação de prova documental sem eficácia executiva. Não havendo a oposição o mandado converter-se-á em título executivo; caso contrário, com o oferecimento da oposição, segue-se o rito ordinário. Se a oposição for acatada, revoga-se o mandado injuntivo; sendo improcedente, converter-se-á o mandado injuntivo em título executivo judicial, com sentença de mérito, substitutiva da ordem inicial.

O diferencial marcante entre os dois tipos procedimentais, residente que a oposição no procedimento monitório documental, apenas suspendem a eficácia da ordem,

⁷² Tucci. ob., cit. pp.13

ao contrário do que ocorre com o procedimento monitorio puro, em que a oposiçao desconstitui o mandado injuntivo.

Em síntese, cada país adota o procedimento monitorio de acordo com as peculiaridades de seu direito. Variam em decorrência das condições e do objeto da lide. Em alguns países o pleito pode se fundir em prova documental tenha ou não força de título executivo; em outros não há necessidade de prova documental; o objeto da demanda pode ser prestação que não dinheiro.

3. NATUREZA JURÍDICA

Não é pacífica na doutrina a unicidade em torno da natureza jurídica do procedimento monitorio ou injuncional. Para alguns reside em prestação jurisdicional provisória ou definitiva; para outros se trata de processo de conhecimento, de execução ou misto; ou sendo um processo de conhecimento se seria uma ação condenatória, declaratória ou constitutiva.

Na lição do professor **VICENTE GRECO FILHO**, quanto ao tipo de prestação jurisdicional, as ações podem ser: de conhecimento, de execução e cautelares. Nas ações de conhecimento, estas podem ser de cunho declaratório, constitutivo e condenatório. São declaratórias quando o pedido for por uma decisão que simplesmente declare a existência ou inexistência de uma relação jurídica; são constitutivas, quando porém, visam a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas; e por fim, são condenatórias, quando visam a imposição de uma sanção, sob pena de execução coativa.

Da forma como se encontra em nosso ordenamento jurídico, a ação monitória tem preponderante caráter de atividade cognitiva, de conteúdo condenatório, pois na primeira fase, a demanda finda com sentença de mérito, sujeito ao um novo ré-exame advindo de uma possível impugnação.

No entendimento de **CARNELUTTI** *apud* **ALVIM**, *in verbis*:

*“o processo de Injunção(monitório) teria uma função diversa do processo de conhecimento e do processo de execução. Este não serve à composição da lide de pretensão contestada, senão possibilita -, com a formação do título executivo e a execução forçada-, a composição de uma lide de pretensão insatisfeita.(...), a injunção constituiria, pois, um **tertium genus** (de processo), intermédio entre o de cognição e de execução, resolvendo-se, não num juízo imperativo, mas num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo”⁷³*

Para **CHIOVENDA**, partindo da classificação fundada na natureza dos pronunciamentos judiciais (declaratória, constitutiva e condenatória), as declarações com prevalente função executiva gozam, como é o caso no procedimento monitório, no momento em que são exaradas, de um caráter provisório, distinguindo-se, assim, das sentenças condenatórias, pelo fato de incompleta a cognição do juiz quanto aos argumentos produzidos na fase inicial⁷⁴.

O caráter executivo no procedimento monitório, não pode ser desprezado, quando da análise de sua natureza jurídica, haja vista, que tal instituto, tem por escopo a obtenção mais célere do título executivo judicial, em decorrência da expedição do mandado injuntivo.

⁷³ ALVIM, Op. cit.48.

Não se pode negar que a análise da natureza jurídica da ação monitoria, depende em muito do contexto no qual esta inserida o instituto processual. No caso do nosso sistema, o processo monitorio, devido a sua especialidade, divide-se em duas fases bem distintas. A primeira, onde não há contraditório, se dá quando, o credor leva sua pretensão à jurisdição para receber a prestação. Nessa primeira fase, o juiz quando decide sobre a pretensão apresentada, declara a existência ou não da pretensão proposta. Não se pode falar ai em uma decisão condenatória, pois o mandado injuntivo não tem força de título executivo, mas somente uma ordem para o devedor satisfazer o pedido ou não o fazendo, opor-se a pretensão através dos embargos ao mandado.

Reside a grande contradição quanto a natureza jurídica da ação monitoria, na segunda fase do procedimento monitorio, quando o devedor, depois de citado, opõe os embargos ou deixa de fazê-lo. O resultado da prestação jurisdicional positiva que sobrevier para o credor será, em todos os casos, condenatória e para o devedor o resultado positivo será declaratório.

No nosso entendimento a melhor caracterização da natureza jurídica do procedimento monitorio é feita por **GARBAGNATI** *apud* **ALVIM**, segundo ele, *in verbis*:

'o decreto de injunção(monitório) contém um provimento jurisdicional de natureza declaratório, idêntica ao provimento do juiz contido numa sentença (ordinária) definitiva de condenação; e isto não obstante a forma diversa da prescrita pelo legislador para o provimento que encerra um processo ordinário de cognição. A sumariedade da cognição que precede o decreto incide sobre a estrutura do procedimento, isto é, sobre a forma e

⁷⁴ TUCCI. ob., cit., p. 47.

seqüência dos atos coordenados ao provimento final do juiz, mas não exclui que, através do seu desenvolvimento, se alcance o exercício de um poder diverso do poder jurisdicional decisório, mas unicamente em consideração à estrutura especial do procedimento e da sumariedade da cognição, correlata à falta de um contraditório. A natureza da ação exercitada nesse procedimento é a mesma ação de condenação que o credor exercita no processo ordinário de cognição. O procedimento injuncional, (...), é um processo especial de cognição, no qual o exercício, em forma especial, de uma ação ordinária de conhecimento, provoca a pronúncia, também em forma especial, de um provimento jurisdicional, idêntico por natureza, àquele pronunciado no exercício da jurisdição declaratória, num processo ordinário de condenação inobstante a sumariedade do rito”⁷⁵

Em resumo o procedimento monitorio adotado por nosso ordenamento é diferente do italiano quanto a sua natureza jurídica. No ordenamento jurídico brasileiro é um procedimento especial de caráter cognitivo, advindo da junção de procedimentos reunidos, que torna mais célere a prestação jurisdicional. O procedimento monitorio italiano é um procedimento ordinário, onde sobrevém o caráter monitorio, que torna o seu desenvolvimento mais célere.

4. FINALIDADE

A instituição do procedimento monitorio tem por finalidade, desburocratizar o processo e dar maior agilidade e efetividade a prestação jurisdicional.

Segundo **ALVIM**

⁷⁵ ALVIM. Ob.,cit.,p. 49-50.

*“A finalidade do procedimento monitorio (ou injuncional) é simplificar o largo e dispendioso processo de cognição e de condenação, fazendo chegar a providência de condenação diretamente, mediante uma redução - já que não há abolição da fase de certeza - que se baseia unicamente no conhecimento dos fatos constitutivos da pretensão proposta, sem levar em consideração aqueles fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito; fato que, em virtude das exceções e defesas da parte contrária, deveriam constituir objeto da declaração e que o pretense obrigado não pode aduzir porque a condenação é emitida **inaudita altera parte**, mas que poderá eventualmente, se considerar oportuno, fazer valer mediante uma plena declaração de certeza posterior à condenação”⁷⁶*

A proposta introduz, no atual direito brasileiro, a *ação monitoria*, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo ao do nosso sistema, com as cautelas que a inovação recomenda.

A finalidade principal do procedimento monitorio, que tem profundas raízes, também no antigo direito luso-brasileiro, é tornar breve, de forma inteligente e hábil, o caminho para a constituição do título executivo, contornando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário.

A respeito da adoção da ação monitoria e sua conveniência, assim se manifestou o prof. **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**: “A tutela jurisdicional que tem direito o cidadão não é, nem pode ser, como adverte **CRISTOFOLINI**, ‘de mera afirmação acadêmica, mas de realização concreta de direitos subjetivos’, que geralmente são

⁷⁶ ALVIM. *Ob.*, cit., p. 52.

sacrificados quando não encontram remédios expedito e econômico'(Revista Forense, 271/78).”⁷⁷

É desanimador o fato de o credor possuir documento abalizado, de saber que o devedor não tem defesa a lhe opor e, nem mesmo assim, ter de enfrentar toda a complexidade do processo de conhecimento para, só depois dele, obter meio para executar o inadimplente.

Assim, o projeto, a fim de compatibilizar o instituto com a legislação codificada, acrescenta um Capítulo (XV) ao Livro IV do Código de Processo Civil, com três artigos, incluídos após o art. 1.102.

Conforme dispõe a Exposição de Motivos nº 160/MJ, de 13.04.93, do Ministro da Justiça, a proposta de adoção do instituto da *ação monitória*, no processo de reforma da legislação processual civil brasileira foram decorrentes dos estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional de Magistratura, com amplo apoio do Ministério da Justiça, que, objetivando democratizar a reforma do ordenamento codificado, realizou numerosos encontros e simpósios. O texto básico foi amplamente divulgado, merecendo a análise de advogados, magistrados, representante do Ministério Público e professores.

⁷⁷ FRIEDE, Reis. Op. cit., p. 19.

CAPÍTULO IV

O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. REQUISITOS, CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

1.1 - REQUISITOS

A lei 9.079/95 em seu art. 1.102a apesar de conter a expressão “prova escrita”, não se pode entender no seu verdadeiro sentido jurídico, pois no processo monitorio, não tem vez a prova. Esse termo traduz sim na verdade, o significado de prova documental. Só haverá atividade efetivamente probatória quando do oferecimento dos embargos pelo devedor.

A prova escrita em questão, é a despida de eficácia executiva, como a que também constitua começo de prova por escrito, sem força executiva. Estes tipos de prova somente podem embasar uma ação de conhecimento, onde haja cognição plena. Nos dois casos, a execução de título judicial só é obtida em prévio processo de cognição.

Apesar da lei não definir precisamente o que venha ser a *prova escrita*, no que concerne ao procedimento monitorio, não há que se discutir se deve considerar como tal apenas a prova escrita *stricto sensu*, ou seja a *grafada*, compreendendo tanto as

provas preconstituídas quanto as *causais*. A unicidade da doutrina entende por *prova preconstituída*, aquela preparada com anterioridade, objetivando à demonstração do fato probado, podendo ser tanto um documento público como particular. Não se pode confundir com a prova *literal*, pois, pode haver prova literal que não seja pré-constituída, como no caso de uma carta escrita sem a intenção de provar nada, mas que pode em decorrência de algumas circunstâncias, ser depois exibida em juízo. São chamadas essas provas de *provas causais*.

A prova escrita é essencial para fundamentar a ação monitória, pouco importando a sua natureza ou o momento da sua formação. Não interessa o fato de suas características, podendo ser um bilhete privado, uma nota de orçamento, uma carta missiva, um bilhete de rifa. O que importa é que tenha autoria comprovada, possibilitando a identificação de seu autor.

Não se exige que a *prova escrita* esteja revestida de todas as formalidades legais exigidas pelo Código Civil, mas não deve ser equiparada àquela que constitui simples “começo” de prova escrita. Quando muito tem que ser emanado de quem se pretende provar algo (art. 402, I do CPC).

No âmbito de nosso sistema, estão excluídas, como prova para ensejar ação monitória: a prova documental *lato sensu*; a gravada em fita-cassete; *video-tape*; disquetes de computador; enfim, todo dispositivo visual ou auditivo, ou produto da combinação de ambos. Saliente-se, portanto, que todas as provas que o Código de Processo Civil se refere como *começo de prova*, não são admitidas no procedimento monitório.

Em suma, por prova *escrita*, para efeito de ação monitória, deve-se entender, todo escrito que manifeste contra quem se faz o pedido, ou por quem a

representa, a certeza suficientemente provável e possível da pretensão aduzida. Todavia, se essa certeza relativamente ao escrito depender de prova subsidiária ou complementar, que o complete, consistindo em prova oral ou outra qualquer, o procedimento monitorio não a admitirá, devendo o credor buscar a sua pretensão através do processo de conhecimento.

1.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO

Não obedecendo outra forma diferenciada, o processo monitorio, como qualquer outro processo, instaura-se através do exercício do direito de ação, que coloca diante do Estado-Juiz uma lide. O pedido dessa tutela jurisdicional observará os mesmos requisitos de forma comuns a qualquer petição, com as devidas adaptações que encerram a especialidade do rito.

Desta maneira, para o legítimo exercício da pretensão de tutela jurídica e um desenvolvimento válido e regular da relação processual, a pretensão monitoria, deve respeitar as condições da ação e os pressupostos processuais

Denomina-se por condições da ação os requisitos essenciais ao exercício do direito de ação, sendo que sem a inobservância desses, ninguém é autorizado a postular em juízo. O Código de Processo Civil adota a moderna teoria ajustada por **LIEBAMAN**. Dessa forma, nos termos do art. 2º c/com art. 267, inciso VI, são condições a ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

1.2.1 - A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido baseia-se na inoponibilidade encontrada a pretensão material diante do ordenamento jurídico, dessa forma, deve estar, em tese, entre aquelas possíveis de tutela jurídica, ou que pelo menos, não estejam expressamente vedada. Assim, para efeitos de ação monitória, o credor por dívida de jogo proibido, ainda que titular de um documento escrito, não pode exercer o direito de ação contra o devedor para haver o seu pagamento. Especificamente na ação monitória, o credor não poderá injuncionar o devedor por obrigação de fazer ou não fazer, para haver a entrega de coisa infungível ou de bem imóvel, pois, a ação monitória, se destina a determinados tipos de objetos. Em todos os exemplos dados, faltarão a possibilidade jurídica do pedido.

1. 2.2 - INTERESSE DE AGIR

Consiste o interesse de agir em obter, o credor, a tutela da pretensão material, ou porque o devedor não queira satisfazer a obrigação, ou não possa fazê-lo por ser a pretensão daquelas que só podem ser jurisdicionalmente satisfeitas. Desta feita, não pode injuncionar o devedor por dívida não vencida; ou por obrigação sujeita a condição, se esta não ocorreu, ou por sujeita a contraprestação, se não comprovar o implemento.

A ação monitória é, no campo do interesse para agir, uma tutela específica para determinados casos descritos em lei e inadequados a outros. Como bem leciona **DINAMARCO**, “o cabimento da ação monitória equivale a adequação do seu processo especialíssimo a certas situações da vida, expressamente previstas”.⁷⁸

⁷⁸ Dinamarco. A Reforma do Código de Processo Civil. op. cit., p. 233.

1.2.3 LEGITIMIDADE PARA AGIR

A legitimidade para agir determina a titularidade no pólo ativo e passivo da relação processual, ou seja, a qualidade que individualiza a pessoa que está legitimada para deduzir em juízo a pretensão e aquela que está legitimada a respondê-lo.

Em se tratando de ação monitória, a legitimidade para agir é um dos temas que mais vem gerando controvérsias.

Para efeitos de ação monitória, no caso de dívida, o legitimado ativo será o credor, isto é, aquele que veio a juízo escudado em um crédito a seu favor, manifestado pela prova escrita que acompanha a inicial.

Desta forma, poderá figurar no pólo passivo, contra quem se formula o pedido o devedor que, como o credor, poderá ser pessoa física, jurídica ou mesmo formal, que o Código de Processo Civil autoriza a estar em juízo ativa e passivamente (art. 12).

Não há obstáculos que impeçam o menor e os incapazes de serem parte neste tipo de ação, desde que devidamente representados ou assistidos por seus representantes legais e obrigando a intervenção do Ministério Público no processo.

A questão mais importante no âmbito da ação monitória quanto a legitimidade para agir, é a admissibilidade da fazenda pública no pólo passivo nesta modalidade de ação.

JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, entende não haver qualquer incompatibilidade entre a ação monitória e as pretensões de pagamento de soma de dinheiro

contra o Poder Público (federal, estadual, municipal), compreendidas as autarquias, visto que podem ser demandados na via ordinária, para a satisfação de suas obrigações.

O procedimento monitorio, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a Fazenda Pública ofereça embargos. Assim, se o credor dispõe de um cheque emitido pela Fazenda Pública, que tenha perdido a eficácia de um título executivo, nada impede se valha da ação monitoria para receber o seu crédito; identicamente, aquele que dispõe de um empenho ou qualquer documento de crédito que atenda aos requisitos legais, dispõe de documento idôneo para instruir o pedido monitorio⁷⁹.

No mesmo sentido, entende o eminente Jurista **NELSON NERY JUNIOR**, para quem a ação monitoria pode ser dirigida contra a Fazenda Pública, respeitando as limitações impostas pela Constituição Federal em seu art. 100 e 730 do Código de Processo Civil, visto que a decisão que defere a expedição do mandado injuntivo, se não forem opostos os embargos, tem força de título executivo judicial⁸⁰.

Também **DINAMARCO** entende ser admissível o manejo da ação monitoria contra a Fazenda Pública pois, na primeira fase do procedimento monitorio, não há uma condenação, quer dizer, a Fazenda Pública não estaria obrigada a cumprir a ordem. Havendo porém a contumácia ou se forem rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito título executivo judicial, que obedecerá a ordem emanada nos art. 100 da Constituição Federal e art. 730 do Código de Processo Civil.⁸¹

O jurista **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**, entende contrariamente, asseverando para isso que o “procedimento traçado para a execução por quantia certa

⁷⁹ ALVIM, op. cit. p. 147/148.

⁸⁰ NELSON NERY JUNIOR ROSA MARIA ANDRADE NERY. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1996, p. 1283.

contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seja realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no procedimento monitório, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inciso II do apontado dispositivo (art. 730 do CPC), impositiva do pagamento na ordem de apresentação dos precatórios, para concluir-se pela inadmissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública”⁸². Resultando flagrante inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa.

Para **REIS FRIEDE**, que de acordo com o que está estatuído no art. 100, da Constituição Federal, é inadmissível o manejo, pelo particular, da ação monitória, em face da Fazenda Pública: “é que, como cediço, conforme se depreende do citado dispositivo constitucional, a execução contra a Fazenda, através do precatório, pressupõe sentença judiciária condenatória, albergada pelo manto da coisa julgada, o que incorrerá no procedimento monitório”⁸³.

Da mesma forma para **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, é inadmissível o manejo do procedimento injuntivo contra a Administração Pública, como ocorre na Itália, por exemplo, na pretensão de repetição de indébito tributário.

Em face das peculiaridades de nosso regime de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o eminente jurista entende não ser possível a adoção da respectiva ação inovadora.

Salienta ainda, “Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa

⁸¹ DINAMARCO, op. cit., p.234.

⁸² TUCCI, op. Cit. p. 66/67

⁸³ FRIEDE, op. Cit., p.24.

(CPC, art. 475, inciso II) e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, art. 320, inciso li). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público quando demandado em juízo de acerto, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitória contra a Administração Pública. Seu único efeito, diante da impossibilidade de penhora sobre o patrimônio público, seria a de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não está sujeita a precatório sem prévia sentença e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitório, na espécie⁸⁴. Deste modo, obrigatoriamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação.

O entendimento da admissibilidade da Ação Monitória contra a Fazenda Pública, é um dos mais polêmicos, por envolver, a adequação do respectivo procedimento a uma regra geral que privilegia a Fazenda Pública.

Não podemos esquecer, que a adoção da Ação Monitória em nosso sistema processual, é posterior a nossa Carta Constitucional, que consagra as vantagens da Fazenda Pública, quando parte no pólo passivo da relação processual.

Para os defensores da aplicação da ação monitória contra a Fazenda Pública, que entendem estar assegurada uma execução nos moldes do preceituado no art. 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil, o procedimento monitório, do mesmo modo que o ordinário, assegura o pleno conhecimento, desde que o demandado, a Fazenda Pública, ofereça os embargos.

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 80.

Aos que alegam não poder a Fazenda Pública cumprir o mandado injuntivo, pelo fato de ter que cumprir a ordem dos precatórios, e mesmo assim, o fato do mandado, não se constituir título executivo judicial, cabe esclarecer.

O mandado injuntivo, devido a especialidade do procedimento monitorio - misto de processo de conhecimento e processo de execução - tem o duplo efeito de citar o devedor para querendo ofereça os embargos ou que venha a cumprir o preceito. Desta forma, força coercitiva o mandado não tem, pois se a tivesse possibilitaria a execução provisória.

No caso da Fazenda Pública, ela não está obriga a cumprir o mandado injuntivo, mas terá que embargar, para provocar a devida cognição.

Assim, o que se percebe quanto a resistência da admissibilidade da Ação Monitória contra a Fazenda Pública, é uma falta de sintonia com o contexto para o qual a mesma foi criada, pois na atualidade se exige uma prestação jurisdicional mais célere, e não emaranhada em tecnicismo.

Entendemos ser possível a adoção da Ação Monitória, a certos casos, como por exemplo: Repetição de indébito. Como bem lembra **DONALDO ARMELIN**, no caso do contribuinte que recolheu a maior o imposto de renda. Munido o contribuinte da notificação da receita, este poderá se valer da Ação Monitória para cobrar da Fazenda Pública.

1.3. - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Como qualquer outro tipo de processo, o processo monitorio, deve preencher os requisitos processuais, ou seja os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual. A manifestação em cada caso ocorre de acordo com a ordem imposta pelo direito objetivo. Contudo, pode ser que tais pressupostos existam, mas, de certo modo, não preencham as condições mínimas para o desenvolvimento válido do processo. Decorre assim, a distinção doutrinária entre os pressupostos de existência (subjetivos e objetivos), dos pressupostos de validade do processo.

1.3.1 PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA

São pressupostos de existência do processo os pressupostos subjetivos e objetivo: Os *pressupostos subjetivos* são o juiz (órgão jurisdicional) e partes (autor e réu). Para existir um processo é necessário haver um juiz, que representa órgão estatal investido de jurisdição, incumbido de prestar a tutela jurisdicional. Do mesmo modo é necessário quem aduza a pretensão - o autor - e, por fim, em face de quem se pretende a prestação material - o réu.

Por seu caráter eminentemente executivo, no processo monitorio o autor é o credor e o devedor o réu, coincidindo, desta forma, nas mesmas pessoas, os titulares da relação jurídica material (contratantes) e os da relação jurídica processual (partes). Nem sempre coincidem estes conceitos, dado que é diverso o sentido material e processual de parte. Exemplo disso se dá na ação de consignação em pagamento onde o autor é o devedor (consignante), enquanto o réu é o credor (consignado).

Também é pressuposto de existência o *pressuposto objetivo*: a lide.

Não fugindo a regra, por tratar-se de jurisdição contenciosa⁸⁵, o processo monitorio também encerra uma lide, que é o conflito de interesse qualificado pela pretensão do credor em ver satisfeito o seu crédito e pela resistência do devedor em satisfazê-lo.

1.3.2 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

Constituem *pressupostos de validade* do processo: os pressupostos *subjetivos*, inerentes às partes e ao juiz.

Exige-se das partes capacidade no seu tríplice aspecto: de ser parte, de estar em juízo e postulatória. A *capacidade de ser parte* é a capacidade de ser titular do direito (material), que todas as pessoas possuem, independentemente da natureza (física ou jurídica) ou condição pessoal (capazes ou incapazes); até mesmo os desprovidos de personalidade jurídica (nascituro, espólio, massa falida). Corresponde, no direito civil, à capacidade de ser titular do direito (capacidade de gozo). A *capacidade de estar em juízo* é a capacidade de praticar por si mesmo atos processuais, ou seja, de estar como parte no processo, na qualidade de autor ou réu.

Esta capacidade plena só possuem os absolutamente capazes, devendo os relativamente capazes tê-la complementada (assistência) ou suprida (representação) por seus representantes legais (pais, tutores, curadores). Corresponde, no direito civil, à capacidade de exercer por si mesmo o direito (capacidade de exercício). Destarte, o credor (menor púbere) pode injuncionar o devedor mas, para tanto, deve ser assistido pelo seu

representante legal. A esta especial capacidade, dá-se o nome de *capacidade processual*. A *capacidade postulatória* é a capacidade, de postular em juízo na defesa do direito. Esta capacidade é, de regra, reconhecida aos advogados e, com restrições, aos provisionados e aos estagiários.

Do órgão jurisdicional exige *competência* para processar e julgar a causa. A competência obedece à distribuição operada pelo direito positivo constitucional e infraconstitucional. No processo monitorio o problema não apresenta maiores dificuldades, regendo-se pelas normas gerais da competência. Do juiz sim, exige-se a *imparcialidade*, devendo ele ser desinteressado do objeto do litígio. A imparcialidade resulta de circunstâncias negativas, consistentes na ausência de impedimentos (desimpedido) e ausência de suspeição (insuspeito). O Código de Processo Civil estabelece as regras a respeito, no art. 134, sobre o impedimento, proibindo ao juiz exercer suas funções em determinados processos, e no art. 135, sobre a suspeição, afastando o juiz do processo, sendo-lhe facultado também afastar-se “por motivo íntimo” (art. 135, par. Único).

Da lide exige-se *originalidade*. Esta não pode estar pendente de julgamento em juízo (ausência de litispendência), e nem ter sido resolvida por uma decisão de mérito (ausência de coisa julgada).

Tendo em vista a natureza do mandado liminar em ação monitoria, a ausência de litispendência e de coisa julgada, devem ser cuidadosamente considerados, para evitar conseqüências que dele resultem, conforme sejam acolhidos ou rejeitados.

⁸⁵ A respeito existem entendimentos de que a Ação Monitoria, é uma ação de jurisdição não contenciosa. São defensores dessa corrente doutrinária: MENDER e CANSTEIN.

2 - DA PETIÇÃO INICIAL

Como já anteriormente enfatizado, a petição inicial deverá ser instruída com os documentos necessários ao ajuizamento da ação (art. 283 e 1.102a), considerados assim os “substanciais” ou “essenciais” a prova do alegado. Não havendo a prova escrita “fundamental” ao embasamento do pedido, sua ausência ocasiona indeferimento da inicial, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito (art. 267, I c/com art. 284, § único), pois o procedimento adotado pelo nosso sistema é o documental. No entanto, o juiz deverá dar ao autor a oportunidade de suprir a falta (art. 284 e § único). Como o indeferimento da petição inicial na monitória é uma causa de extinção do processo sem julgamento do mérito - distinta das previstas no art. 267, IV (pressupostos processuais) e art. 267, VI (condições da ação) - e sendo ela instrumento que instaura a relação processual, vê-se que a prova escrita, pelo menos *de lege lata*, interfere tanto com as condições da ação quanto com os pressupostos processuais⁸⁶. Mesmo, todavia, sem a produção da prova escrita, o autor estabeleceu uma relação processual do tipo linear entre ele e o juiz, mas que não se desenvolve, porque carece de um documento considerado “essencial” ao embasamento da pretensão material.

3 - ASSISTÊNCIA, LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

O procedimento monitório não rejeita as figuras da assistência e do litisconsórcio. A assistência simples está disciplinada no art. 50 e a litisconsorcial no art. 54, tanto ativa quanto passiva. De acordo com o disposto no art. 50, pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença seja

⁸⁶ ALVIM, op. Cit. p. 85.

favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. O parágrafo único desse artigo, dispõe que a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição, contudo o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

A princípio, não existe obstáculo à admissão da assistência na primeira fase do procedimento monitorio, porém, na prática, esta ocorrência pode não ser costumeira, dada a natureza sumária do rito; na segunda fase, contudo, poderá ocorrer com mais frequência, em razão da conversão do rito em ordinário, com a interposição dos embargos.

A assistência poderá ser muito útil na ação monitoria, visto que em face da revelia do devedor, o assistente será considerado seu gestor de negócios (art. 52). Desta forma, havendo contumácia do réu, pode o assistente opor embargos ao mandado inicial, transformando o rito em ordinário e a constituição do título executivo judicial. No que concerne a admissibilidade de litisconsórcio, tanto ativo quanto passivo, inicial ou ulterior, no procedimento monitorio é a observação das peculiaridades pertinentes a cada fase do procedimento.

Vale lembrar, que para efeitos de ação monitoria, quando da expedição de mandado monitorio contra vários devedores solidários, cabe distinguir a hipótese de virem a ser interpostos embargos apenas por um deles, ou de virem a ser acolhidos os embargos de um deles. Prevalece na doutrina, a opinião de que o mandado não embargado adquire eficácia de título executivo em relação a todos devedores, e se houver embargos, sua extensão de defesa dependerá da natureza do seu fundamento; se os embargos versarem a respeito somente ao embargante, não se estenderão aos demais solidários (art. 739, § 3º).

Relativamente a intervenção de terceiros não é pacífico o entendimento quanto a sua admissibilidade no processo monitorio. Os seus defensores, como **CARREIRA ALVIM**, entende da sua admissibilidade em todas as suas modalidades, observadas igualmente as peculiaridades do rito concernente à primeira e segunda fase do procedimento⁸⁷.

Em sentido contrário, em parte, sustenta **JOSÉ RUBENS COSTA**, que iniciando o credor uma ação monitoria contra apenas um dos devedores solidários (art. 904 do Código Civil), este terá o direito potestativo, e não o ônus, de ter de chamar ao processo (art. 77 do Código de Processo Civil) os demais devedores solidários, coobrigados ou co-responsáveis, a fim de que se forme título executivo contra todos eles ou sentença que individualize suas responsabilidades. O chamamento não é obrigatório, e sim faculdade do devedor monitorio⁸⁸.

No nosso entendimento, não há como negar a admissibilidade da intervenção de terceiros pelo simples argumento de que o processo monitorio, como já frisado anteriormente, é um processo sujeito as mesmas regras dos outros tipos processuais. A única diferença reside na sua sumariedade de seu rito, que não obsta as questionadas figuras processuais.

4 - DA COMPETÊNCIA

A competência em ação monitoria não apresenta particularidade no nosso direito, aplicando-se as regras gerais do Código de Processo Civil. A competência será

⁸⁷ ALVIM, *op. cit.*, p.124.

⁸⁸ COSTA, José Rubens. *Ação Monitoria* São Paulo : Saraiva. 1995.

determinada pela qualidade do réu. No caso de ação monitória contra a Fazenda Pública (federal, estadual e municipal) e autarquias, a competência será da Justiça Federal ou da Vara da Fazenda Pública estadual, conforme a sua qualidade de autor, ré ou interveniente. Pode ser proposta a ação monitória perante os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95), desde que o pedido não exceda a quarenta (40) vezes o salário mínimo (art. 3º, I e II)

No nosso sistema processual a competência monitória se reparte, de regra, segundo a qualidade das partes e o valor da causa, observada igualmente a competência territorial, e quanto a esta regra geral e a especial de foro, inclusive o foro de eleição.

5 -DECISÃO MONITÓRIA

A decisão monitória alcança dois momentos bem distinto, devido ao caráter dúplice de seu processo, que tem uma fase preliminar com o despacho da inicial, e uma fase posterior condicionada a apresentação dos embargos.

Na primeira fase, com o despacho concedendo o mandado injuntivo, tem-se uma ordem que já nasce com sua eficácia contida, pois, mesmo com o que dispõe o art. 1.102c, primeira parte, que com a apresentação dos embargos há suspensão dos efeitos do mandado liminar, não possibilita o mandado liminar a execução provisória. A decisão liminar só produzirá efeitos propriamente, se não houver os embargos, adquirindo eficácia de coisa julgada material, com prevalente caráter de sentença condenatória.

Na segunda fase, decorrente da oposição dos embargos, a decisão terá força de sentença, de rejeição ou acolhimento.

A decisão monitória nos embargos examinará os dois pedidos do embargante, o de supressão da carga monitória, com o que se impede a constituição do título executivo, e o de declaração da inexistência da dívida.

Concluindo o juiz pela improcedência, a decisão terá natureza declaratória positiva para o embargado, declara existente a carga monitória e a existência da dívida. Julgando procedente os embargos, os efeitos da decisão serão de natureza declaratória negativa, em prol do embargante.

6 - RECURSOS

Os recursos na ação monitória são os recursos comuns, aplicando-se às decisões interlocutórias o agravo; à sentença, a apelação; bem como os embargos de declaração. Cabem, se for o caso, recurso especial e recurso extraordinário, bem como os agravos de decisões monocráticas dos membros dos tribunais.

Em se tratando de ação monitória o agravo na primeira fase do processo, dificilmente será interposto, dada a simplicidade do procedimento.

Proferida sentença terminativa ou extintiva caberá apelação e, da mesma, forma recurso adesivo.

A sentença proferida nos autos do processo monitório deverá ser fundamentada, em virtude do disposto no art. 458, do Código de Processo Civil e art. 93 da Constituição Federal.

O mandado, como já foi mencionado, não está sujeito a recurso algum pois o meio de impugná-lo, conforme clara disposição legal e segundo a essência do sistema, são os embargos previstos da lei processual civil caput do art. 1.102c.

Os embargos de declaração serão admissíveis da sentença que possua obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535). Admitir-se-á na 2ª instância, a interposição de embargos infringentes, recurso especial e extraordinário e embargos de divergência.

Uma das questões mais polêmica em sede de ação monitória quanto aos recursos é o relativo a matéria a ser argüida nos embargos a execução.

Os embargos ao mandado monitório, longe da terminologia que o caracteriza, não constituem necessariamente embargos no sentido do Código de Processo Civil como ação autônoma como, por exemplo, os embargos do devedor.

Na lição do mestre **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI** é flagrante o entendimento de que os embargos caracterizam, uma verdadeira forma de defesa, de oposição à pretensão, sem qualquer identidade com os embargos do devedor, que existe somente no processo de execução. Os embargos ao mandado monitório se desenvolvem em pleno processo de conhecimento, pois a possibilidade de sua propositura ocorre após a expedição do mandado para pagamento ou entrega da coisa. Desse modo, não se pode confundir os embargos ao mandado com os embargos do devedor, pois o primeiro tem natureza de contestação à pretensão, enquanto o segundo tem natureza de ação desconstitutiva.

Não ocorrendo o oferecimento dos embargos, prossegue o ilustre jurista, a falta de tal oposição irá produzir um preclusão de menor calibre, decorrente do modo unilateral de constituição do título, isto é, sem a ocorrência do contraditório pleno.

Dessa forma, os embargos do devedor, quando não houver a oposição dos embargos no procedimento monitório, deverão ser de cognição plenária, a teor do disposto no art. 745 do Código de Processo Civil, podendo o embargante deduzir além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito suscitar como defesa no processo de conhecimento⁸⁹.

Essa posição não é dominante, visto que seus opositores apregoam que do mesmo modo como ocorre em um processo ordinário, onde haja a revelia, quando do processo de execução, o réu estará adstrito as regras do art. 741 do Código de Processo Civil para suscitar a sua defesa. Assim, pelo simples fato de o procedimento monitório ser um procedimento que possibilita a constituição de um título executivo judicial em uma única fase, não poderá ser o réu revel beneficiado com a sua inércia, pois teve o momento exato para defender-se, da mesma forma que teria em uma pretensão equivalente em procedimento de ordinário⁹⁰.

7 - EXECUÇÃO

No procedimento monitório a execução poderá se dar de duas maneiras: a) quando houver a revelia do réu (art. 1.102c. caput segunda parte) b) se os embargos forem rejeitados por sentença (art. 1.102c. § 3º).

⁸⁹TUCCI, op. cit., p. 68/69.

⁹⁰ SALVADOR, op. cit., p. 32/33.

Após o respectivo trânsito em julgado, para os dois casos, constituir-se-á o respectivo título executivo judicial representado pela sentença com trânsito em julgado (CPC, art. 584, I), que possibilitará o prosseguimento da ação em forma de execução, para a satisfação do crédito reclamado ou a entrega da coisa objeto da ação.

Quando do processo de execução, a lei menciona que dessa decisão o devedor será intimado. O texto do artigo 1.102c do Código de Processo Civil, quando se refere ao modo pelo qual o réu tomará conhecimento do início da execução, denominou de *intimação* quando deveria adotar a denominação correta de *citação*. **FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO** assevera que o termo *intimação* está no lugar da *citação* em decorrência da natureza especial da ação monitória.

Mormente esse pequeno erro terminológico, a execução do título oriundo do procedimento monitório, seguirá as regras do Código de Processo Civil do Livro II, Título II, Capítulos II e IV. No caso de obrigação de pagar quantia em dinheiro, a intimação será para que o devedor pague em 24 (vinte e quatro) horas ou nomeie bens à penhora (art. 652, do CPC), sob pena de esta ser efetuada sob tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. Feita a penhora, o devedor será intimado para, se quiser, embargar a execução no prazo de 10 dias, com base no art. 741, se houve os embargos ao mandado, caso contrário, será com base no art. 745, prosseguindo-se como nos demais casos de execução. Em se tratando de entrega de coisa certa ou incerta (determinado bem móvel ou coisa fungível), o devedor terá 10 dias a partir da intimação, para satisfazer a obrigação (arts. 621 ao 631, do CPC), ou, seguro o juízo, pelo depósito da coisa objeto da obrigação, apresentar embargos, no prazo de 10 dias, contados do termo de depósito, prosseguindo-se o processo até final satisfação,

inclusive com possibilidade de recurso contra a decisão que julgar os embargos opostos à execução.

Ao teor do art. 520 do Código de Processo Civil, a apelação a sentença definitiva em ação monitória será recebida em seu duplo efeito, não sendo possível, dessa forma, a execução provisória da sentença, face ao disposto no art. 587, do Código de Processo Civil.

8 - EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A extinção do processo monitório dar-se-á de três formas:

a) quando houver por parte do devedor a satisfação do que foi pedido na primeira fase, com a expedição do mandado liminar, onde se caracteriza uma marcante pretensão normativa sem juízo, pois o mandado liminar não tem força coercitiva não impõe nada ao demandado.

b) quando, o demandado não satisfaz o pedido liminar e também não oferece os embargos ao mandado injuntivo. Essa omissão detona a constituição plena do direito do demandante, visto que todos os atos praticados foram unilaterais, convertendo-se o mandado liminar em título executivo judicial, fazendo coisa julgada material⁹¹.

c) quando oferecido os embargos esse é provido ou rejeitado, tendo sido provido desconstitui a medida liminar e declara a inexistência do direito do demandante;

⁹¹ Quanto a essa afirmação, alguns doutrinadores entende que o juiz deve proferir uma sentença de mérito, pois toda decisão judicial deve ser fundamentada.

sendo rejeitado os embargos, terá a força de sentença declaratória positiva, contra o demandado.

9 - CAUTELARES

As ações cautelares são instrumentos processuais que objetivam a obtenção de uma “provisão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento de um processo”⁹². Pode ser um provimento antecedente⁹³ ou incidente. Antecedente quando é interposto para viabilizar ou não uma futura ação principal. Incidente quando a ação principal já estiver em curso.

Em se tratado de procedimento monitorio é plenamente admissível a adoção de remédios cautelares, visto que em certos casos, quando a inicial monitoria é formulada com prova que necessita de complementação, podem servir para sanear essa dificuldade. As tutelas cautelares poderão ser utilizados de forma incidental ou antecedente.

Nos casos possíveis de utilização dos remédios cautelares, tem aplicação o disposto no art. 844, inciso II e III Código de Processo Civil. No caso do inciso II do artigo retro, as pessoas em questão são obrigadas a exhibir os documentos pedidos.

⁹² TEODORO JÚNIOR. Ob. , cit., p.363.

⁹³ Utilizamos a denominação de medida antecedente para designar cautelares que iniciam antes de um processo principal, pois em nosso entendimento, elas só antecedem o processo principal. A denominação cunhada por cautelar preparatórias é errônea, pois enseja a idéia de que tal medida somente é utilizada para preparar um processo futuro, fato este que não é verdade, pois poderá não haver processo futuro como ocorre em muitos casos quando este tipo de medida é satisfativa.

Da mesma forma, ocorre com a escrituração comercial, seja a exibição do documento integral ou parcial, para comprovar os pontos que ensejarão a futura ação.

É aplicável o disposto nos artigos 846 e seguintes, produção antecipada de provas, e especialmente o art. 849, que trata da prova pericial.

Finalmente é possível, a utilização da justificação, art. 861 e seguintes, e especialmente a que trata da juntada de documentos.

Em suma qualquer destas medidas poderá ser utilizada pelo credor ou devedor - este último na fase posterior a instauração do procedimento monitorio - sem esquecer contudo, no que concerne as medidas decorrentes do poder geral de cautela do magistrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia de abordar a temática do “acesso à justiça” como um agente influenciador das reformas no processo civil brasileiro, culminando com a edição da lei que criou o procedimento monitório, foi uma tentativa de demonstrar quão importante está sendo a disseminação de seus fundamentos e sua preocupação em criar uma ordem jurídica mais justa.

Quando o legislador cria mecanismo que possibilitem, do ponto de vista da técnica processual, uma melhor atuação processual, faz bem, pois do ponto de vista da ciência jurídica a técnica da ciência processual foi aprimorada. Mas quando, o legislador cria mecanismos processuais que igualam os desiguais, este legislador faz melhor, pois a sua opção é a da justiça e não da técnica. Este é o melhor dos legisladores.

A opção que o legislador pátrio fez quando consagrou constitucionalmente o direito aos tribunais, foi política. Na esteira das reformas sofridas pelo Código de Processo Civil de 1973, já incorporavam os idéias do “acesso à justiça”.

Mas não bastaram as reformas anteriores a Constituição de 1988 e a consagração de normas a nível constitucional para abrir o caminho a efetiva justiça. Necessário foi que se procedesse outras reformas, para alcançar o fim tão almejado.

Na atualidade a constatação que se chegou foi o de que o sistema jurisdicional está a beira do colapso. Por isso, novas medidas são adotadas pelo legislador, visando reformar o sistema. É inquestionável que tais medidas são válidas, e mais ainda,

quanto aos fundamentos teóricos que lhe escudam, na garantia do “acesso à justiça”, como efetivador da prestação jurisdicional.

Poderíamos dizer que o direito processual civil brasileiro vive, do ponto de vista de sua evolução, um dos seus momentos mais brilhantes, fato este reconhecido internacionalmente. Esse brilhantismo configura-se na atualidade, entre outros, na adoção do Procedimento Monitório pelo nosso sistema.

O presente trabalho monográfico objetivou abordar o novel instituto dentro da perspectiva das reformas sofridas pelo Código de Processo Civil e suas fontes teóricas.

Ao analisar-se o Procedimento Monitório, dentro de uma visão sistemática do Código de Processo Civil, algumas dúvidas quanto a sistemática do instituto foram elucidadas outras nem tanto, devido a falta de obras abordassem a questão.

Por fim, é inquestionável a contribuição que a adoção da Ação Monitória trará para o Direito Processual Civil pois, com a sua utilização, a prestação jurisdicional deverá tornar-se mais célere e conseqüentemente mais efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

OBRAS:

1. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. CIDADANIA: do Direito aos Direitos Humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

2. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Volume I e II. Edun. 5ª edição. Brasília. 1993.

3. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros. 4ª edição. São Paulo. 1993

4. CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

5. CARRION, Valentin. Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho, 20ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

6. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. 1, 3ª ed., trad. Port. J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1969.

7. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo : Malheiros, 10ª ed., 1994.

8. CORRÊA, Orlando de Assis. Ação Monitória: comentários e prática forense (lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995). Rio de Janeiro. Aide. 1995.

9. COSTA, José Rubens. Ação Monitória. Saraiva. 1995.

10. COUCE DE MENEZES, Cláudio Armando. Ação, processo e procedimento monitorio na justiça do Trabalho. Genesis, Curitiba, 7(37)- 009 - 054 - Janeiro de 1996, pp- 22-31.

11. CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano. 13º ed. Forense. 1990.

12. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação Monitoria, São Paulo, ed. RT, 1995.

13. DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. Ed. Universitária. 3º. Ed. Forense. 1993. Rio de Janeiro.

14. DINARMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, 3º ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

15.----- . A instrumentalidade do Processo. 3º ed. Malheiros. 1993.

16. FADEL, Sergio Sahione. Código de Processo Civil Comentado v.1. Forense. 7º ed. 1988.

17. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. Comentário à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Revista do Tribunais. São Paulo, 1995.

18. FRIEDE, Reis. Direito Processual Civil Brasileiro, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1996.

19. FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela de Evidência. São Paulo : Saraiva. 1996.

20. GAMEIRO, Patrícia Andrade. “Introdução da Ação Monitória no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Monografia. Florianópolis. 1996.

21. GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria. Saraiva. 1996.

22. ----- . Direito Processual Civil Brasileiro v.1. 11° ed. Saraiva. 1995.

23. LUCAS COELHO, João Gilberto e NANTES DE OLIVEIRA, Antonio Carlos. A NOVA CONSTITUIÇÃO: Avaliação do Texto e Perfil dos Constituintes. Rio de Janeiro : Revan, 1989.

24. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. A reforma do Processo Civil Interpretada.. 2° ed. Saraiva. 1996, p. 160-166.

25. MARINONE, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. Revista dos Tribunais. 1993.

26. MARTINS PINTO, Ronaldo Nogueira. Ação Monitória na Justiça do Trabalho, Revista LTR de 60-03/363, março de 1996.

27. MARX, Karl. O Capital (Crítica da Economia Política). Livro 1: O processo de produção capitalista. Volume 1. Tradução de Reginaldo Sant’Ana. Civilização Brasileira. 2° edição. 1971.

28. ----- O Capital (Crítica da Economia Política). Livro 1: O processo de produção capitalista. Volume 2. Tradução de Reginaldo Sant’Ana. Civilização Brasileira. 11° edição. 1987.

29.MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Curso de Direito Processual do Trabalho, 15° ed., Saraiva, São Paulo, 1994.

30.MEIRA, Sílvio A. B.. Instituições de Direito Romano. Max Limonad LTDA. 4°. Ed. Vol. 1 e 2. São Paulo . 1971.

31.MILHOMENS, Jônatas. Manual Prático do Advogado. 10°. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1996.

32.NALINI, José Renato. O Juiz e o Acesso à Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

33.NERY JUNIOR, Nelson e ROSA MARIA Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado, 2° ed., RT, São Paulo, 1996.

34.OVÍDIO BAPTISTA, da Silva. Curso de Processo Civil v. 1. 2° ed. Sergio Antonio Fabris.. 1991. Porto Alegre.

35.RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à Justiça no Direito processual Brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994.

36.SANTOS, Ernani Fidelis dos . Manual de Direito Processual Civil v.1. 3°. Saraiva. 1994.

37.SILVA AFONSO, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9° edição 4° tiragem. São Paulo : Malheiros, 1994.

38.SILVA, Fernanda Cristina. Procedimento Monitório no Direito Processual Brasileiro. Monografia. Florianópolis. 1996.

39.SILVA SALVADOR, Antônio Raphael. Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, Malheiros, São Paulo, 1995.

40.THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Civil volume III, 13° ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996.

41.----- Curso de Direito Civil volume II, 16° ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996.

42.----- Curso de Direito Civil volume I, 14° ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994

43.----- Código de Processo Civil Anotado, 2°ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996.

44.----- As Inovações do Código de Processo Civil, 5° ed. , Forense, Rio de Janeiro, 1995.

45.WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. Acadêmica. São Paulo. 1991.

LEGISLAÇÃO

1 . BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

2. BRASIL. Lei nº. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973

3. BRASIL. Dec. -Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Institui Consolidação das Leis do Trabalho.

PERIÓDICOS:

Revista dos Tribunais.

Nº 664. Pp. 215-231. Problemas e soluções na prestação da justiça. Carlos Mário da Silva Velloso.

Nº 692. Pp. 198-201. Acesso a Justiça. Antonio Celso Aguillar Cortez.

Nº 715. Pp. 377-378. Demora Judiciária e Acesso à Justiça. Sidnei Agostinho Beneti.

Nº 686. Pp. 19-34. Acesso ao Poder Judiciário. Joel Dias Figueira.

Nº 707. Pp. 243-246. Componentes Específicos da Reforma Judiciária. José Renato Nalini.

DICIONÁRIOS

1. LUFT, Celso Pedro. Mini Dicionário Luft. 5º. Ed. Editora Ática. São Paulo.

2. POLITO, André Guilherme. MICHAELIS PEQUENO DICIONÁRIO ITALIANO-PORTUGUÊS PORTUGUÊS-ITALINO. Melhoramentos. 1993. São Paulo.

3. KELLER, Alfred J.. MICHAELIS PEQUENO DICIONÁRIO ALEMÃO-PORTUGUÊS PORTUGUÊS-ALEMÃO. Melhoramentos. 1994. São Paulo.