

7

A AÇÃO MONITÓRIA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL, A AMPLA DEFESA, E AS CAMBIAIS PRESCRITAS

Lailson Braga Baeta Neves

INTRODUÇÃO

A ação monitória é um tipo de ação de rito especial, é um instituto de Direito Processual Civil, introduzido em nosso ordenamento jurídico por uma das muitas pequenas reformas que foram feitas no nosso Código de Processo Civil.

O presente instituto suscita dúvidas e controvérsias quanto ao seu objetivo e alcance.

Causa espécie, o número de alterações legislativas, visando à celeridade processual, que, no fim, causam controvérsias e incertezas, sabe-se lá, inclusive, se atingem o seu objetivo final.

Neste modesto trabalho, iremos nos ater à utilização da monitória para atingir-se o pagamento das cambiais prescritas, sua adequação ao instituto e aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A monitória tem por fundamento um documento que contém uma dívida de valor ou uma obrigação de dar alguma coisa, mas que não tenha eficácia de título executivo.

Tem um rito mais ágil, posto que o réu seja citado para pagar ou embargar, e a sua inércia converte a ação, antes cognitiva, em executiva, expedindo-se o mandado correspondente, dando ao documento uma força que não tinha antes.

A questão que se pretende suscitar aqui é quando o documento que tinha força executiva, como um título de crédito alcançado pela prescrição, fundamenta a ação monitória.

Em face disso resolvemos desenvolver este modesto trabalho, no qual falaremos das generalidades sobre a ação monitória, suas origens e ação monitória no direito luso-brasileiro, e o conceito de ação monitória e sua natureza jurídica.

Em seguida, passaremos a analisar o instituto da prescrição; considerações gerais e conceito.

No terceiro item trataremos dos títulos de crédito; considerações gerais, noção e função do instituto, características, conceito específico de alguns títulos, prescrição dos títulos de crédito e ações cambiais.

No quarto item, iremos tratar das posições favoráveis e contrárias à utilização, pura e simples do título de crédito prescrito enquanto fundamento da ação monitória.

No quinto item, passaremos a analisar os princípios constitucionais do “devido processo legal”, “do contraditório” e “da ampla defesa” e sua relação com a ação monitória.

Em seguida analisaremos a relação entre os pressupostos de admissibilidade do processo e as condições da ação em relação aos princípios constitucionais, relacionando-os com a ação monitória.

Finalmente, passaremos às nossas conclusões.

1. GENERALIDADES SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA

1.1 As Origens da Ação Monitória

As origens da ação monitória remontam à Idade Média. Foi nessa época que se estabeleceu o direito do credor de obter diretamente do juiz a ordem do cumprimento da prestação desejada (execução). Entretanto, o mandato era acompanhado de cláusula segundo a qual o devedor poderia opor exceções dentro de certo prazo.

Esta cláusula, segundo Chiovenda¹, foi denominada de justificativa.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 312.

Assim, o *mandatum* de solvendo diferia profundamente da *mandatum* solvendo de *processus executivus* e documental, porque se expedia com a citação do devedor e prosseguia a despeito da oposição do devedor.

É de se concluir que a ação injuncional, ou monitória, não é uma inovação do Direito Processual moderno.

Quanto ao procedimento, deve-se dizer que se o devedor, notificado, negligenciava a oposição no prazo, executava-se o *mandatum* sem delongas. Todavia, apresentada a oposição, dava-se início à fase cognitiva.

Logo, tratava-se de um processo de cognição incompleta, visto que esta só teria lugar se o devedor se opusesse à pretensão do credor.

Variam os processos monitórios no direito moderno. Na Áustria e no Brasil, por exemplo, exige-se que o direito do autor se funde em documentos; na Alemanha e na Suíça, não.

É conhecida no Direito Inglês para crédito de determinada cifra de natureza urgente.

Teve boa aceitação na Itália, consoante compilação do primeiro Código de Sardo, de 1854. Entretanto, foi esquecido no Código de 1865.

Tentou-se a sua reintegração em 1909, no projeto de reforma, mas tal, só foi possível em 1922, embora tenha sido introduzido no ordenamento jurídico líbio, em 1913.

1.2 A Ação Monitória no Direito Luso-Brasileiro

No direito luso, o antecedente próximo da ação monitória é a antiga ação de assinação de dez dias, pela qual se ajuizavam obrigações que exigiam pronta execução.

Segundo Carreira Alvim², o procedimento tinha por base as escrituras públicas, os alvarás particulares de pessoas privilegiadas e as sentenças para os quais não competia procedimento executivo.

O réu, naquele procedimento, era citado, em dez dias, para pagar ou apresentar termo de quitação da dívida, ou então apresentar embargos para evitar a condenação.

² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, p. 398.

Nos embargos, o réu podia alegar, além do pagamento, qualquer defesa que tivesse, como em um processo cognitivo comum.

Essa ação só tinha lugar entre as partes contratantes e não alcançava o cônjuge ou o herdeiro.

Segundo o Professor Leonardo Greco³, a assinação de dez dias durou até a edição do Código de Processo Civil de 1939, que não acolheu o procedimento.

O Código de 1973, como o anterior, também ignorou o procedimento monitório, provavelmente por já enumerar um rol suficiente de documentos com força executiva.

A Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, introduziu em nosso ordenamento jurídico a ação monitória, que se encontra, atualmente, no artigo 1.102-A, conforme dicção abaixo:

A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

1.3 Conceito de Ação Monitória e Natureza Jurídica

Os doutrinadores entendem que a ação monitória é um procedimento cognitivo sumário, com o fim de se obter, rapidamente, o título executivo.

Segundo o Desembargador Leonídio Dolher⁴, ação monitória tem a natureza jurídica de ação condenatória.

Na verdade, buscou-se com a edição do artigo anterior, permitir que o credor, titular de um documento em que seja esculpida uma obrigação, mas que não tenha um título executivo, possa obtê-lo, sem percorrer o caminho do rito ordinário, todavia, sem violar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que se o devedor não ficar inerte, instala-se o processo cognitivo.

³ GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. V. I, p. 33.

⁴ DOLHER, Leonídio. *Revista de Julgados*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 71, p. 27. 1999.

2. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

2.1 Considerações Gerais

Alguns operadores do direito, inclusive membros da magistratura, entendem que os títulos alcançados pela prescrição perdem a sua eficácia e se tornam documentos desprovidos de eficácia executiva, razão pela qual sua executividade pode ser recuperada pela ação monitória.

Em face disso, para dar um mínimo de qualidade a este texto, será feita uma análise, ainda que superficial, sobre o instituto da prescrição.

2.2 Conceito de Prescrição

Embora a prescrição seja instituto comum a todos os ramos do direito, sua definição é dada pelo Direito Civil, sendo de suma importância principalmente para os estudiosos do Direito Privado.

Trata-se de um instituto de direito substantivo, e não de direito adjetivo, como entendem alguns.

Disciplinada no Código Civil Brasileiro, a prescrição é caracterizada pela influência do elemento tempo, pois atribui juridicidade a situações que se prolongam no tempo.

Assim, o legislador confere ao titular de um direito um espaço temporal para fazer valer o referido direito, perdendo, em razão de sua inércia, a prerrogativa de torná-lo efetivo.

Beviláqua⁵, citado por Sílvio Rodrigues, define prescrição como a perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva em consequência do não uso delas durante um determinado espaço de tempo.

Portanto, o que perece em face da prescrição não é o direito, mas a ação que o assegura.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, p. 320.

3. OS TÍTULOS DE CRÉDITO

3.1 Considerações Gerais

Antes de adentrarmos na definição de título de crédito, devemos entender que o crédito é a negociação de uma obrigação futura para a efetivação de negócios atuais.

Seus elementos fundamentais são confiança e tempo.

Assim o credor confia no devedor, pois troca os seus bens no presente, pela promessa de pagamento futuro.

Para melhor compreendermos a importância dessa definição, devemos nos lembrar de que a nossa civilização tem no comércio, ou seja, na atividade mercantil, a base de sua constituição.

Foi assim com o surgimento das feiras, dos burgos, bem como com os grandes descobrimentos.

Suas normas são rígidas e eficazes, mas proporcionando celeridade, sem descuidar da segurança, tudo isso em razão da atividade mercantil.

Por isso, o crédito precisava de uma forma célere, segura e eficaz para a sua circulação.

Surgiu, pois, o título de crédito, sem dúvida, a mais formidável criação do direito mercantil.

3.2 Noção e Função do Título de Crédito

Sendo o crédito a negociação de uma obrigação futura, o título de crédito, por consequência, é o documento que contém em si a obrigação da realização dessa obrigação.

Vale dizer, o título de crédito é o documento no qual se materializa a obrigação futura, objeto da promessa do devedor. Portanto, o que se incorpora ao título é o crédito e não toda a relação obrigacional que o antecede.

Para que se caracterize como tal, o documento tem de se revestir de força suficiente para que esteja contido nele mesmo o direito em questão, ou seja, o crédito.

Este requisito denomina-se *incorporação*, cuja posse equivale à titularidade do direito, razão pela qual a obrigação não pode ser exigida sem a sua exibição e a sua entrega ao devedor. De regra, implica quitação. A sua transferência implica a transmissão do direito.

Segundo Vivante⁶, citado por Dylson Dória “título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”.

3.3 Características dos Títulos de Crédito

As principais características comuns às cambiais são: incorporação, literalidade e autonomia.

A incorporação se explica pela existência do direito no próprio corpo do título, de sorte que a existência de um implica a do outro. Ou seja, o direito encontra-se posto no corpo do título.

A literalidade resulta do valor do crédito, posto que é exatamente o valor literal contido no título. O valor ali escrito limita a obrigação ao montante declarado. Além disso, estabelece uma função para toda firma lançada no título, posto que de alguma forma, vincula aqueles que a lançaram.

A autonomia diz respeito à independência das obrigações assumidas no título, ou seja, cada obrigação assumida é autônoma em relação a outra. Assim, se uma obrigação assumida for inválida persiste a outra. Em razão da autonomia, os obrigados (obrigado principal, avalistas e endossantes), têm o prazo de prescrição de suas obrigações, diferenciados, dependendo do grau da obrigação assumida no título.

Outras características que existem e que não são comuns a todos os títulos, são antagônicas e denominadas *independência* e *causalidade*. Alguns títulos como a letra de câmbio, nota promissória e o cheque, uma vez criados, desvinculam-se da causa que gerou a sua formação. Denomina-se tal característica *independência* e são, por isso, chamados títulos completos.

Existem outros títulos como as duplicatas e o conhecimento de transporte, que precisam da prova de um documento que os comple-

⁶ VIVANTE, Cesare. *Apud* DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. V. 2, p. 6.

mente, conferindo-lhes validade. A duplicata, como o nome indica, é a duplicação do contrato original, mas com força cambiária e sem a existência válida da fatura, não adquire validade. São os chamados títulos incompletos.

3.4 As Ações Cambiais

A legislação que rege a matéria, sobretudo a lei uniforme, previu ações próprias para a sua cobrança. Também foram previstos os prazos prescricionais no mesmo arcabouço legal.

O nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 585, incluiu os títulos de crédito na categoria dos títulos executivos extrajudiciais.

Por essa razão, o credor não precisa propor uma ação de conhecimento contra o devedor para exigir o seu crédito. Ele pode propor a ação executiva de forma direta.

Entretanto, prescrita a ação cambial, pode o credor intentar ação contra os obrigados principais (para este fim, o aceitante, o sacador, o emitente da promissória ou seus avalistas) ação de locupletamento, ou seja, de enriquecimento ilícito.

O autor deve provar que o réu enriqueceu-se ilicitamente em face do descumprimento da obrigação. Não cabe contra os obrigados indiretos e tem os seguintes requisitos:

- a) Um título de crédito formalmente perfeito;
- b) Desoneração da responsabilidade cambial, quer seja pela falta de apresentação para aceite ou protesto no tempo hábil, bem como pela prescrição;
- c) Prova de que o prejuízo do portador correspondeu a um indevido enriquecimento do réu.⁷

A ação de locupletamento, é bom que se diga, não tem a cambial como objeto, visto que a lei uniforme declara, expressamente, que a prescrição atinge qualquer forma de ação cambial, mas o enriquecimento ilícito por parte do obrigado principal.

⁷ DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. V. 2, p. 72.

Não se discute, portanto, a cambial, mas o enriquecimento sem causa, o que fica demonstrado pela impossibilidade de se propô-la contra os demais coobrigados no título.

No mesmo sentido, a ação de cobrança tem por escopo realizar obrigação existente entre as partes, da qual o título é apenas um indício de sua existência, exigindo-se, pois, prova complementar e contundente, cujo ônus é do autor.

O objeto da ação de cobrança será, por exemplo, uma compra e venda realizada entre as partes ou qualquer outra forma contratual, mas nunca o título que já se encontra prescrito.

Em qualquer dos casos mencionados, ação de locupletamento ou de cobrança, o ônus da prova é do credor.

Entretanto, não prescrito o título e aforada uma ação executiva, outra seria a situação, visto que o direito incorporado pelo documento estaria gozando da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, razão pela qual caberia ao executado a desconstituição da presunção, demonstrando a força da inversão do ônus probante.

Os requisitos do título (incorporação, literalidade e autonomia) conferem-lhe uma presunção *juris tantum*, que impõe ao devedor o ônus da prova a tal ponto que não existe revelia nos embargos do devedor.

Logo, as demais ações (locupletamento e cobrança) não restauram as cambiais prescritas, posto que têm objeto que não os títulos de crédito. Embora o documento componha como documento probante a ação, este não é objeto da ação, mas tão somente um dos meios de prova da existência da obrigação que se discute no processo e, na maioria das vezes, o título prescrito é insuficiente, para, por si só, convencer quanto a natureza da obrigação em discussão.

4. POSIÇÕES SOBRE OS TÍTULOS PRESCRITOS E A AÇÃO MONITÓRIA

4.1 As Posições Favoráveis

Entendem eminentes doutrinadores, sobretudo o Dr. Ernane Fidélis dos Santos⁸, que a força probante do título, ainda que prescrito ou

⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação Monitória*, p. 70-71.

mesmo diante da ausência de algum requisito que o desnature como título executivo, deve ser admitido como prova escrita do procedimento monitorio, inclusive sem declinar o negócio subjacente, posto que a monitoria se funda, apenas em um documento escrito e no pedido puro e simples de pagamento.

Para essa corrente, basta a simples declaração da dívida fundada no documento escrito e sua descrição.

A causa de pedir do mandado de injunção é, pois, a simples informação da dívida, sem necessidade de se descrever o negócio subjacente.

Portanto, segundo essa corrente, a monitoria faz as vezes de ação cambial pura e, querendo ou não, restaura o título prescrito.

4.2 A Posição Contrária

Outros doutrinadores, aqui representados pelo Desembargador Leonídio Dolher⁹, posicionam-se franca e diametralmente em oposição à anterior.

Alegam os doutrinadores que a ação monitoria, instituto de direito processual civil, portanto de direito adjetivo, não poderia revogar a legislação pertinente à prescrição, um instituto de direito substantivo, sem qualquer menção a este respeito.

Para os defensores desse posicionamento, a prevalecer o entendimento posto no subitem anterior, todo o ordenamento no que tange à prescrição estaria revogado por um artigo de lei de natureza eminentemente processual, causando a insegurança e incerteza jurídica nas relações, em especial as mercantis.

5. A AÇÃO MONITÓRIA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.1 O Devido Processo Legal

O Devido Processo Legal, é mais do que um princípio, uma garantia processual fundamental, assim como os princípios do contradi-

⁹ DOLHER, Leonídio Mathias. *Revista de Julgados*. V. 71, p. 31. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

tório e da ampla defesa, todos eles postos na Constituição da República, enquanto direitos fundamentais.

A palavra “due”, em inglês, tem tanto o sentido de “devido”, quanto de “obrigação”, bem como de “adequação”. Vale dizer, tem o significado de “adequado”, também.

Certamente, que tem o sentido de adequação, quando nos referimos à expressão “due process of law”, visto que a palavra “law” já dá o sentido de legal, que engloba o sentido de obrigatoriedade, visto que a obrigatoriedade ou o comando integra o elemento normativo da norma jurídica, sem o qual, não há que se falar em lei ou norma jurídica.

Logo, “o devido processo legal”, constitui na garantia dada ao cidadão de que em juízo seja submetido a um rito processual adequado às questões a serem dirimidas, permitindo-lhe, de forma ampla, exercer o contraditório, a ampla defesa, de forma que sejam amplamente ouvidas no que diz respeito às questões postas. É uma forma de assegurar o equilíbrio processual.

Não se admite que o procedimento adotado seja menor do que a questão que vai ser tratada, ou que não comporte a dilação probatória que o caso exige.

É o autor quem escolhe o procedimento, por isso, cabe a ele escolher um rito que seja adequado à questão proposta, sob pena de ser obstado aquele procedimento a fim de que outro seja tomado.

Um exemplo clássico disso, no direito pátrio, é a eleição da via sumaríssima (juizado especial), quando, em defesa fica demonstrada a necessidade de prova pericial. Ora, claramente não se trata do procedimento adequado ao caso, embora legal, não sendo razoável a exclusão da produção da prova com a qual o réu pretende demonstrar suas alegações.

Assim, é preciso analisar se a proposição de uma ação monitória, baseada, puramente, em um título de crédito prescrito, atende ao requisito da adequação, visto que não nos resta dúvida quanto à legalidade do procedimento.

Não devemos olvidar, que o devido processo legal, assim como o contraditório, é um procedimento meio, posto que sua finalidade seja garantir a ampla defesa, enquanto prática realizável no processo.

A adequação, é bom que se diga, faz-se diante do caso concreto, bem defendem vários autores, dentre eles Alexy¹⁰ e Günther¹¹, cada qual à sua maneira, mas ambas incompatíveis com a ideia posta de presunção de existência de um determinado negócio jurídico em face de uma declaração de valor, pura e simples.

Alexy, por exemplo, entende que princípios são normas, assim como as regras, todavia, em caso de colisão entre princípios deve haver um sopesamento, utilizando-se da máxima da proporcionalidade.

Esse entendimento é corroborado por Ávila¹², entretanto, como se nota, a colisão se dá entre uma norma posta na Constituição e outra na legislação processual infraconstitucional, embora, tal colisão seja provocada, no nosso entendimento, pelo intérprete e não, pelo legislador.

Para Günther, a fundamentação está ligada à validade da norma. O processo de justificação da norma se apoia no seu critério de validade.

Uma norma é válida e, portanto, se justifica quando conta com o assentimento de todos os envolvidos, ou seja, a todos a quem a norma se destina. Esta universalização obtida através do consenso dialógico se faz necessária para a sua justificação.

Entretanto, quanto à aplicação, deve-se observar a adequação da norma ao caso concreto. Em suma, é a sua aplicação que revelará a sua adequação ao caso.

Para que seja verificada a sua adequação, é preciso que se verifiquem todas as circunstâncias e características do caso concreto, confrontando todas as normas que podem a ele ser aplicadas.

Exige-se, pois, que a aplicação seja imparcial e só será assim se houver coerência na realização da adequação das normas aplicáveis e todas as circunstâncias do caso concreto.

Pelo menos, essa é a visão do autor.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

5.2 O Devido Processo Legal e a Ação Monitória

A ação monitória é um procedimento legal, de natureza especial posta no nosso ordenamento jurídico, quanto a isso não restam dúvidas. A sua eficácia em face da cultura judiciária brasileira já é outro assunto, que não é pertinente a este trabalho.

Entretanto, ao se admitir que alguém proponha a ação monitória com base, unicamente, em um título prescrito (cheque, promissória, letra de câmbio, etc.), sem declinar a causa subjacente, ou mesmo a declinando, não apontar nenhum documento que a corrobore além do título em questão, o princípio do “devido processo legal”, em sua essência, estará sendo violado.

Isso porque a norma posta no artigo 1.012 do CPC exige que o documento revele a natureza da negociação.

É de se ressaltar, que mesmo o documento assinado por duas testemunhas, deve conter obrigação unilateral ou, se bilateral, a prova de que a obrigação do exequente foi cumprida, sob pena de inexigibilidade.

Ora, da mesma forma, o título prescrito, contém tão somente uma declaração de dívida e nada mais. Não há como inferir dali qual negócio foi realizado, sua natureza, se bilateral ou não, etc.

Dizem alguns que isso poderá ser esclarecido por ocasião dos embargos, mas aí é que reside o maior engano e violação do direito da parte.

O ônus do autor inclui provar o fato constitutivo do seu direito, e isso não difere na ação monitória. Cabe a ele também, provar tudo o mais que alegar.

Ora, se alega que realizou, por exemplo, uma compra e venda com o réu e que este não pagou pela coisa, posto que o cheque prescrito não tinha provisão. Deve provar também o negócio, a entrega da coisa, bem como o não pagamento, único fato corroborado pelo título.

A transferência de tal ônus ao réu é ilegal e inadequada, pois o procedimento não tem essa extensão.

Caberia ao réu nos embargos, tão somente, as defesas naturais desse tipo de ação, provar que pagou por outra forma, que não recebeu a coisa, ou os defeitos ou vícios inerentes ao negócio.

Exigir dele, todavia, que a partir de um título em que se estriba toda uma negociação, que ele venha fazer a contraprova de uma alegação sem rastro probatório, é violar o princípio do devido processo legal, pois retira-lhe os elementos que lhe permitem a contraprodução probatória, ou a exposição adequada de suas razões.

Em face da visão de Günther, por exemplo, não existe sequer adequação nesta forma de proceder.

Já em relação à Alexy, teríamos uma violação ao postulado da proporcionalidade, já em face da adequação, diante da colisão da norma constitucional e da norma infraconstitucional.

Entretanto, a colisão se encontra, em casos como esse, não entre as normas, mas na aplicação inadequada de uma delas, sem observar o comando constitucional.

Toda norma jurídica deve ser interpretada à luz da constituição.

6. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A AÇÃO MONITÓRIA

6.1 O Princípio do Contraditório

O “princípio do contraditório”, na mesma esteira, previne o equilíbrio das partes, pois exige que toda a alegação ou prova produzida no processo possa ser contrariada pela outra parte.

Esse princípio permite o exercício em concreto da ampla defesa, assim como o “devido processo legal”.

Tais princípios, garantias fundamentais que são, estão de acordo com o modelo constitucional vigente, ou seja, o “Estado Democrático de Direito”.

6.2 O Princípio do Contraditório e a Ação Monitória

Obviamente, só pode haver contrariedade de algo que está posto no processo, razão pela qual não se pode exigir ou transferir ao réu que prove a inexistência, extinção ou inexigibilidade de um negócio, cuja alegação de existência não esteja nos autos. Vamos além, não se pode exigir que o réu venha aos autos para provar a inexistência,

extinção ou inexigibilidade de um negócio que embora alegado pelo autor, não existe prova constitutiva de sua existência.

Isso não é contraditório, é inquisitório, posto que se atribui a presunção de veracidade a uma alegação feita pelo autor, exigindo que o réu a desconstitua, baseado em, exclusivamente, uma alegação, ou pior, na falta dela, estribado apenas em um documento de declaração de dívida sem que se saiba ou tenha base para inferir as razões de sua criação.

Não há como relevar o fato de que a ação monitória tem por origem a Idade Média, em que a uns eram atribuídos direitos e valores diferenciados, razão pela qual a palavra de alguém, com apenas um documento indiciário de um fato, podia lhe atribuir certa presunção.

Entretanto, diante da atual Constituição, o equilíbrio das partes se impõe em face dos princípios aqui mencionados.

As regras de admissão do processo, aliás, nada mais são do que o resultado do sopesamento dos princípios do acesso à justiça e os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

7. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E A AÇÃO MONITÓRIA

7.1 O Princípio da Ampla Defesa

O Princípio da ampla defesa consiste na existência de meios legalmente assegurados ao cidadão de ingressar em juízo para defender um direito ou suposto direito que entenda estar sendo ferido ou, se demandado, a possibilidade de, dentro de um procedimento equilibrado, adequado e legítimo, possa contrapor suas alegações e de utilizar os meios probatórios necessários para demonstrar a veracidade e validade de seus argumentos.

Por isso, o princípio da ampla defesa só faz sentido se acobertado pelos princípios anteriormente analisados.

Não se admite que o cidadão não tenha a seu dispor os meios necessários para expor e defender suas posições, em pleno Estado Democrático de Direito.

Jürgen Habermas¹³, sociólogo e filósofo alemão entende que o processo jurídico deve contar com a participação intensa e efetiva dos interessados, de forma equilibrada e racional, pois só assim a resultante teria legitimidade.

De outra forma, a falta de participação, ou a negativa de participação não legitimaria o processo ou o resultado obtido, pela comunidade ou grupo a que se destina.

Sendo assim, a ampla defesa, além de ser uma garantia do cidadão é um suporte para o Estado Democrático de Direito e uma garantia de validade dos atos praticados pelo Estado seja qual for a sua face (executivo, legislativo, judiciário).

7.2 O Princípio da Ampla defesa e Ação Monitória

A ação monitória tem por objetivo, em face de pelo menos um documento que demonstra a existência de uma obrigação unilateral de dar pagar ou dar coisa certa, diante de uma revelia, atendendo ao princípio da celeridade e economia processual, passar imediatamente para a fase de satisfação do direito (execução).

Essa pretensão legislativa, não ofende, em abstrato, os princípios da ampla defesa ou os demais anteriormente analisados. Isto porque, diante da prova documental acima, a inércia foi uma opção do devedor demandado.

Entretanto, caso o documento seja apenas um título prescrito, não haverá prova do negócio ou da sua unilateralidade, sequer saberemos as razões do negócio, ou se este obedece aos requisitos de validade do ato jurídico, principalmente quanto ao objeto lícito.

De outra sorte, mesmo o documento assinado por duas testemunhas que contenha uma obrigação exequível, exige-se a prova de unilateralidade do negócio ou, se bilateral, se tornou unilateral pelo cumprimento da obrigação do pretense exequente.

Ora, em face disso, pergunta-se, como se admitir na monitória a presunção de unilateralidade, existência e licitude de um negócio

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. V. I. Trad. Flávio Breno Sienbeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

estribado apenas em um título prescrito, que, em face da prescrição, é apenas uma declaração de dívida?

No nosso entendimento, a ampla defesa fica seriamente comprometida.

Cabe ao autor da monitória provar o fato constitutivo do direito com o documento ou documentos que instruem o processo e que são:

- a) O negócio em si e sua licitude e validade;
- b) A unilateralidade da obrigação, ainda que pelo cumprimento da sua parte;
- c) O não cumprimento pelo devedor.

Dos fatos acima expostos, apenas o não pagamento pode ser presumido pela presença do título nos autos, mas não os demais, e todos eles fazem parte do fato constitutivo do direito do autor.

Ora, o devedor tem o direito de, em face das alegações e provas carreadas pelo autor de determinar a sua estratégia de defesa, considerando o direito à ampla defesa, que, em concreto, em face da ausência de demonstração cabal dos requisitos acima, pode ser até o silêncio, para não lhe atrair um ônus desnecessário.

E nem se diga que tal opção é ilegal ou imoral, posto que ao credor exequente, quando embargado, sempre se admitiu que o silêncio não impõe os ônus da revelia por entender que sua opção de defesa reside unicamente no título que estriba a execução.

Entretanto, a presunção em favor do autor, pode comprometer qualquer sistema defensivo.

Por isso o título prescrito, puro e simples, não pode subsidiar a ação monitória.

Não podemos ignorar que o procedimento monitório tem origem na Europa medieval, época em que a palavra de uns tinha mais valia jurídica sobre a de outros, sendo aceitável, pois, em face daquele modelo que, com um início de prova documental, fosse presumida a veracidade das assertivas de uns sobre outros, tudo em uma época em que o magistrado, membro da corte, representava o monarca.

Entretanto, tal procedimento hermenêutico não pode ser admitido sob a égide da Constituição cidadã, visto que esta exige a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa.

A ampla defesa exige, além do dito anteriormente, imparcialidade. Esta, por sua vez, se revela pela equidistância do julgador em relação às partes. Entretanto, havendo um procedimento em que o julgador presume a veracidade de uma alegação em face da outra, transferindo à última o dever de desconstituir uma presunção de existência lícita e válida de um negócio, bem como a sua unilateralidade, certamente põe termo à equidistância necessária, causando o desequilíbrio processual e óbice quase intransponível à defesa.

Esta presunção que não encontra sequer, respaldo na lei, fere o direito à ampla defesa do réu, bem como compromete a legitimidade do processo e das decisões tomadas, chegando a macular a imparcialidade e equidistância do Judiciário, que já não é mais do rei, mas do povo.

8. A AÇÃO MONITÓRIA E AS NORMAS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO

8.1 A Função Constitucional das Normas de Admissibilidade do Processo

São conhecidas as normas de admissibilidade do processo: as condições da ação, as condições de procedibilidade, os requisitos quanto à petição inicial e os documentos essenciais à propositura da ação.

Muitos e abalizados operadores do direito entendem que tais normas não seriam recepcionadas pela Constituição vigente, por serem obstáculos ao acesso à Justiça.

Todavia, neste trabalho não as vemos sob esse prisma.

Acontece que assim como existe o princípio do acesso à justiça, também existem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ora, se uma ação é proposta sem a observância de requisitos que permitam o devido processo legal, do contraditório, ou da ampla defesa, faz-se necessária uma norma sopesante para que todos os princípios sejam preservados.

Permitir o andamento de um processo que dificulte a ampla defesa, por exemplo, ou mesmo que impossibilite a sua exequibilidade, só faria ofender o princípio e tornar ineficaz o exercício da Justiça.

Um sopesamento normativo leva ao equilíbrio que é a extinção do processo inviável em face do sistema jurídico em voga, permitindo ao autor retornar à Justiça com outro pedido, mas corrigidos os erros do anterior.

Esta postura legislativa preserva os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como assegura ao autor o acesso ao Judiciário, com pedido renovado, sem os vícios dos anteriores.

Portanto, sua análise sob uma ótica renovada em face da Constituição se impõe.

8.2 Os Pressupostos Processuais e a Ação Monitória

Humberto Theodoro Júnior¹⁴, em sua obra, deixa claro que compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, referindo-se à ação monitória, competindo ao réu, unicamente, provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito.

Daí porque, na falta de comprovação do fato constitutivo, pode o réu, inclusive, optar pelo silêncio.

Entende Theodoro Júnior, que a prova a cargo do autor tem que evidenciar, por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente tem que individuar a prestação reclamada pelo autor e não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto.

Além disso, entende o Humberto Theodoro que o mandado de pagamento só pode apoiar-se em obrigação cuja existência não reclame acerto ulterior e cuja atualidade já esteja adequadamente comprovada.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. V. III, p. 369. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Em síntese, exige-se que a ação proposta contenha todos os requisitos de admissibilidade necessários à propositura da ação, sob pena de extinção do processo.

Uma decisão fundada na falta das condições da ação ou dos demais requisitos de admissibilidade, em nada ofende como dito acima, o princípio de acessibilidade à justiça, ao contrário, se impõe para o equilíbrio do ordenamento, legitimação dos atos do Estado Juiz, bem como para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Sob outra ótica, nada mais se faria senão sob a violência do desrespeito às normas constitucionais e infraconstitucionais, do que reavivar o título prescrito.

CONCLUSÃO

- A ação monitória é um procedimento legítimo que tem por finalidade dar ao credor um acesso mais rápido ao título executivo.
- Todavia este procedimento não é adequado para discutir uma obrigação não cumprida, unicamente com base em um título de crédito prescrito, mesmo porque, para tanto, existem as ações cambiais previstas na legislação adequada.
- A utilização da monitória nas bases acima, viola os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
- Essa violação compromete o direito do cidadão, a legitimação do processo e a credibilidade do Judiciário, bem como a democracia no processo e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito.
- As normas de admissibilidade do processo devem ser observadas na ação monitória, da mesma forma que nos demais ritos processuais, sob pena de afetar o equilíbrio de princípios que sustentam as garantias de um processo justo ao cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, 1998.
- DOLHER, Leonídio Mathias. *Revista de Julgados*. V. 71, p. 27. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. V. I. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. 1, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação Monitória*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.