

A AÇÃO MONITÓRIA E SUAS LIMITAÇÕES

Amílcar Douglas Packer

Advogado e professor de Direito no CESUMAR

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Natureza jurídica da ação monitoria 3. Finalidade do processo monitorio 4. Requisitos da ação monitoria 5. Limitação da ação monitoria 6. Elementos do crédito 7. Títulos de legitimação e comprovantes de legitimação 8. Requisitos dos títulos de crédito 9. Cobrança judicial 10. Ação de locupletamento 11. Pontos bases 12. Conclusão.

1 - Introdução

Monitoria, vem do latim *monitoriu*, que em sentido amplo quer dizer o aviso em que se convida o público a ir declarar o que souber acerca de um crime.

Designa também conselho ou repreensão¹.

Em nosso direito atualmente instituída na lei nº 9.079/95 a ação monitoria, não é instituto inédito no direito brasileiro, já existia na antiga ação executiva do CPC de 1939 (artigo 298).

Lá o processo se iniciava com citação do réu para pagar em 24 horas e após contestada prosseguia com rito ordinário.

Era processo que iniciava-se por mandado, sendo sinônimo de monitorio e de preceito. Mas o procedimento da antiga ação

executiva é diverso da atual ação monitoria.

A nova ação monitoria estrutura-se em partes, sendo a primeira de conhecimento, a segunda a de execução, e a terceira de cautela, motivo que a faz tão peculiar.

Entre os objetos alcançáveis pela ação monitoria estão, apenas as obrigações de pagar soma em dinheiro, entregar coisa fungível ou determinado bem móvel.

Caracteriza-se ainda por dois pontos de destaque:

a) de que a ordem da pretensão é expedida inaudita altera parte, e sem cognição completa;

b) preparatório para a execução.

¹ Dicionário Prático Ilustrado - Lello & Irmão Editora - Porto - 1958 - página 823.

Entre os elementos presentes o que tem chamado mais a atenção é a falta do contraditório, pois, o juiz expede a ordem, sem dar ao réu a oportunidade de ser ouvido, e portanto, de influir na convicção do juiz.

2 - Natureza Jurídica da Ação Monitória

Discute-se ainda sobre a natureza jurídica do procedimento monitorio.

A natureza jurídica elemento básico para a formação de um instituto jurídico, se determina pela função desempenhada por aquele instituto.

Pergunta-se então qual o objetivo da ação monitoria.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, "Trata-se de um expediente para eliminar, praticamente, o processo de conhecimento, permitindo ao credor substituir a comum ação de cobrança por um expediente que atraia o devedor a preferir o pagamento, ao debate judicial."²

Para alguns é procedimento provisório, para outros definitivo.

Contudo o temor pela busca da natureza jurídica ainda persiste donde se chega à pré-conclusão de ser a ação monitoria de natureza injuncional. Teria assim, função diversa do processo de conhecimento e do processo de execução.

Note-se que o processo de execução utilizado na maioria dos títulos executivos não serve à composição da lide de pretensão contestada, possibilita tão somente a execução forçada, para a satisfação de uma pretensão insatisfeita.

Assim, a injunção seria o intermédio entre a cognição e a execução, o que possibilitaria ao final a antecipação da execução forçada através da limitação da cognição do juiz e pela sumariedade da cognição com caráter provisório.

Em menor monta, outras correntes doutrinárias, definem a natureza do processo monitorio como de jurisdição voluntária, e outros como processo de execução.

² Código de Processo Civil Anotado - Humberto Theodor Júnior - página 430 - Rio de Janeiro - Forense - 1995.

3 - Finalidade do Processo Monitório

Caracteriza-se o procedimento monitório pela sumariedade, pela qual se busca de forma mais rápida a constituição de título executivo, fato que dará inevitavelmente origem à execução forçada. Para tanto deve-se levar em conta no caso a provável existência do direito, seja por sua natureza, seja por seu objeto, ou ainda pela atendibilidade da prova que serve de fundamento dele.

Destina-se o processo monitório a simplificar o processo de cognição e de condenação, buscando-se o atendimento direto da providência jurisdicional, com base em juízo de probabilidade ou de possibilidade, pois, se baseia só e somente só no conhecimento dos fatos constitutivos da pretensão proposta, ignorando-se os fatos impeditivos, modificativos, ou extintivos do direito. Relega-se as exceções e defesas do réu, e que em verdade deveriam ser incluídos para formar o decisor e dar vida ao título executivo.

Justificam alguns autores que, a finalidade é evitar perda de tempo

e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes não tem interesse em obstaculizar³.

4 - Requisitos da Ação Monitória

O artigo 1.102a do Código de Processo Civil fala em prova escrita.

Todavia a atividade probatória ocorrerá somente se for instaurado o contraditório, com a oposição de embargos pelo devedor.

A prova de que fala o referido artigo é a prova escrita do direito do autor, e que pretende ver satisfeita. Para fins monitórios, e nos termos da lei, exige-se que se trate de prova escrita pouco importando a sua natureza ou momento de sua formação.

A hipótese do artigo 1102A compreende tanto as provas pré-constituídas como as casuais. Sendo a primeira aquela preparada com anterioridade,

³ Reforma do Código de Processo Civil - coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira - São Paulo Saraiva- 1996 - Página 443.

com vistas a demonstração do fato a ser provado, e pode ser um documento público ou particular.

Pode existir prova literal, que não seja pré-constituída, quando por exemplo, uma carta escrita sem a intenção de que pudesse servir como prova, mas que por circunstâncias, vem depois ser exibida em juízo⁴. Essa prova é chamada de casual.

Em resumo, a prova escrita, que exige o CPC é todo o escrito surgido da pessoa contra a qual se formula o pedido, que lhe dá verossimilhança, permitindo ao Juiz formar convencimento com base em juízo de probabilidade ou possibilidade.

Exige-se ainda que a parte ré tenha participado da formação da prova escrita, e se não participou que ao menos reconheça como suas as declarações nele contidas (arts. 371, 376).

5 - Limitação da Ação Monitória

Note-se que o processo monitorio não se aplica a toda e qualquer ação. Exclui-se da figura do artigo 1102a as prestações relativas a obrigações de fazer e

não fazer, de entregar coisa infungível, de entregar coisa imóvel, relativas a títulos de crédito validamente criados, e nas ações em que o devedor for pessoa jurídica de direito público interno.

Prestará então o processo monitorio somente às ações que tenham por objeto mediato o pagamento de soma em dinheiro a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

N o direito processual alemão moderno os casos mais usuais tem sido os de compras a varejo, cobrança de serviços, posse de bens, contratos de fornecimento e semelhantes.⁵

Por tudo isso é que a limitação do uso da ação monitoria deveria ser específico, porque o procedimento monitorio documental adotado pelo Código de Processo Civil, não abrange todo e qualquer litigio decorrente da prova escrita, apenas porque o ajuste observou o instrumento escrito.

⁴ Procedimento Monitorio - J.E.Carreira Alvim - Curitiba - Juruá - 1997 - 2ª edição - 4ª Tiragem – página 64.

⁵ idem 4, página 459.

Mais que o contrato escrito, a lei exige que a obrigação objeto do procedimento encontre prova em documento sem eficácia de título executivo.

É de se lembrar que nos termos em que a ação monitória foi instituída entre nós pelo legislador processual, pretendeu ele criar remédio jurídico limitadíssimo, principalmente em sistemas jurídicos como o nosso em que o rol de títulos executivos extrajudiciais é extenso.

Criado como foi, o procedimento monitório exige que a obrigação específica objeto do pedido seja inserida em documento. E mais, este documento não pode ser um título executivo nem poderia em algum momento ter executividade que se perdeu, visto que em sendo ou tendo tido, faltaria interesse ao proponente, porquanto o objetivo do procedimento monitório é justamente criar (formar) o título executivo. Quem já o tem ou já o teve título com essa qualidade é carece dor de interesse para usar o malfadado remédio.

Confira-se no art. 1.102, a: "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".

Note-se que, o que oportuniza a ação monitória é um documento que deve sempre se referir à obrigação não cumprida.

Por óbvio que sem sentido seria promover ação monitória com base em sentença judicial, em título de crédito prescrito, para o pagamento de indenização por danos morais, tendo-se a prova documental do dano praticado, ou ainda e como tem ocorrido no direito do trabalho promover reclusória trabalhista após o prazo de dois anos da demissão.

Ressalte-se que o documento deve manter nexos com a obrigação que se requer o cumprimento. Pensar de outra forma é subverter os princípios e reduzir todas as demais ações ao procedimento monitório que tem vocação excepcional, e no Brasil, devido à forma pela qual

foi criada, de inutilidade extrema.

Por tudo isso merece atenção especial dois temas o das ações contra o Estado e títulos de crédito que analisamos a seguir.

Em relação às ações em que o Estado é réu não se justifica a ação monitória, por que nesta prevalece a solução negociada. Cuida-se em verdade da derradeira oportunidade para que o devedor, chamado pelo credor, cumpra de modo voluntário a obrigação, e se assim o fizer será dispensado dos ônus normais da sucumbência.

Caso venha o devedor não venha a juízo e também não oponha embargos, constitui-se imediatamente o título executivo, por que o silêncio do devedor importa na concordância com os termos da inicial e seu desinteresse em demandar.

Contudo, séria limitação se impõe ao procedimento monitório, pois, o réu deve Ter poderes para transigir, para reconhecer a procedência do pedido e a disponibilidade do bem litigioso. Se assim não for, não há como presumir-se que houve a concordância pelo réu

com os termos da inicial, fato que impede de plano a constituição do título executivo que se pretende.

A pergunta que se faz é “Como convocar alguém a cumprir voluntariamente determinada obrigação, se aquele alguém não pode reconhecer a procedência do pedido?”.

A resposta é simples, é inadequada a ação monitório em face do Estado.

Isto é assim, porque as pessoa jurídicas de direito público são representadas judicialmente por agentes desprovidos de poderes para transigir e reconhecer.

Pode até ser que a situação gere a possibilidade do reconhecimento do pedido, mas ainda que os agentes o desejem, não podem fazê-la para cumprir o mandado de pagamento. A organização do Estado e de seus agentes passam pela necessária distribuição de funções onde jamais se concentra num único servidor a possibilidade de cumprir administrativamente determinada obrigação e a incumbência de discutir-lhe judicialmente a existência. E se

administração entendeu de resistir à determinada pretensão manifestada por outrem, tem seu procurador judicial o dever funcional de manter o litígio.

Outro ponto que merece destaque é a respeito da confissão do Estado.

A aceitação do procedimento monitório contra o Estado gera o entendimento de que a ausência de embargos determinará em consequência a constituição do título executivo. Entretanto admitir este efeito para a ausência dos embargos provoca divergência com o princípio de Direito Processual de que a contumácia do Estado não induz confissão. Note-se que se o Estado, em ação ordinária, deixar de responder, nem por isso o Juiz estará autorizado a decidir sem instruir o feito e sem apreciar a procedência da postulação. Não se admite portanto que, a não interposição de embargos pelo Estado em procedimento monitório, gere o direito à criação de título executivo contra o Estado.

Em relação aos títulos de crédito as soluções são mais intrincadas, por que a matéria

envolve vários títulos, motivo pelo qual se faz necessária uma rápida reflexão sobre a teoria geral dos títulos de crédito.

Em se tratando de títulos de crédito, primeiramente deve-se dizer que o crédito significa ato de fé, de confiança, do credor, não configurando-se como -agente de produção, eis que o crédito não cria capital, mas sim a obrigatória circulação do capital é que cria a possibilidade de que o crédito exista.

Note-se que o crédito é a permissão para usar capital alheio e se concretiza na transferência de capital, daí porque não ser agente criador de riqueza.

O ato de se criar um título de crédito cria a ilusão de que o capital se multiplica, justamente pelo ato de se criar TÍTULOS DE CRÉDITO. Não se pode esquecer que se de um lado o crédito aumenta a quantidade de capital àquele que o tomou, de outro lado aquele que emprestou teve sua quantidade de capital diminuída.

CRÉDITO na acepção jurídica, significa então o direito que a pessoa tem de exigir de outra o cumprimento da

obrigação assumida.

Em direito comercial, Títulos de Crédito significam o próprio título dessa dívida. E assim se entende porque tais títulos, em verdade representam o próprio valor da obrigação a exigir, mostrando-se por isso, o instrumento do próprio crédito ou o título de crédito.

6 - Elementos do Crédito

Os dois elementos básicos do crédito são a CONFIANÇA e o TEMPO.

A confiança, porque, o credor ao entregar seu bem (capital) ao devedor, confia que nas condições e termo estabelecidos o devedor lhe pagará a quantia devida.

O tempo, é a medida do limite em que o crédito fica disponível ao devedor, é ele que estabelece o período em que o crédito pode ser usado pelo devedor e quando deverá ser devolvido.

7 - Títulos de Legitimação e Comprovações de Legitimação

Os títulos de crédito identificam-se como títulos de legitimação, pois os direitos

neles insertos derivam deles próprios, por serem autônomos. SÃO BASTANTE-EM-SI.

É importante esta distinção em relação aos documentos a que se refere como comprovações de legitimação, em que o direito do titular não deriva do documento mas sim, do contrato que lhe deu causa (passagem de ônibus, recibos de depósitos bancários, compra e venda, etc.).

Esses comprovações de legitimação são simples quirografos, que são documentos meramente probatórios, desprovidos que são de um direito distinto de sua causa.

Contrariamente os títulos de crédito são constitutivos de direitos distintos de sua causa (devido à autonomia).

Explica-se esta característica na necessidade de se dar o máximo de segurança e certeza na circulação do crédito inserto no título, que necessariamente deve ser sempre ágil e fácil.

Entende-se melhor se se comparar os títulos de legitimação com os comprovações de

legitimação. Os comprovantes de legitimação não tem a capacidade de fazer circular os créditos neles ocorrentes (contratos personalíssimos, de prestação de serviços). Isto se dá porque existe insegurança no modo pelo qual se transfere os direitos, a cessão de direitos. Existe, pois, a possibilidade de o devedor pleitear contra os cessionários defesas pessoais e decorrentes do próprio negócio em relação ao credor originário.

Os títulos de legitimação são documentos bastante-em-si, que apresentam características particulares, pois, existem sem o documento que lhe deu origem, pode transmitir-se sem o documento original, pode ser exigido sem a exibição do documento original, valendo a quitação dada pelo credor como prova erga omnes do pagamento e da extinção do direito. Na transferência o direito do cessionário é o mesmo do cedente, pelo que pode o devedor alegar contra aquele as mesmas exceções que poderia alegar contra este.

Quando se fala que os títulos de legitimação são bastante em

si é porque o direito adere ao título de tal forma que o direito não existe sem o documento, não se transmite sem a transferência do documento, o direito não pode ser exigido sem a exibição do documento, e o adquirente do título passa a ser o credor originário.

Entretanto, as defesas pessoais do devedor são inoponíveis ao novo proprietário do título e seus sucessores.

8 - Requisitos dos Títulos de Crédito

São elementos para a constituição dos títulos de crédito a documental idade, cartularidade, autonomia, abstração, independência, literalidade, legalidade.

A documentalidade é essencial ao crédito, pois através deles é que se registra este evento jurídico.

A cartularidade quer dizer que a cártula, o documento é necessário ao cumprimento à existência do título em si. O título de crédito se concretiza, quando inserto em um papel ou documento. É essencial que para o exercício resultante do crédito

haja a exibição do documento. Somente com o documento é que poderá o credor exercer o direito decorrente da concessão do crédito. A exibição material do título é essencial, sem sua apresentação não é líquido, certo e por consequência inexigível.

A independência quer dizer que o título se desvincula da causa da relação fundamental, podendo decorrer de lei ou da vontade das partes.

Pode também decorrer da própria substância e conformação do negócio e do título, como ocorre com as ações de emissão das sociedades por ações, em que os títulos de participação são complementados pelo estatuto da sociedade emissora.

Já a autonomia, diz respeito somente à obrigação contida na cédula, que após a criação do título, a obrigação tornou-se autônoma, sem vínculos com a causa de relação fundamental ou com a causa de emissão do título.

Segundo VIVANTE⁶, é necessária a autonomia porque o possuidor de boa-fé pode exercitar os direitos decorrentes do título, sem que seja obstado pela relação

corrente entre os anteriores possuidores e o devedor.

Literalidade, em sentido jurídico quer que o título é literal, porque representa rigorosamente aquilo que está inserto. O título de crédito se representa em uma escrita, e somente o que for escrito é que vale juridicamente. Se houver obrigação que nele não conste, mas em documento separado, ao título de crédito não se integra.

ASCARELLI⁷, assinala que “a literalidade atua tanto em favor do credor, que pode exigir o que nele está mencionado, insuscetível de discussão, assim, o valor, o prazo, etc., como também em favor do devedor, pois, o credor não poderá pedir mais do que está estabelecido no título. Daí dizer-se que o que não está no título não está no mundo”.

A abstração em sentido amplo é o ato de separar mentalmente um ou mais

elementos de uma totalidade complexa (coisa, representação, fato), os quais só mentalmente podem subsistir fora dessa totalidade.

O resultado de abstrações acontece quando se fixa um termo, conceito, idéia, ou quando se concebe, as representações puramente mentais, como equivalentes a realidades concretas.

As obrigações que se inserem em títulos de crédito tornam-se abstratas, assim que cria-se o título, ou seja é o ato de se transportar as obrigações do mundo contratual para o mundo cambial. É o caso do contrato de compra e venda mercantil. Primeiramente a obrigação está contida na relação contratual existente. Após a criação do título, a obrigação está presente no corpo do título. Não pode mais a exigência da obrigação ser feita com base na relação contratual que pré-existiu ao título.

Funda-se a abstração na necessidade de segurança que se procura proporcionar ao terceiro de boa-fé que não foi parte na relação original e que não tem

obrigação de Ter conhecimento dos vícios da causa de relação fundamental.

N este pleito, causa de relação fundamental quer dizer a qualidade do negócio jurídico entre as partes, mútuo, compra e venda, doação, etc.

Causa da emissão ou criação do título, se reveste no motivo pelo qual se criou ou emitiu o título, que pode ser para pagamento, garantia ou crédito.

Na abstração é que se funda toda a discussão sobre a inadmissibilidade da ação monitória em títulos de crédito. É neste momento (abstração) que a obrigação se cambiariza e passa a fazer parte do título de crédito. Pela ação monitória somente poderia ser exercido tal direito quando a obrigação se descambiarizasse.

A legalidade ou tipicidade que dizer ser impossível emitir-se títulos de crédito que não estejam previamente definidos e disciplinados por lei.

Para a validade do conteúdo da obrigação exige-se que o título de crédito tenha rigor cambiário. Exige-se que o título

atenda ao rigor formal estabelecido na lei respectiva, fato que garante ao possuidor o exercício do direito literal e autônomo inscrito na cártula.

Juridicamente falando é portanto o requisito previsto em lei para que um ato jurídico seja válido, oponível contra terceiros, e sirva de prova.

O atendimento do rigor cambiário surge da necessidade de se dar garantia de circulação e veracidade sobre o crédito a quem possua a cártula, motivo pelo qual se justifica o excessivo formalismo dos títulos de crédito. Desta feita, a validade do título é ligada à sua forma, sem o qual não pode ser título de crédito cambial ou cambiariforme.

Direito de regresso em sentido jurídico amplo é toda ação que cabe à pessoa prejudicada no ato de outrem, em ir contra ela para haver o que é seu de direito, isto é, a importância relativa ao dispêndio ou desembolso que teve, com a prestação de algum fato, ou ao prejuízo, que o mesmo lhe ocasionou.

Cambiariamente se trata do direito de ir contra quem lhe causou prejuízo e contra os coobrigados cambiários que lhe antecederam, contra o sacado e contra o aceitante. Cuide-se que não se trata de direito de ação, mas de direito material existente em razão do prejuízo causado.

9 - Cobrança Judicial

Todos os títulos de crédito tem ação cambial (executiva).

A natureza da ação de cobrança judicial, ou ação cambial está diretamente ligada aos requisitos dos título de crédito, em especial a autonomia, abstração e literalidade, amparados pela lei cambial (art. 49, D. 2044) e lei processual civil (art. 585, inciso I do Código de Processo Civil).

Dessa forma, se constata que a natureza executiva do título de crédito se dimensiona primeiramente de sua natureza cambiária e em segundo lugar pelos preceitos de lei que a regram.

Não é exigido no caso dos títulos de crédito ação ordinária para se alcançar a executoriedade, ele próprio - o título - mantém

em si o crédito devido, além de somente iniciar-se com a garantia de instância, por meio da penhora.

Segundo nossos tribunais pátrios a abstratividade, autonomia e literalidade são dogmas do direito cambiário, pois, " o simples fato de achar-se a nota promissória ligada a contrato não a desnatura como título executivo extrajudicial". (STJ, RT 654/195).

Devido à natureza cambiária que se reveste esta ação (autonomia das obrigações cambiárias), é permitido que a ação seja movida contra um, alguns, ou todos coobrigados, sem estar o credor adstrito à observância de endossos.

É fundamental e requisito essencial a apresentação da letra, e em caso de exercício de direito de regresso, é indispensável também o instrumento de protesto, quando for requisito da ação.

10 - Ação de Locupletamento

Em matéria cambial encontramos em várias leis especiais a chamada ação de locupletamento (art. 48, Lei

Cambial; art. 61 Lei de Cheque) que é a ação ordinária para o portador que não acautelou-se de garantir e preservar as condições do título de crédito quais sejam a liquidez, certeza e exigibilidade.

É portanto a ação não cambial que tem o portador da letra, para ressarcir-se do prejuízo ocasionado pelo não recebimento da soma cambial, quando não mais estiver à disposição do prejudicado ação cambiária.

Note-se que os dispositivos da lei cambial são aplicáveis às outras espécies de títulos de crédito naquilo que não contrariar.

Em letra de câmbio de nota promissória devem ocorrer três requisitos para nascer o direito à ação de locupletamento, a desoneração da responsabilidade cambial (pode ocorrer pela não apresentação para aceite da letra, pela falta do protesto no prazo de lei, pela propositura da ação cambial em tempo e a conseqüente prescrição), o prejuízo para o portador, enriquecimento ilícito do sacador ou aceitante.

A ação de locupletamento funda-se na existência da causa de relação fundamental que ensejou a criação da cártula eis que não mais reside o direito no título, houve portanto a descambiarização da obrigação.

Se o título for duplicata o assunto resolve-se mais facilmente, por se tratar de título de crédito causal.

A duplicata (lei nº 5.474/68) é título de crédito formal, nominativo, emitido por negociante com a mesma data, valor global e vencimento da fatura, e representativo e comprobatório de crédito preexistente (venda de mercadoria a prazo), destinado a aceite e pagamento por parte do comprador, circulável por meio de endosso, e sujeito à disciplina do direito cambiário.

Tem função comercial e substitui a letra de câmbio e a nota promissória como documento representativo do saque aplicado só e somente só à entrega efetiva de mercadorias ou prestação de serviços.

A prescrição na duplicata se dá contra o sacado e respectivos

avalistas em três anos, contados da data do protesto, contra o endossante e seus avalistas, em um ano, contado da data do protesto, de qualquer dos coobrigados contra os demais em um ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título.

A ação para cobrança será sempre a execução. Eis que se classifica como título executivo extrajudicial, quer pela sua natureza (art. 15 da Lei de Duplicatas), quer pela ordem emanada do Código de Processo Civil (art. 585, I).

Todavia, se a duplicata não estiver aceita e não protestada, se protestada por indicação em que não constem documento que comprove a entrega da mercadoria e se estiver prescrita caberá ação ordinária, por ter havido a descambiarização da obrigação.

Neste tipo de ação o credor/autor deverá provar o cumprimento do contrato de compra e venda para haver o que é devido pela sentença final e sua execução, entretanto o fundamento da ação será com base na relação de causa

fundamental e não mais no próprio título.

Cuide-se que no cheque a situação é peculiar.

Se trata de ordem de pagamento à vista sobre certa quantia à pessoa determinada

Assim como nos demais títulos de crédito, a ação para *cobrança* é a. executiva. É o que dispõe o art. 47 e incisos: pode o portador promover a execução do cheque apresentado em tempo hábil com a prova da recusa do pagamento escrita e datada sobre o cheque, ou ainda por declaração escrita e datada de câmara de compensação.

Note-se que em duas específicas hipóteses, pode-se discutir a causa de relação fundamental ou de emissão, quando houver prova de novação e provar-se que o pagamento não foi feito (art. 62, Lei de Cheque), ou então quando o cheque indicar a nota, fatura, conta cambial, a cujo pagamento se destina ou outra causa da sua emissão (art. 28 Lei de Cheque).

Mas é nos prazos do artigo 59 da lei de Cheque e seguinte é que começa o problema.

Contados do final do prazo de apresentação seis meses, tem o portador ação executiva para a cobrança do título. Terminados os seis meses, inicia-se a contagem de dois anos quando terá o portador a ação de locupletamento, que tem rito ordinário, onde a ação funda-se ainda na existência do cheque, e da obrigação contida em seu bojo.

Mas a pergunta é. Não houve a descambiarização da obrigação em relação ao título com a ocorrência da prescrição? Parece que não. O legislador no artigo art. 61 da lei de Cheque criou a ação de enriquecimento injusto, contra emitente e coobrigados que se locupletaram Injustamente com o não pagamento do cheque. Isto quer dizer que a ação ainda é fundada no cheque. Se decorridos os dois anos ocorre então decadência e o direito contido na cártula de vez deixa de existir no mundo jurídico, não podendo então ser promovida nenhuma ação que se funde na existência do cheque.

A solução aqui vem da duplicata (lei nº 5.474/68) que após a descambiarização da

obrigação admite a ação ordinária de cobrança, mas agora com base na causa de relação fundamental.

Por tudo isto parece-me evidente, "data maxima venia" de eventuais opiniões em sentido contrário, o descabimento da ação monitória nas hipóteses vertentes, por absoluta desnecessidade.

11 - Pontos Bases

A relação entre os títulos de crédito e a ação monitória enfrentam sérios problemas.

O primeiro deles é justamente a já existência de institutos próprios em leis especiais que regem o assunto. Todas as leis especiais sobre títulos de crédito já prevêm ações ordinárias de cobrança, de locupletamento ilícito, de enriquecimento injusto, que substituem a ação monitória.

Em segundo lugar a ação monitória é de natureza meramente instrumental, o que quer dizer que não se presta a criar direito. Tarefa reservada ao direito material. Ademais a promulgação e entrada em vigência da lei nº 9.079/95, alterou o Código de Processo Civil e

criou a ação monitória não revogou ou modificou os dispositivos cambiais. É que a primeira se trata de lei geral, motivo pelo qual, ainda que mais nova, não tem o condão de modificar lei especial mais velha (artigo 2º, §1º do Dec. Lei nº 4.657/42).

12 - Conclusão

Resta então concluir que a ação monitória, na forma em que foi criada padecerá com certeza, devido às suas inexatidões. O legislador quando a criou não acautelou-se das vicissitudes existentes, não obedeceu ao sistema jurídico existente. As ressalvas deveriam ser buscadas com exatidão, afim de que o jurista não acresça mais problemas. A lei cuida de dar soluções a problemas já existentes, ou seja, cria regras para a organização do meio jurídico e não regras para a desorganização.

A criação da ação monitória, foi descuidada, negligente e desmotivada.

Deveria sim obedecer a toda uma sistemática, com regras de competência especiais em razão

da matéria, facultatividade de escolha pelo interessado, não processamento pelo juiz, utilização de impresso para notificação e contra-notificação, somente ir ao judiciário se houver contra-notificação, ou se não houver contra-notificação prosseguir com a execução pelas vias judiciais e a total informatização.⁸

Note-se que o legislador brasileiro, não utilizou-se da larga experiência alemã a respeito do

assunto. Lá a ação monitória inicia-se longe do judiciário, cumprindo seu objetivo, caso o devedor reconheça o pedido. Aqui, nasceu vinculada ao judiciário e com a intenção de atravancar ainda mais os serviços daquele poder. Melhor seria revogar logo os artigos 1102 a e seguintes do Código de Processo Civil, devido à grande balbúrdia jurídica que vem desencadeando.

⁸ Reforma do Código de Processo Civil - coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira - São Paulo Saraiva- 1996 . Página 459.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo
(coord.).

Reforma do Código de Processo
Civil, São Paulo, Saraiva,
1996

DINAMARCO, Cândido Rangel -
A Reforma do Código de
Processo Civil- Malheiros-
1995.

ALVIM, J. E. Carreira -
Procedimento Monitório -
Juruá -1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto
- Código de Processo Civil
Anotado - Forense -1995.

Dicionário Prático Ilustrado -
Lello & Irmão Editora -
Porto-1958

BULGARELLI, Waldírio - Títulos
de Crédito Atlas-1996

REQUIÃO, Rubens - Curso de
Direito Comercial- Saraiva -
1988.