

A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO MONITÓRIO EM FACE DA FALÊNCIA DA ORDINARIEDADE CLÁSSICA¹

THE DEMOCRATIC ILLEGITIMACY OF THE
MONITORY PROCESS FACE TO THE COLLAPSE OF THE CLASSIC ORDINARINESS

Talita Késsia Andrade Leite²

Resumo

Este estudo tem como objetivo questionar a legitimidade democrática do processo monitorio diante do processo comum ordinário em face das garantias e princípios processuais constitucionais. Neste artigo, critica-se a técnica do contraditório invertido empregada naquele processo em um momento em que se pensa uma nova legislação processual civil brasileira comprometida com a celeridade, mediante a sumarização da cognição.

Palavras-Chave: Processo monitorio. Contraditório. Ilegitimidade democrática.

Abstract

This study aims to question the democratic legitimacy of the monitorio process before the ordinary common process in the face of constitutional guarantees and procedural principles. This article criticizes the technique of adversary reversed at a time when is thought in a new civil procedural Brazilian law committed to speed, through the summarization of cognition.

Keywords: Monitorio process. Contradictory. Democratic illegitimacy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo monitorio. 2.1. Conceito e finalidade. 2.2. O rito especial estabelecido pela Lei 9.079/1995. 2.3. A anomalia do contraditório invertido. 3. A evolução das principais teorias do processo até o advento da teoria neoinstitucionalista. 4. O princípio do contraditório na construção de um provimento democrático. 5. A natureza jurídica do processo monitorio e a falência da

¹ Artigo recebido em: 05/05/2011. Pareceres emitidos em: 30/05/2010 e 20/07/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Acadêmica do 9º (nono) período da Faculdade de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix integrante da Rede Metodista de Educação – BH/MG. Endereço eletrônico: talitakessia@uol.com.br. Artigo orientado por Maria Luisa Costa Magalhães. Mestre em Direito Processual Civil (PUC MINAS); escritora; professora acadêmica. E-mail: mlcmagalhaes@yahoo.com.br.

ordinariedade clássica. 6. O processo monitorio no Anteprojeto do CPC. PLS 166/2010. 7. Conclusão. 8. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem como modelo de proteção social a seguridade que visa a cobertura universal dos direitos dos cidadãos e a concessão do mínimo vital aos que dele fazem parte.

Dentro deste paradigma, os princípios institutivos fundamentais que tangem o processo, como a garantia apta a efetivar ao jurisdicionado a tutela de seus direitos fundamentais positivados na Constituição e o exato cumprimento do ordenamento jurídico pátrio são três, segundo a classificação do professor Rosemiro Pereira Leal: o contraditório, a ampla defesa e a isonomia (LEAL, 2008, p. 86-90).

Tendo em vista o desrespeito a estes princípios constitucionais no processo monitorio brasileiro, neste artigo se busca a análise da ilegitimidade democrática deste à luz dos princípios constitucionais processuais.

O processo monitorio, que foi instituído no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 9.079 de 14.07.1995 com novos fundamentos em relação à semelhante Ação de Assinação de Dez Dias prevista nas Ordenações Filipinas, Título 25 do Livro III, também pela Consolidação das Leis do Processo Civil, art. 719 e ss. e pelo regulamento 737 (PARIZATTO, 2010, p. 1), trouxe o advento de uma nova ação que deve ser analisada sobre os princípios que regem o processo constitucional, previstos no art. 5º, LV da Constituição de 1988³, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório, visto que o processo monitorio contém uma anomalia, ao permitir muito mais do que a concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, já incorporada nos procedimentos comuns ordinários, mas também a inversão do contraditório, que fica a cargo do réu, sem a completa cognição inicial típica dos procedimentos regidos pelo rito ordinário.

³ Art. 5º, LV da CR/88. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

1 O PROCESSO MONITÓRIO

1.1 Conceito e Finalidade

Segundo Plácido e Silva (2007, p. 926) o mandado monitorio ou injuntivo é uma “ordem ou mandado judicial”.

Este não se confunde com o mandado de injunção constitucional, por ter natureza processual civil e objetivos completamente diferentes. Enquanto o segundo visa conceder um mandado ao impetrante que se encontre prejudicado no exercício de suas liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania pela ausência de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI da CR/88), o primeiro prevê a formação de um título executivo judicial advindo de um documento sem eficácia executiva.

Alexandre Freitas Câmara (2010, v. 3, p. 483) o conceituou como “o procedimento especial destinado a permitir a rápida formação de título executivo judicial.”

Ernane Fidélis dos Santos (*Apud* PARIZATTO, 2010, p. 3) diz:

O fim específico do procedimento monitorio é a formação de título executivo e o objetivo do pedido, em primeiro plano, é de recebimento coativo da dívida; logo, de execução. Os atos que seriam próprios de processo de conhecimento não se concluem como tais, porque o procedimento completo não enseja seu término por sentença jurisdicional. Objetivando, pois a execução, tais atos são mero adendo, de natureza preparatória do processo respectivo.

Humberto Theodoro Jr., na obra “As inovações do Código de Processo Civil”, contundentemente citada por Alexandre Freitas Câmara se exprimiu:

[...] Isto porque sua característica maior está na função que cumpre de propiciar ao autor, o mais rápido possível, o título executivo e, com isso, o imediato acesso à execução forçada (*Apud* CÂMARA, 2010, v. 3, p. 483).

A exposição de motivos da Lei 9.079/95 datada de 13 de abril de 1993 desenvolvida pelo Ministério da Justiça elenca os objetivos da ação monitoria:

Com o objetivo de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil, a proposta introduz, no atual direito brasileiro, a ação monitoria, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo a nossa realidade, com as cautelas que a inovação recomenda. A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes também no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, controlando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário (*Apud* PARIZATTO, 2010, p. 5).

O processo monitorio pode ser caracterizado, em geral, por ter o rito diferenciado do procedimento comum ordinário ou sumário, pela característica da célere entrega da prestação jurisdicional, pela diminuição de prazos, além de apresentar uma sequência de atos diversa. Nem tanto se assemelha a outros procedimentos especiais que têm o rito ligado ao direito material tutelado na lide como característica marcante.

Há uma discrepância na doutrina sobre a real e devida denominação do processo monitorio. Alguns o chamam de processo, outros de ação e outros de procedimento. Entre os que o denomina processo está Antônio Carlos Marcato. A crítica que se faz a esse entendimento é que se a instrução monitoria for um processo, deveria ser tangido pelo contraditório desde seu início, proporcionando a participação do devedor desde a formação do mandado injuntivo até a prolação da sentença.

Aos defensores da nomeação de “ação monitoria”, que é a denominação presente no Código de Processo Civil, infere-se que a conceituação de ação como “direito público subjetivo, autônomo e instrumental, dirigido contra o Estado” (MARCATO, 2007, p. 11) é algo que compõe o procedimento que levará ao processo. Portanto, a concatenação de atos que levarão ao procedimento final não pode ser chamada de ação, visto que a ação é a parte inicial do impulso a se formar a lide e o processo.

Diante das explanações, entendemos que a melhor forma a se denominar a monitoria é procedimento monitorio, mas aqui continuaremos a chamá-la de processo monitorio, tendo em vista o questionamento de sua legitimidade democrática.

1.2 O Rito Especial Estabelecido pela Lei 9.079/1995

O procedimento do processo monitorio está previsto do artigo 1.102-A ao 1.102-C do CPC. Trata-se de um “[...] processo de conhecimento de rito especial (cognição sumária), na sua primeira fase, podendo prosseguir, numa segunda fase, com o rito ordinário, dependendo do comportamento do devedor” (ALVIM, 2008, p. 38).

O art. 1.102-A do CPC⁴ prevê a possibilidade do credor, que não porte de pronto documento com eficácia de título executivo judicial ou extrajudicial – elencados no art. 475-N do CPC e art. 585 do CPC, respectivamente – promover a formação de um título executivo judicial através de um procedimento mais célere do que o previsto no procedimento comum, ordinário ou sumário. Para isso basta que porte um documento escrito – o qual erroneamente, o art. 1.102-A do CPC denomina de prova escrita – a que se tem como exemplo o cheque prescrito, os livros comerciais e a confissão escrita de dívida. No que dizem respeito à prova escrita, os artigos 371⁵ e 376⁶ do CPC são totalmente aplicáveis.

Entende-se como prova aquela que é capaz de sinalizar fatos ou acontecimentos os quais fundamentem a ação ou a defesa. Esta prova deverá ser submetida ao contraditório direto entre as partes, ou seja, ela deve ser avaliada e questionada mediante a participação das partes para a formação do provimento. Uma prova, segundo os moldes constitucionais da ampla defesa e do contraditório não pode formar um título executivo judicial de pronto, sem a oitiva da parte contrária. Por isso entende-se que a prova escrita, requisito mínimo a formação do mandado monitorio deve ser entendida como um documento escrito.

⁴ Art. 1.102 A do CPC. A ação monitoria 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.

⁵ Art. 371 do CPC. Reputa-se autor do documento particular: I - aquele que o fez e o assinou; II - aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.

⁶ Art. 376 do CPC. As cartas, bem como os registros domésticos, provam contra quem os escreveu quando: I - enunciam o recebimento de um crédito; II - contêm anotação, que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; III - expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.

O art. 1.102-A do CPC também esclarece que o processo monitorio somente terá como objetivo a obtenção de mandado de pagamento de quantia certa ou mandado de entrega de coisa móvel fungível incerta ou de entrega de certo bem móvel.

Ao receber a inicial, o juiz verificará a presença das condições da ação monitoria, dos pressupostos processuais positivos e negativos e valorará a prova escrita.

Aqui, vale recordar o objeto das condições da ação e os pressupostos processuais.

As condições da ação monitoria são as mesmas de qualquer ação ordinária. Configuram-se nos requisitos necessários para a análise do mérito processual. São elas: a legitimidade; a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, expresso pelo binômio: necessidade e adequação. A sua falta leva a extinção do processo sem a análise do mérito.

É necessário citar Marcato (2007, p. 293), o qual afirma que a análise das condições da ação se dará apenas no início, na análise da petição inicial.

Os pressupostos processuais são os necessários para a existência regular e válida da relação processual (pressupostos de existência) ou para o desenvolvimento regular do processo (pressupostos de desenvolvimento). Eles se dividem em subjetivos ou positivos e em objetivos ou negativos.

Os positivos devem estar presentes na lide e são: a competência do juiz para a causa; capacidade civil das partes e a representação por advogado. Já a presença dos pressupostos objetivos ou negativos macula o desenvolvimento do processo, são p. ex. a litispendência, a coisa julgada, a convenção de arbitragem.

As irregularidades devem ser corrigidas, se possível, na fase de saneamento, se não, proceder-se-á a extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 327 c/c art. 329, ambos do CPC).

Estando a inicial apta, o magistrado expedirá o mandado de citação que também é de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 (quinze) dias (art.

1.102-B do CPC).⁷ O réu terá o mesmo prazo para oferecer os embargos à ação monitória (art. 1.102-C do CPC).⁸ É necessário enfatizar que, segundo a Súmula 282⁹ do STJ e de acordo com o entendimento de alguns tribunais, como o Tribunal de Justiça Mineiro, a citação ficta poderá ser utilizada caso não seja encontrado o réu ou se ele se ocultar. Se a obrigação não for cumprida ou não forem opostos os embargos, o mandado estará pronto a ser convertido em título executivo judicial, por “sentença meramente declaratória da existência do direito do demandante” (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 513), ou seja, que “declara a existência de uma relação jurídica pré-existente” (THEODORO JÚNIOR, 2008, v.1, p. 515), já reconhecida no mandado monitório.

Cabe ressaltar que a conversão do mandado monitório em título executivo judicial se dará se não houver a interposição de embargos pelo devedor no referido prazo ou se estes forem julgados improcedentes. Dessa sentença condenatória liminar não cabe recurso, apenas os embargos. A partir de então, seguir-se-á o procedimento do art. 475-I e ss. do CPC, que trata do cumprimento de sentença.

Os embargos – que independem da prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário – se interpostos, suspenderão a eficácia do mandado inicial (art. 1.102-C do CPC). Observe que a não interposição dos embargos gera um efeito mais gravoso do que os da revelia, que é a formação de um título executivo judicial de pronto contra o devedor, que quiçá restará citado, visto as hipóteses de citação ficta permitidas pela súmula 282 do STJ.

Os embargos têm natureza de contestação, pois devolvem ao juízo o completo exame dos fatos e do fundamento, da relação jurídica em litígio. Esta natureza jurídica assemelha os embargos em monitória ao procedimento instituído pela Lei 11.232/2005 que afastou a natureza de processo autônomo da defesa do

⁷ Art. 1.102. B do CPC. Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

⁸ Art. 1.102-C do CPC. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

⁹ Súmula 282 do STJ. Cabe a citação por edital em ação monitória.

executado em execução de sentença, atual cumprimento de sentença, tratando-a como mero incidente processual (artigos 475-L e 475-M do CPC).

No que pese a crítica a ser tecida quanto ao contraditório no processo monitorio, Alexandre Freitas Câmara disserta sobre a natureza jurídica dos embargos:

Apenas a afirmação de que os embargos têm natureza de contestação é que permite assegurar o respeito ao contraditório dentro do procedimento monitorio, permitindo afirmar ser ele, verdadeiramente, um processo de conhecimento (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 510).

Verifica-se, portanto que apesar dos embargos devolverem ao juízo o exame dos fatos e do fundamento da lide, o momento de exercício do contraditório no processo monitorio é o incorreto.

Como se sabe, o contraditório, como concebido desde o princípio pela doutrina processual, deve ser exercido desde o início da lide, não apenas de forma rápida e invertida tal como ocorre no processo monitorio. É possível verificar que no monitorio, inicialmente, o autor tem para si 60% de razão, os outros 40% serão exercidos pelo réu, se forem interpostos os embargos, em contraditório invertido. Se o devedor for citado por hora certa ou por edital, que são citações fictas, o benefício parcial inicial do credor se transforma em benefício total, de 100%, após o prazo de 15 dias sem resposta.

Enfatiza-se que apesar da oportunidade de defesa por intermédio dos embargos, infere-se que no processo monitorio o devedor, mesmo citado por edital (Súmula 282 do STJ), que é citação ficta, poderá ter um título executivo judicial formado contra si.

O extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais já admitia em algumas decisões que a citação por hora certa no processo monitorio é cabível, como se vê nos acórdãos transcritos abaixo:

MONITÓRIA. CITAÇÃO COM HORA CERTA. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DO REVEL NO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS APRESENTADOS PELO CURADOR ESPECIAL. É possível a CITAÇÃO com HORA certa na AÇÃO MONITÓRIA, uma vez que não existe norma legal obstando tal conduta. Quando o

procedimento especial não trata de determinado ato processual de forma excepcional, utiliza-se subsidiariamente o procedimento ordinário. A condenação nos ônus sucumbenciais é sempre obrigatória, podendo ser suspensa a obrigação, quando a parte encontrar-se sob o pálio da assistência judiciária gratuita. (MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada. Apelação cível nº: 2.0000.00.460542-9/000(1). Relator: Exmo. Sr. Des. Nilo Lacerda, 2004. AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE CITAÇÃO POR HORA CERTA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO REFORMADA. À inteligência do artigo 227, do Código de Processo Civil, quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar. (MINAS GERAIS, Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.382289-9/000(1). Relator: Exmo. Sr. Des. Batista Franco, 2003.

Há decisões no mesmo sentido na atual composição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se vê reproduzido na ementa abaixo:

PROCESSO CIVIL. AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NULIDADE DE CITAÇÃO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. OBSERVÂNCIA DO REQUISITO OBJETIVO E SUBJETIVO. DECISÃO MANTIDA. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.0702.08.471550-8/001. COMARCA DE UBERLÂNDIA. Relator: Exmo. Sr. Des. Alberto Henrique, 2009).

Ainda que afirmem que a nomeação de curador especial supre a presença do réu citado por hora certa ou por edital, é certo que a defesa por curador especial é genérica e restringe a ampla defesa e o contraditório do réu, pois o curador especial não portará provas necessárias a contradizer as alegações iniciais que levarão a formação de um título executivo, ou seja, curador especial não portará elementos suficientes para afirmar que o débito foi extinto por qualquer uma das formas de extinção das obrigações tais como o adimplemento, a novação, a compensação e a dação em pagamento, se forem o caso e até mesmo a inexistência da dívida, pleiteada por qualquer documento escrito.

A solução correta é a de impossibilitar a citação ficta no processo monitorio, devendo-se resolver de forma que se o devedor não é encontrado ou se oculta, o credor deverá propor outra ação, agora de cobrança, pelo rito comum ordinário, como afirma Alexandre Freitas Câmara:

Assim sendo, parece-nos que nos casos em que não se puder fazer a citação real, deverá ser extinto o procedimento monitorio, sem resolução do mérito, para que se busque a tutela jurisdicional pelas vias ordinárias (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 502).

A celeridade imprimida na monitoria restringe as garantias fundamentais do cidadão, que não pode ser penalizado a mais por uma dívida a qual pode ser inexistente, uma vez que a sua falta de participação na formação do título executivo judicial, mesmo que tenha a motivação de se ocultar, não pode levar a presunção de absoluta veracidade e a consequente formação de um título de pronto.

Observa-se, portanto que os efeitos advindos dessa técnica são mais gravosos do que a presunção de veracidade e da desnecessidade de intimações, ambos decorrentes da revelia. Isso porque a presunção de veracidade na monitoria leva a formação de um título executivo judicial após o prazo de 15 dias dedicados aos embargos. Como não haverá intimação para os atos posteriores, pois o título executivo judicial já estará formado, não restará ao réu tempo para interferir no processo que corre contra ele, como permite o art. 322, parágrafo único do CPC¹⁰, quando trata da revelia.

O acórdão abaixo, proferido em julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais versa sobre a contestada possibilidade de nomeação do curador especial no processo monitorio:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DECISÃO QUE TORNOU NULO O FEITO. ARTIGO 247, CPC. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. Registro que sem a devida citação do réu não se aperfeiçoa a relação processual. A citação editalícia, como medida excepcional que é, não comporta qualquer tipo de irregularidade, que, por si só, já é suficiente para causar inequívoco prejuízo ao réu, por ocasionar verdadeiro cerceamento de sua defesa, por não atingir seu efetivo objetivo de levar a conhecimento da parte a existência de demanda contra ela proposta, conferindo-lhe, ainda, a oportunidade de, querendo, contestá-la. Inteligência do artigo 247 do Estatuto Processual Civil. V.v. Não há que se falar em nulidade processual quando o autor foi citado por edital, sendo-lhe nomeado curador especial que apresentou a defesa na forma que entendeu devida. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 1.0684.07.001076-5/003(1) Relator: Exmo. Sr. Des. (a) Rogério Medeiros, 2010.

¹⁰ Art. 322 do CPC. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório. Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Cumprido o mandado, o procedimento se extingue e o réu ficará isento de custas e honorários de advogado (art. 1.102-C, § 1º, do CPC).

A partir da citação do réu para cumprir a obrigação ou oferecer os embargos, se verifica o fenômeno do contraditório invertido, citado acima, próprio da ação monitória e que será tratado abaixo com maior clareza.

1.3 A Anomalia do Contraditório Invertido

No que pese o rito diferenciado, que tem influência do Direito Italiano, a previsão legal de uma condenação em cognição sumária, antes de ouvir o réu, em contraditório invertido é uma deformidade jurídica.

O contraditório invertido volta ao avesso a iniciativa de contradizer, a qual passa do autor para o réu, pelos embargos, após a prolação de uma sentença condenatória liminar, que determina o cumprimento de uma obrigação pleiteada inicialmente pelo credor.

Após a condenação liminar, o devedor deverá ser citado para pagar, entregar a coisa ou apresentar embargos.

Dessa forma, o devedor que foi presumidamente citado, pois como visto, a citação ficta é válida aqui, terá um título que valha contra si com eficácia de sentença, sem dela podendo recorrer, pois não há recurso cabível contra a sentença condenatória liminar, já que os embargos foram previstos em lei para a defesa do réu.

Reitera-se que a nomeação de curador especial (art. 9º do CPC) em nada regularia o procedimento, pois o demandado não foi regularmente ouvido sobre a realidade dos fatos e a sua vontade.

A presunção é de que se o devedor se mantiver inerte o prazo para embargos – o que é totalmente provável, diante da citação ficta – restará prejudicado em face de uma sentença sobre a qual não é possível recorrer.

A inconstitucionalidade do processo monitório em face do contraditório e da ampla defesa constitucional resta gritante.

O processo monitorio é incomum ao restante do processo civil constitucional, pois deforma o amplo rol de garantias constitucionais perseguidas por anos pelo cidadão brasileiro e que foram concretizadas com a Constituição de 1988.

As reformas processuais que estão prestes a vir transformar os instrumentos processuais inaugurarão uma nova fase de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais se incorporarem no texto legal as características de um processo anormal, como a do contraditório invertido do monitorio. O farão, pois o contraditório invertido é uma anomalia que fulmina do indivíduo o direito de participar da construção do provimento que influenciará no seu patrimônio, desde o início do procedimento.

É certo que, até o presente momento, não conta o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, com dispositivos que se assemelhem a sentença liminar de mérito e o contraditório invertido da monitoria. Se assim permanecer, bem fará o legislador, pois diante do processo civil constitucional, estará o devedor melhor tutelado em seus direitos fundamentais, certo de que será citado para se defender antes da formação de um título executivo judicial contra si.

2 A EVOLUÇÃO DAS PRINCIPAIS TEORIAS DO PROCESSO ATÉ O ADVENTO DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA

Para a teoria da Relação Jurídica instituída por Bülow, o processo é concebido como um “vínculo de subordinação” (*Apud* LEAL, 2008, p. 285) entre as partes e o Estado-Juiz, manifestado em uma relação triangular. Atualmente, esta teoria está afigurada no instrumentalismo processual segundo a qual o processo é concebido como um instrumento de pacificação social (Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entre outros).

No entanto, como defende a escola instrumentalista do processo, no início da democratização processual surgiu uma nova teoria que conceituou o processo como um procedimento em contraditório. Seu precursor foi Elio Fazzalari, da escola Estruturalista do Processo.

Aroldo Plínio Gonçalves bem caracteriza os ensinamentos doutrinários de Fazzalari ao dizer:

O processo começa e se define pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles: [...] (GONÇALVES, 2001, p. 113).

Sobre o assunto, Alexandre Freitas Câmara (2010, v.3, p. 277) afirma que internamente, o processo é uma relação jurídica, entretanto, externamente, ele é um procedimento em contraditório.

O estudo aprofundado do tema levou a Teoria Neoinstitucionalista que definiu o processo, além do contraditório, pelos princípios da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e da justiça gratuita. Segundo o Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal, instituidor desta doutrina, afirma-se que:

A teoria neo-institucionalista do processo nenhuma relação apresenta com as demais teorias que, ao se proporem a instrumentalizar soluções de conflitos numa sociedade pressuposta, não se comprometem com a auto-inclusão processual de todos os direitos fundamentais, sem os quais se praticaria, a nosso ver, a tirania da ocultação dos problemas jurídicos e não sua resolução compartilhada (LEAL, 2008, p. 88).

Dentro deste prisma constitucional, o processo não deve ser visto totalmente desvinculado do direito material, como queria a relação jurídica, apesar de dotada das peculiaridades da época de sua criação no Estado Liberal. Verifica-se que o processo deve ser entendido como o meio de tutela dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com o caso concreto.

O procedimento deve estar voltado à realização do direito material, segundo os princípios e garantias constitucionais, de forma a influenciar o legislador e o juiz, respectivamente, na elaboração da lei e no julgamento da causa.

Ensina o instrumentalista Marinoni que:

Eis o motivo pelo qual o processo, no Estado contemporâneo, tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidade do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto. É nesse sentido que se diz que o direito fundamental à tutela jurisdicional, além de constituir uma garantia ao titular do direito à tutela do direito material, incide sobre o legislador e o juiz (MARINONI, 2008, v.1, p. 419).

Pela análise feita, é possível perceber a diferença do procedimento ordinário e do processo monitorio no que tange a garantia do contraditório e da ampla defesa.

A primeira diz respeito ao não cabimento de recurso no processo monitorio, após a condenação liminar – feita em cognição sumária, fundada em juízo de probabilidade – mas apenas dos embargos. No procedimento ordinário, o recurso mais adequado contra a decisão que defere a antecipação de tutela é o agravo de instrumento, diante da urgência na reforma da decisão, embora também previsto o agravo retido.

A segunda se refere ao momento do contraditório, que será invertido, disponibilizado após uma citação que poderá ser ficta (Súmula 282 do STJ).

Em prol da celeridade, todas as características discrepantes do processo monitorio, em relação ao ordinário, deformam o objetivo das teorias processuais construídas após Fazzalari, as quais prezam pela oportunização do contraditório em paridade de armas.

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA CONSTRUÇÃO DE UM PROVIMENTO DEMOCRÁTICO

O contraditório, segundo Nelson Nery, é “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.” (NERY JUNIOR, 2002, p. 137). Esse princípio proporciona às partes oportunidade de se manifestarem sobre documentos juntados aos autos, decisões judiciais, manifestações da parte contrária, tudo de forma a garantir que o provimento final seja construído de maneira a atender o direito pleiteado por elas, de acordo com a norma jurídica fundamental, a Constituição.

Ao tratar sobre o contraditório na construção de um provimento democrático, a questão é se o processo monitorio é digno de ser denominado “processo”, visto a inexistência do contraditório oportuno entre as partes para a formação da sentença condenatória liminar, que exige do credor o adimplemento da obrigação, sem antes ouvi-lo sobre a licitude daquela cobrança. Como há muito se sabe o procedimento somente será processo se respeitado o princípio do contraditório no decorrer da construção do provimento. Vejamos as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

[...] O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento [...] (GONÇALVES, 2001, p. 102).

Em seu texto o mesmo autor cita Fazzalari ao dizer:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos (*Apud* GONÇALVES, 2001, p. 115).

Sobre a mesma temática, Luiz Guilherme Marinoni confirma a natureza participativa do processo como instrumento legitimador para o exercício da jurisdição e a realização de seus objetivos, diz ele:

Exatamente porque o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, é que ele deve se desenvolver de modo a propiciar a efetiva participação das partes. Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização dos seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a idéia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder (MARINONI, 2008, v. 1, p. 451).

Elio Fazzalari caracteriza o contraditório como legitimador para a ação, ao afirmar:

A participação dos sujeitos no processo, enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado, constitui, como se verá, a sua “legitimação para agir”. [...] A própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um “interessado” e um “contra-interessado”, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais (FAZZALARI, 2006, p. 121-2).

O fruto direto do procedimento é o provimento estatal. Este é concebido como o ato final de sua estrutura, o qual é preparado pelos interessados de quem interferirá no patrimônio pessoal e pelo seu autor que é o Estado-Juiz.

No Estado Democrático de Direito, este provimento somente pode ser concebido se nele contiver o princípio do contraditório, que é entendido como a “*simétrica paridade*” (FAZZALARI *Apud* GONÇALVES, 2001, p.115) da participação entre as partes, sujeitos processuais diretamente interessados no ato¹¹.

Portanto, o procedimento é apresentado por Fazzalari e pelas doutrinas posteriores como uma conexão de atos, normas e posturas subjetivas, que levarão à formação de um provimento jurisdicional, mas que somente terá legitimidade constitucional e será elevado ao nível de processo se construído sobre a base do contraditório. Dessa forma, o autor italiano classificou o procedimento como gênero e o processo como a espécie.

Na atualidade Aroldo Plínio Gonçalves, bem caracteriza o procedimento tal como foi construído desde Erico Redenti “entendendo o processo como a atividade destinada à formação do provimento jurisdicional” (2001, p. 104), passando por Liebman que caracteriza a estrutura do procedimento “em que os atos processuais formam elos de uma corrente” (2001, p. 105), no entanto separando o processo de procedimento e afirmando poderem existir vários procedimentos inseridos dentro de um processo até chegar ao cerne do conceito construído por Fazzalari.

¹¹ Ao dissertar sobre o contraditório na medida cautelar de arresto, disse Alexandre Freitas Câmara disse: “Faz-se esta afirmação porque a prova colhida em audiência de justificação é unilateral, sem que de sua produção participe o demandado. Admitir-se a concessão do arresto cautelar sem que se permitisse ao demandado participar da instrução probatória seria uma violência ao princípio do contraditório, o qual – relembre-se – é não só uma garantia fundamental insculpida na Constituição da República, mas também um dos elementos integrantes do próprio conceito de processo. Onde não há contraditório, recorde-se, não há processo, não sendo, pois, legítimo o ato estatal produzido sem observância de tal princípio (CÂMARA, 2010, p. 107).

Assim, busca-se um contraditório que permita a ambas as partes exercerem os seus direitos constitucionalmente garantidos de forma igual, nos limites das desigualdades, em plena “*paridade de armas*” – teoria doutrinária citada por Fazzalari (FAZZALARI, 2006, p. 121).

Pela “*paridade de armas*” o CPC garante a inversão do ônus da prova no art. 333, parágrafo único¹², de acordo com o direito material violado, como garantia da igualdade formal e do contraditório entre as partes.

Dentro do mesmo raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni instituiu a sua teoria que tem como escopo construir as bases para um procedimento adequado a atender todas as necessidades dos direitos fundamentais.

O supracitado autor determinou que para ser democrático, além de cumprir os preceitos constitucionais concebidos em direitos fundamentais como a motivação, publicidade, imparcialidade do juiz e o contraditório, de forma a permitir a correta e eficaz efetivação do “*devido processo legal*”, o processo deve ser legitimado pela participação em contraditório; deve ser legítimo, com uma técnica adequada à tutela do direito material específico e dos direitos fundamentais; e ainda, produzir uma decisão legítima, que é estabelecida mediante o confronto dos princípios fundamentais com a norma infraconstitucional, em um pleno controle jurisdicional das leis editadas pelos parlamentares.

No que pese a crítica da escola Neoinstitucionalista do processo, que conceitua o processo como uma garantia constitucional, a escola instrumentalista do processo da qual Luiz Guilherme Marinoni faz parte, entende que o contraditório é a participação do juiz e das partes no processo, visto como instrumento de poder, pois interferirá no patrimônio destas, através da prolação de um provimento final.

No processo, o juiz representa o Estado na construção do provimento e as partes são as diretamente interessadas neste, por isso devem influir no convencimento do magistrado e apresentar oposição ao oponente, pleitear pela

¹² Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

publicidade dos atos processuais e pela fundamentação das decisões. Marinoni afirma a necessidade de participação das partes na construção do provimento final:

No procedimento participam o juiz e as partes. O juiz exerce o poder jurisdicional, enquanto as partes são atingidas pelos seus efeitos, particularmente pelos efeitos da decisão final, que constitui a expressão mais importante do exercício do poder pelo juiz (MARINONI, 2008, v.1, p. 453).

Marinoni sabiamente citou Cadiet que expôs sobre a amplitude do contraditório, a ser imposto ao juiz, para o correto esclarecimento e solução do litígio. Disse ele:

O contraditório serve ao litígio na medida em que é o instrumento para a elaboração do juízo; é a confrontação dos meios apresentados pelas partes, que permite ao juiz solucionar o litígio ajustando a sua decisão ao mais perto possível da verdade dos fatos. Esta função explica o regime do contraditório, que não se impõe apenas às partes, mas também ao juiz (CADIET *Apud* MARINONI, v. 1, p. 414).

Inferre-se, portanto, sobre a legitimidade da decisão de um juiz que não é mais inerte, como no Estado Liberal, mas que pode agir e determinar provas *ex officio*.

Dessa forma, o magistrado que age de ofício deve ter a sua decisão legitimada pelo contraditório e pela participação das partes no litígio de forma a se buscar o devido processo legal e a decisão que mais atenda aos fins sociais no caso concreto.

Entende-se também que a decisão do juiz imparcial deve ter como fundamento a atuação voltada para a correta solução do litígio em decisão que indique os motivos do provimento. Assim, está nos artigos 130 e 131 do CPC que afirmam caber ao juiz, *ex officio* ou a requerimento da parte, determinar a instrução probatória, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, tendo também a liberdade na apreciação da prova e o poder de decidir de forma motivada, segundo os fatos e as circunstâncias presentes nos autos, ainda que não alegados pelas partes.

É necessário afirmar que a legitimidade da decisão também requer a repressão aos atos de litigância de má-fé das partes. O art. 18 do CPC¹³ impõe a condenação ao pagamento de multa, indenização e honorários advocatícios para aqueles que assim procederem.

Condenar liminarmente o réu, sem ouvi-lo e deixar a decisão jurisdicional (não recorrível) sujeita a suspensão pelos embargos, pelo prazo de 15 (quinze) dias foge à normalidade de um contraditório formal, distribuído em um procedimento linear, tal como vem sendo construído na doutrina processual ao passar dos anos.

O referido autor afirma também que para ser legítimo, o procedimento deve atender ao que promete o direito material, não podendo deste se desvincular, visto que exercem uma relação de dependência direta (MARINONI, 2008, v. 1, p. 452).

Ainda, deve proporcionar a todos o acesso universal à jurisdição (art. 5º, XXXV da CR/88), através da viabilização econômica e social aos que dela carecem, mas a ela não tem acesso.

A questão que se coloca neste momento, após o estudo da consistência do princípio do contraditório e a sua evolução é: se é o processo monitorio o adequado à participação das partes através do procedimento, que é compreendido como o direito de participação do sujeito na construção do provimento e solução da lide, em um Estado Democrático de Direito pautado sobre os princípios e garantias Constitucionais?

A Constituição esbanja garantias e dimensões maiores do que a almejada neste célere processo que tolhe os direitos processuais fundamentais do cidadão, como a ampla defesa e o contraditório, os quais foram construídos por décadas por aqueles que promulgaram a nossa Carta Maior. Neste momento, cabe citar, apesar da visão instrumentalista, mais uma vez o prof. Marinoni:

¹³ Art. 18 do CPC. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduzido com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o **instrumento** através do qual a jurisdição tutela os direitos na **dimensão da Constituição**. É o **módulo legal** que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, **colabora para a legitimidade da decisão**. É a **via que garante o acesso de todos** ao Poder Judiciário e, além disto, é o **conduto** para a **participação popular** no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais (MARINONI, 2008, v. 1, p. 465) [grifos do autor].

Como se viu, a legitimidade constitucional de um procedimento está fundamentada na participação das partes na construção do provimento e com os direitos fundamentais materiais, ligados à situação de fato, para que a tutela do direito seja plena e não fira as garantias conquistadas pelo cidadão, o que definitivamente, não ocorre na monitoria que é um processo retrógrado e inconstitucional.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO MONITÓRIO E A FALÊNCIA DA ORDINARIEDADE CLÁSSICA

Entramos aqui em um ponto crucial da explanação: a falência da ordinariedade clássica, tendo em vista a natureza jurídica do processo monitorio.

Numerosa parte da doutrina já afirmou que ação monitoria é um novo “aspecto extrínseco” (CÂMARA, 2010, v. 3, p. 485) que configura um novo tipo de processo, que estaria ao lado do procedimento cognitivo, do executivo e do cautelar. Carnelutti, o precursor dessa teoria afirmou que:

[...] a injunção constituiria, pois, um *tertium genus* (de processo), intermediário entre o de cognição e o de execução, resolvendo-se não num juízo imperativo, mas num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo (*Apud* ALVIM, 2008, p. 27).

No entanto, cabe fazer uma observação.

A teoria a qual define o processo monitorio como um procedimento intermediário entre a cognição e a execução e o diferencia do procedimento

ordinário clássico, pois o injuntivo prevê a possibilidade de dar início à execução sem a necessidade de um processo executivo autônomo, entrou em colapso diante da falência da ordinariedade clássica.

Diante das reformas processuais civis introduzidas pelas leis 10.444/2002 e 11.232/2005, as quais introduziram o sincretismo processual no processo civil brasileiro, alterando, respectivamente, os artigos referentes à execução de entrega de coisa (art. 461-A do CPC¹⁴) e pagar quantia certa (art. 475-I do CPC¹⁵), não há mais a necessidade de formação de um processo de execução autônomo após a fase de cognição para se executar a sentença judicial definitiva. A execução do título judicial, atualmente, dá-se nos mesmos autos do processo de conhecimento em que ele foi proferido.

Dessa forma, após a formação do título executivo judicial no processo monitorio, a execução será feita nos mesmos autos do processo, da mesma forma que ocorre no rito ordinário. É o que se pode verificar na redação do art. 1.102-C *caput* e § 3º do CPC que remete ao Livro I, Título VIII, Capítulo X, do CPC.

Verifica-se, portanto, a falência da ordinariedade clássica, pois algumas das principais características que diferenciavam o processo monitorio do procedimento ordinário clássico foram superadas pelas leis que reformaram o processo civil brasileiro, quais sejam: a Lei 10.444/2002 e a Lei 11.232/2005.

Propriamente, Chiovenda citado por J. E. Carreira Alvim elencou essa duas principais características, as quais seriam: “a ordem de prestação é expedida

¹⁴ Art. 461-A do CPC. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461. (Incluídos pela Lei nº 10.444, de 2002).

¹⁵ Art. 475-I do CPC. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. § 1o É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. § 2o Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta. (Incluídos pela Lei nº 11.232, de 2005).

inaudita altera parte, e sem cognição completa; e tem por fim, sobretudo, preparar a execução” (Apud ALVIM, 2008, p. 21).

A característica da sumariedade da decisão condenatória liminar em nada se afasta dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, predita no art. 273, § 3º do CPC¹⁶, com redação dada pela Lei 10.444/2002, o qual faz remissão ao art. 461-A do CPC, que exprime o sincretismo processual permitindo a tutela imediata nas obrigações de “entrega de coisa”, especificamente no §3º deste artigo que remete o art. 461, §5º do CPC¹⁷, com redação dada pela Lei 10.444/2002. A execução imediata das obrigações de pagar quantia certa está prevista no art. 475-I e ss., alterado pela lei 11.232/2005.

Neste caso, também há a tutela liminar da obrigação pleiteada, que poderá ser concedida *ex officio* sem a oitiva da parte contrária, se demonstrado os requisitos da cognição sumária, previstos no caput e incisos I e II do artigo 273 do CPC.¹⁸

A cognição sumária requer os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado, do *periculum in mora* que possa causar dano irreparável ou de difícil reparação, do manifesto abuso de direito do réu e a existência de pedido incontroverso. É necessário lembrar que o requisito da verossimilhança não se confunde com o *fumus boni iuris*, típico dos procedimentos cautelares, embora ambos serem formados em juízo de probabilidade.

A concessão da medida liminar *inaudita altera parte* não é mais uma característica própria do processo monitorio.

¹⁶ Art. 273 do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: § 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

¹⁷ Art. 461, §5º do CPC. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

¹⁸ Art. 273 do CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Como cita Ângela Burgos Moreira, em artigo apresentado como pré-requisito para a conclusão do curso de especialização em Direito Processual Civil da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, sob a orientação do citado prof. Alexandre Freitas Câmara, a tutela antecipada somente poderá ser concedida *inaudita altera parte* se houver perigo de dano ao direito do autor. Ela ensina:

Bem por isso que a tutela antecipatória somente deverá ser prestada – fora, obviamente, casos excepcionais – após apresentada a contestação. Ou seja, “a tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão de ser quando a sua audiência puder causar lesão ao direito do autor”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 9. ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 2006). Ressalte-se que a lei processual não veda a concessão da tutela antes de ouvir o réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. No entanto, tal concessão deve ocorrer somente nos casos em que a ouvida do réu possa comprometer realmente a efetividade da tutela antecipatória (MOREIRA, 2009, p. 7).

São irrefutáveis as palavras da autora, que ao citar Marinoni, afirma que a tutela antecipada não deve ser prestada, como regra geral, antes da defesa do demandado. As exceções são as situações de perigo que se apresentam como o requisito fundamental para o provimento de liminar *inaudita altera parte*, pois podem causar algum dano irreparável ou de difícil reparação ao autor. No processo monitorio essa premissa deveria ter sido seguida pelo legislador, de forma que somente com a análise do perigo no caso concreto fosse possível determinar a expedição de uma decisão liminar de mérito sem a oitiva da parte contrária.

5 O PROCESSO MONITÓRIO NO ANTEPROJETO DO CPC. PLS 166/2010

A recente reforma do Código de Processo Civil materializada no Projeto de Lei do Senado, nº 166/2010, proposta pelo Senador José Sarney e que conta com uma ilustre comissão de juristas na sua formulação, até a presente data, extingue o explanado Processo Monitorio. No entanto é importante ressaltar que algumas de suas características já foram impressas no procedimento comum ordinário, são elas a concessão de medida *inaudita altera parte*, em cognição sumária e a finalidade de

preparar a execução, pela constituição do título executivo judicial de pleno direito (art. 1.102, §3º do CPC), conforme elencou Chiovenda (*Apud* ALVIM, 2008, p. 21).

Quanto ao contraditório invertido e a sentença liminar de mérito, outras principais características do monitorio, não há nenhuma previsão expressa de total incorporação pelo Anteprojeto do novo CPC. Se assim permanecer, agirá bem o legislador, que diante do texto até o momento escrito, soube ponderar os ditames constitucionais que militam a favor das partes no processo, especialmente do devedor.

Resta agora saber se o parlamentar assim permanecerá, tendo em vista que a celeridade imprimida à tutela jurisdicional pelo processo monitorio promove rapidez na produção do provimento, fim atualmente buscado nas reformas legislativas, mas que, no entanto, é restritivo de direitos e inconstitucional, diante dos objetivos processuais no Estado Democrático de Direito, quais sejam: a construção de um processo justo, dotado de proteção, contraditório, ampla defesa e isonomia aos jurisdicionados.

CONCLUSÃO

O processo monitorio é uma grande inovação no direito brasileiro, mas que carece de legitimidade democrática.

A citação, que pasmem, poderá ser ficta e que determina o pagamento, a entrega ou apresentação de embargos após a condenação liminar foge aos ditames de um processo democrático, fundado sobre o crivo de um Estado Democrático de Direito.

A solução encontrada para um procedimento a que se requeira a citação ficta não é outra se não a de extinção sem análise do mérito, como afirma Freitas Câmara (2010, v. 3, p. 502). Para a manutenção da constitucionalidade processual, o credor, titular do crédito deverá buscar o provimento jurisdicional pelo procedimento ordinário.

Ademais, atualmente é possível verificar que as reformas no processo civil brasileiro instituídas pelas leis 10.444/2002 e 11.232/2005 tornam o procedimento comum mais parecido com o diferente procedimento injuntivo. São elas: a execução

imediate e a expedição de ordem de pagamento ou entrega em cognição sumária, *inaudita altera parte*, mas que em nada se assemelham à condenação liminar com citação ficta da parte ré, não sujeita a recurso.

Diante das reformas processuais civis que virão, as quais não estão restritas ao Novo Código, pois há a possibilidade de alteração deste por novas leis, a mais temida é a incorporação do contraditório invertido, com citação ficta ao procedimento comum ordinário e sumário, pois se assim for, as garantias constitucionais do cidadão à ampla defesa e ao contraditório restarão definitivamente tolhidas, não abrangendo apenas aqueles que são sujeitos no processo monitório, mas todas as partes submetidas à sistemática processual civil brasileira.

O legislador deve considerar que a escolha feita pelo constituinte de 1988 ao prever os direitos e garantias fundamentais do processo no texto constitucional é uma construção histórica, que não decorreu de momentos de euforia, mas sim, de supressão das garantias mínimas do cidadão. Face às futuras reformas, entendemos que os direitos fundamentais do processo não podem ser pormenorizados, pois se assim forem, o princípio da celeridade se tornaria o principal algoz do amplo rol de direitos e garantias fundamentais em vigor após a repressão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira Alvim. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 dez. 2010.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 06 dez. 2010.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 381. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/XXXVIII_Curso_Derecho_Internacional_descripcion_curso_Valesca_Raizer_Borges_Moschen_anteproyecto.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 282**. Disponível em <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0282.htm>. Acesso em: 06 dez. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. III. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. v. I. 3. ed., rev. e atual. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação cível nº: 2.0000.00.460542-9/000(1), da 4ª Câmara Cível. Apelante (s): FRANCISCO DE PAULA GUIMARÃES e Apelado: UNIÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E ENSINO – UBEE. Relator: Exmo. Sr. Des. Nilo Lacerda. Belo Horizonte, 25 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=460542&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=MONITÓRIA>. CITAÇÃO COM HORA CERTA. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DO REVEL NO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS APRESENTADOS PELO CURADOR ESPECIAL. É possível a CITAÇÃO com HORA certa na AÇÃO MONITÓRIA&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 06 dez. 2010.

_____. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.382289-9/000(1), da 4ª Câmara Cível. Agravante (s): BANCO ABN AMRO REAL S.A. e Agravado (a) (os) (as): POSTO VERA CRUZ LTDA E OUTROS. Relator: Exmo. Sr. Des. Batista Franco. Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=382289&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. PEDIDO DE CITAÇÃO POR HORA CERTA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO REFORMADA. &todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0702.08.471550-8/001, da 13ª Câmara Cível. COMARCA DE UBERLÂNDIA. Agravante: José Rubens de Menezes – Agravada: Edna Maria Moreira - Relator: Exmo. Sr. Des. Alberto Henrique. Belo Horizonte, 28 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=702&ano=8&txt_processo=471550&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NULIDADE DE CITAÇÃO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. OBSERVÂNCIA DO REQUISITO OBJETIVO E SUBJETIVO. DECISÃO MANTIDA.&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0684.07.001076-5/003(1), da 14ª Câmara Cível. Agravante: Antonio Victor San Severino – Agravada: Cerâmica Sobralia Ltda. Relator: Exmo. Sr. Des. Rogério Medeiros. Belo Horizonte, 13 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=684&ano=7&txt_processo=1076&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DECISAO QUE TORNOU NULO O FEITO. ARTIGO 247, CPC. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 06 dez. 2010.

MOREIRA, Ângela Burgos. **Tutela antecipada inaudita altera parte e o princípio do contraditório e da ampla defesa**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Angela_burgos.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed., rev. atual com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: RT, 2002.

PARIZATTO, João Roberto. **Ação Monitoria**. 7. ed. Leme: EDIPA, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.