A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

João Batista LOPES*

1. TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E AÇÃO MONITÓRIA

Sensíveis aos males decorrentes da chamada ordinarização do processo civil, os processualistas vêm, há décadas, propugnando pela adoção de técnicas de agilização e sumarização que passaram a integrar o conceito amplo de tutela jurisdicional diferenciada.

Só nos últimos anos, porém, é que se fez sentir, efetivamente, pressão da comunidade jurídica no sentido de dotar o sistema processual de instrumentos mais eficazes para enfrentar as causas da morosidade da justiça.

Recorde-se que tentativa de mera simplificação dos procedimentos - notadamente a introdução, pelo Código de 73, do procedimento sumaríssimo - resultara infrutífera, como foi discutido, à larga, em congressos e simpósios de âmbito nacional.

Também não se revelara suficiente a adoção do julgamento conforme o estado do processo, pesem embora as vantagens técnicas e práticas da inovação.

Ainda que, setorialmente, algum progresso tivesse sido registrado nesse campo - a retirada do efeito suspensivo na apelação nos processos regidos pela Lei do Inquilinato é exemplo disso - persistiu o quadro de lentidão na justiça com grave repercussão na imagem do Poder Judiciário.

Em verdade, simples alterações legislativas não têm o condão de resolver a chamada crise da Justiça.

O insuficiente número de juizes, o atraso na informatização dos cartórios, a má remuneração dos servidores e o anacronismo da organização judiciária são algumas das causas principais desse magno problema.

De qualquer modo, era necessário ampliar o quadro de tutelas o que implicava alterações significativas no diploma processual, em harmonia com a evolução doutrinária registrada em outros países, notadamente, a Itália.

Partindo da premissa de que a tutela jurisdicional diferenciada não significa simples alterações procedimentais, mas requer perfeita adequação às exigências do direito material, a recente reforma processual contemplou moderno quadro de tutelas que inclui a tutela antecipada, a tutela específica e a tutela monitoria, tudo com o escopo de aprimorar a prestação jurisdicional e o acesso à justiça.

Nesta breve exposição, será objeto de análise um dos aspectos da ação monitoria, qual seja, o conceito de **prova escrita** para fins de admissibilidade deste instituto.

2. NATUREZA DA AÇÃO MONITÓRIA

A respeito da natureza da ação monitoria, a doutrina apresenta panorama de contrastes.

Em trabalho anterior, escrito pouco tempo após o início da vigência da lei, deixamos consignado:

"O que caracteriza o procedimento monitorio e o extrema dos demais é a ordem (mandado) de pagamento expedida *inaudita altera par-*

(*) Professor do curso de mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

te, em cognição sumária, com a finalidade de preparar a execução.

Cuida-se, em última análise, de processo de criação de títulos executivos segundo a sintética formulação de GUASP.

A ação monitória não se insere, pois, entre as ações de execução, mas constitui procedimento especial (sumário) do processo de conhecimento."¹

3. DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A Lei 9.079, de 14/7/95, ao introduzir a ação monitória no sistema processual pátrio, optou pelo procedimento monitório documental, como se vê da nova redação dada ao 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 determinado bem móvel."

Independentemente da discussão sobre a natureza da ação monitória, não há possibilidade de confundi-la com outros tipos de tutela jurisdicional contemplados pelo legislador.

Assim, extrema-se da tutela executiva uma vez que não se lastreia em **título executivo**, nem objetiva ato de expropriação de bens do devedor.

Por outro lado, claras são as diferenças entre a tutela monitória e a tutela antecipada:

- a) a ação monitória caracteriza-se pela expedição de mandado *initio litis e inaudita altera parte*; a antecipação da tutela pode ser concedida *inaudita altera parte*, na hipótese do art. 273, I;
- b) a ação monitória, no sistema pátrio, deve lastrear-se em prova escrita; a tutela antecipada, a seu turno, requer prova inequívoca (*rectius*, segura) que não precisa ser documental;
- c) a antecipação da tutela tem por escopo *antecipar efeitos* da sentença; a ação monitória, a expedição de mandado de pagamento e a formação de título executivo;
- d) a tutela antecipada não pode ser concedida se houver risco de irreversibilidade dos

efeitos do provimento, requisito que não se exige na ação monitória;

- e) a revogabilidade é nota peculiar à antecipação da tutela (CPC, art. 273, § 4º), traço que não se apresenta na ação monitória;
- f) a tutela antecipada tem maior elastério que a ação monitória, certo que a última se circunscreve à proteção dos direitos do credor de soma em dinheiro, coisa fungível ou bem móvel determinado.

A disciplina legal da ação monitória é parcimoniosa e, por isso, vários pontos permanecem indefinidos na doutrina e na jurisprudência.

Assim, por exemplo, discute-se sobre o caráter da cognição nela exercida, a natureza dos embargos ao mandado, a admissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública, o conceito de **prova escrita**, etc.

Vejamos, então, o último dos pontos mencionados (o conceito de prova escrita)

4. CONCEITO DE PROVA: ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO

Já foi dito que o legislador pátrio acolheu o procedimento monitório documental, como está claramente estabelecido no art. 1.102 a, que exige prova escrita para o seu manejo.

O conceito de prova escrita é, porém, polêmico.

O vocábulo **prova** tem origem latina (**probatio**: verificação, inspeção, exame).

Na linguagem técnico-jurídica significa **demonstração**, mas a doutrina distingue os aspectos objetivo e subjetivo da prova.

Objetivamente, prova é o conjunto de meios utilizados para formar a convicção do julgador sobre a existência ou inexistência dos fatos alegados no processo.

Subjetivamente, designa a própria convicção que se forma, no espírito do julgador, sobre a existência ou não desses fatos.

Assim, poder-se-á dizer que o autor produziu prova das suas alegações juntando documentos e arrolando testemunhas, isto é, valendo-se desses meios para convencer o juiz.

E o juiz, na sentença, poderá acolher ou rejeitar o pedido do autor com base na **prova** dos fatos alegados (isto é, na **convicção** que ele formou sobre tais alegações).

Há que ressaltar, ainda, a carga de subjetividade que envolve a análise do conjunto das provas. O advogado do autor, por exemplo, poderá dizer a seu cliente que conseguiu provar, com testemunhas, as alegações da inicial. E o do réu poderá dizer o mesmo com relação à defesa apresentada.

Considerando, porém, que o juiz é o destinatário da prova, tem-se que, rigorosamente, só se poderá afirmar que um fato foi provado nos autos no momento em que o juiz se convencer de sua existência ou veracidade.

5. HIERARQUIA DE PROVAS. PROVA ORAL E PROVA ESCRITA

É corrente a assertiva de que todas as provas têm valor relativo, razão por que devem ser avaliadas segundo o princípio da livre convicção do juiz (*fectus*, princípio da persuasão racional).

Em verdade, afastado o critério das provas legais ou tarifadas, vê-se o julgador livre para apreciar as provas produzidas pelas partes o que pode levar à conclusão de que, no sistema, não há hierarquia de provas.

Contudo, o próprio legislador, em certos casos, consagra tal hierarquia ao exigir, por exemplo, instrumento público na compra e venda de imóvel ou ao impor restrições à prova testemunhal.

Por outro lado, há fatos cuja demonstração se torna difícil (ou inviável) sem a inquirição de testemunhas (por exemplo, a culpa em acidentes de trânsito, a insinceridade do pedido de retomada, a recusa no recebimento de aluguéis, etc.).

Há que ressaltar, também, que, em outras hipóteses, sem exigir instrumento público para a validade do ato, a lei não abre mão, porém, da forma escrita como ocorre na **fiança**, na **alienação fiduciária em garantia**, na **convenção de condomínio**, etc.

Como se vê, a regra geral de que todas as provas têm valor relativo admite várias exceções que não podem ser esquecidas no estudo da matéria.

6. A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

6.1 - Considerações gerais

Na nova redação do art. 1.102 **a**, valeu-se o legislador da expressão **prova escrita**, cujo conceito pode ensejar alguma controvérsia.

Cabe registrar, antes de tudo, que, em relação à tutela antecipada, diversa foi a orientação adotada: o art. 273 alude à **prova inequívoca**, sugerindo a possibilidade de se admitir, também, a prova oral.

Prova escrita é espécie do gênero prova documental.

Documento significa representação ou reprodução de um fato ou de um ato, em geral com a utilização do papel e, mais raramente, da madeira, da pedra, do metal etc..

Assim, há documentos escritos e documentos não escritos.

6.2 - Distinção entre documento, declaração e instrumento

Há que distinguir **documento** de **declaração** e de **instrumento**.

Declaração é ato de vontade que pode exteriorizar-se ou não, em documento. Nos negócios jurídicos não solenes (v.g. empreitada, comodato) as obrigações podem ser assumidas verbalmente.

Importa ressaltar, também, que, num único documento, pode haver mais de uma declaração como ocorre, por exemplo, com o aval na nota promissória.

Também não há confundir **documento** com **instrumento**, certo que o primeiro é gênero de que o segundo é espécie: **Instrumento** é documento adrede preparado para fazer prova no futuro, isto é, é prova preconstituída.

6.3 - Conceito de prova escrita

A expressão **prova escrita**, aparentemente clara, pode, porém, ensejar discussões teóricas com repercussões práticas.

Assim, indaga-se, para logo, se qualquer documento escrito é idôneo para instruir a ação monitoria.

A resposta é, evidentemente, negativa.

Surge, então, a questão central a ser deslindada: só os documentos emanados do devedor se prestam ao manejo da ação monitória?

Em princípio, seria lícito supor que, por implicar, a ação monitória, em expedição de mandado de pagamento **inaudita altera parte**, teria sempre de escorar-se em documento emanado e assinado pelo devedor.

A lei processual não faz, porém, qualquer exigência neste aspecto e a doutrina e a jurisprudência inclinam-se no sentido de conferir maior elastério à expressão **prova escrita**.

Assim, por exemplo, GARBAGNATI admite possa o autor valer-se de documento escrito que, posto não represente o fato constitutivo de seu direito, demonstre fato diverso de que se possa inferir a existência desse direito.²

Com maior ênfase, ALDO CAVALLLO, também monografista da ação monitória, considera prova escrita qualquer documento que, privado embora de certeza absoluta, seja merecedor de fé pelo juiz.³

E SCIACCHITANO, discordando de CARNELUTTI, mostra que a prova escrita, na ação monitória, não constitui título injuntivo devendo ser avaliada livremente pelo juiz⁴.

Na doutrina pátria, que já é copiosa, CÂNDIDO DINAMARCO entende que:

"Para tornar admissível o processo monitório, o documento há de ser tal que dele se possa razoavelmente inferir a existência do crédito (...)"⁵.

ANTONIO RAPHAEL SILVA SALVADOR admite, expressamente, que "a prova escrita referida no art. 1.102 a do Código de Processo Civil não precisa emanar forçosamente do réu-devedor"⁶ e CARREIRA ALVIM mostra serem perfeitamente aplicáveis à monitória as disposições do art. 371 do código⁷.

Em verdade, a lei processual refere-se genericamente à **prova escrita**, sem fazer distinções. (**ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus**).

Daí não se conclua, porém, deva o juiz aceitar mera declaração unilateral do credor, desacompanhada de outros elementos de convicção.

Como anota ANTONIO CARLOS MARCATO, a prova escrita deve ser completa, conquanto possa o juiz autorizar sua complementação, sob pena de indeferimento da inicial.⁸

A questão deve ser resolvida à luz da teoria geral da prova, mediante aplicação do princípio da persuasão racional.

A tal respeito, importa recordar que, ao revés do que geralmente se sustenta, o estatuto processual vigente não consagra, em seu art. 131, o princípio da livre convicção, mas sim o da persuasão racional.

Com efeito, a liberdade concedida ao juiz, na apreciação da prova, não é absoluta, uma vez que ele não pode decidir com base, exclusivamente em suas impressões pessoais.

Como é curial, o juiz não pode desprezar os princípios lógicos, as regras jurídicas, as leis da economia, as máximas de experiência, etc. e, ao julgar, tem o dever de indicar os motivos que lhe formaram o convencimento.

6.5 - Título executivo não é hábil para o manejo da ação monitória

É conhecida a divergência doutrinária acerca da natureza do título executivo matéria que, porém, regoge aos objetivos deste trabalho.

A questão que se põe, neste ensejo, é saber se a expressão prova escrita abrange, também, o título executivo.

Posto seja o título executivo, inquestionavelmente, documento escrito representativo da obrigação, isto é, prova dela, não se presta, porém, ao manejo da ação monitória.

É que a ação monitória, como já exposto, inclui-se entre as ações de conhecimento, por isso que objetiva a constituição, de forma célere, do título executivo.

Ora, dispondo já o credor de título executivo, cuja eficácia abstrata lhe permite, desde logo, fazer deflagrar o processo de execução, não necessita do processo de conhecimento, isto é, não tem interesse de agir.

Recorde-se que o interesse de agir é traduzido pela necessidade ou utilidade do provimento jurisdicional.

Na fórmula clássica de CALAMANDREI, o interesse processual surge quando se verifica, em concreto, fato que torne imprescindível o exercício do direito de ação.

A obtenção do bem deve buscar-se normalmente (fisiologicamente) na prestação do obrigado, surgindo a ação como sucedâneo em caso de omissão ou recusa do devedor.

Nem se alegue que ao credor possa interessar a obtenção de sentença que reconheça como bom o título apresentado. O processo de execução não se presta a tal fim, isto é, ao reconhecimento do direito alegado, mas tem por escopo atividade prática, traduzida em atos coativos que implicam agressão ao patrimônio do devedor.

Pode dar-se, porém, que ao documento apresentado pelo autor faltem requisitos essenciais para ser tido como título executivo. Nessa hipótese, em tese, o documento escrito poderá instruir a ação monitoria, como se tem entendido.

6.6 - Casuística

Diversamente da técnica adotada no art. 585, a lei processual preferiu abster-se de fornecer elenco das situações ensejadoras do pedido monitorio.

Ainda que se possa considerar lacônica a disciplina da matéria, força é convir que, no ponto ora discutido, andou bem o legislador.

É que a dinâmica e complexidade da atividade comercial apresenta peculiaridades que o legislador não pôde prever e que somente a jurisprudência saberá equacionar.

De qualquer modo, em princípio, devem ser considerados prova escrita para os fins do art. 1102 não só os documentos emanados do devedor (vales, cartas ou bilhetes de que se possa inferir a existência de obrigação de pagar soma em dinheiro ou entregar coisa certa e, de modo geral, documentos desprovidos de duas testemunhas, por ex: contrato de abertura de crédito ou títulos a que falte algum requisito exigido por lei), mas também provenientes de terceiros (guias de internação em hospitais para fins de cobrança de honorários médicos, extratos contábeis regulares, requisições de exames

laboratoriais ou serviços protéticos, etc.). Também títulos de crédito prescritos ou imperfeitos, saques automáticos, duplicatas sem aceite desacompanhadas do comprovante processo, acordos não homologados, sentença declaratória de existência de dívida, etc.

6.7 - Conclusão

De todo o exposto é lícito concluir que a prova escrita a que se refere a lei processual não é apenas a constituída pelo devedor ou dele emanada. Ao juiz caberá verificar, em cada caso, se os documentos apresentados pelo autor, ainda que produzidos por terceiros, têm o condão de estabelecer vínculo jurídico idôneo a autorizar a expedição, início litis, de mandado de pagamento.

De outro lado, simples declaração unilateral do credor desacompanhada de outros elementos de convicção não constitui, à evidência, prova escrita para o fim sobredito.

NOTAS

⁽¹⁾ Cf. R. T. 732/74. Diversamente, CANDIDO DINAMARCO prefere falar em processo monitorio, e não em procedimento monitorio: "Sob a denominação ação monitoria, a lei 9.079, de 14 de julho de 1995, incluiu no livro do Código de Processo Civil destinado aos procedimentos especiais uma modalidade de processo inteiramente nova em nova ordem jurídico-processual, que é o processo monitorio. Não se enquadra na figura do processo de conhecimento, nem na do executivo e muito menos na cautelar. É um processo que com extrema celeridade propicia um título executivo ao autor munido de documentos idôneos, prosseguindo desde logo, sem a instauração de novo processo, com a execução fundada nele" (A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, p. 229). Cabe registrar que a lei processual optou por incluir a ação monitoria entre os procedimentos especiais do processo de conhecimento o que, porém, não elimina a controvérsia sobre o ponto. A exata medida do dissídio doutrinário acerca da natureza do instituto é dada por GARBAGNATI (II procedimento d'ingiunzione, Milão, Giuffrè, pág. 19 e segs.), SATTÀ (Diritto processuale civile, Pádua, 1987, pág. 756), SCIACCHITANO (cf. Ingiunzione, in Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, 1971, vol. XXI), TALAMINI (Tutela monitoria, Ed. R. T., pág. 164), MARCATO (O processo monitorio brasileiro, Malheiros Editores, 1998), CARREIRA ALVIM (Código de processo civil reformado, Ed. Del Rey, pág. 307), ANTONIO RAPHAEL SILVA SALVADOR (Da ação monitoria e da tutela jurisdicional antecipada, Malheiros Editores, 1995), TUCCI (Ação monitoria, Ed. R. T., pág. 58 e segs.), MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES (Ação monitoria, tese, PUC/SP, 1998), etc.

(2) GARBAGNATI refere-se à "prova per presunzioni del fatto costitutivo del diritto del ricorrente, soltando nei limiti in cui l'art. 2729 ammette tale prova in un processo di cognizione ordinario" (Il procedimento d'ingiunzione, Milão, Giuffrè, 1991, p. 56).

Cabe registrar, porém, que não se pode falar, tecnicamente, em "prova por presunções", porque a presunção é mecanismo pelo qual se **dispensa** a prova.

(3) La prova scritta nel procedimento per ingiunzione, in l'opposizione al decreto ingiuntivo nei suoi momenti applicativi, Milão, Ed. Giuffrè, 1994, p. 81.

(4) cf. Ingiunzione, in Enciclopedia del Diritto, Ed. Giuffrè, 1971, vol. XXI, pág. 516.

(5) A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros Editores, p. 235/236.

(6) Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada, Malheiros Editores, 1995, p. 20. Veja-se, também, Eduardo Talamini, Tutela monitória, Ed. RT, 1998, p. 70 e segs..

(7) Código de Processo Civil Reformado, 2ª ed, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 38.

(8) O processo monitório brasileiro, Malheiros Editores, 1998, p. 64.

(9) Derecho procesal civil, trad. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. E. J. E.ª, 1986, vol. I/270.