

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP)

Maria Claudia Tognocchi

**A AÇÃO MONITÓRIA
E O PRAZO PARA O SEU AJUIZAMENTO**

SÃO PAULO

2012

MARIA CLAUDIA TOGNOCCHI

**A AÇÃO MONITÓRIA
E O PRAZO PARA O SEU AJUIZAMENTO**

Monografia apresentada à PUC-SP/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no Curso
de Especialização em Direito Processual Civil
em Módulos.

Orientadora: Professora Maria Antonieta
Zanardo Donato

SÃO PAULO

2012

MARIA CLAUDIA TOGNOCCHI

**A AÇÃO MONITÓRIA
E O PRAZO PARA O SEU AJUIZAMENTO**

Monografia apresentada à
PUC/COGEAE, como exigência parcial
para aprovação no Curso de
Especialização em Direito Processual
Civil em Módulos.

Orientadora: Professora Maria Antonieta
Zanardo Donato

SÃO PAULO

Data da aprovação: ____/____/____

DEDICATÓRIA

Agradeço a oportunidade concedida por Deus. Em primeiro, por me proporcionar as condições necessárias para superar mais uma etapa de minha vida. Em segundo, pelo sonho alcançado, pelas pessoas incríveis que conheci durante o curso de extensão universitária e especialização, pelas informações obtidas e pelo amadurecimento pessoal e profissional. Agradeço, ainda, à pessoa que me deu a vida, a educação e a coragem necessária para enfrentar o mundo, com alegria e satisfação. Agradeço, também, o grande amor da minha vida, pela paciência, incentivo e carinho. Obrigada Deus, obrigada Mamãe e obrigada Daniel.

AGRADECIMENTO

Agradeço, outrossim, a I. Dra. Antonieta Donato, minha colega, professora e orientadora, pelos ensinamentos que persistem mesmo após a conclusão do curso de extensão universitária, pela atenção, pelo carinho e pela sempre presente paciência, ajudando-me, de forma essencial neste trabalho.

RESUMO

O legislador brasileiro, buscando maior efetividade e celeridade ao processo de cobrança com base em prova escrita, porém sem eficácia de título executivo, introduziu na sistemática processual civil a ação monitória, promulgando a Lei 9.070/95, que acrescentou o Capítulo XV, sob a rubrica "Da ação monitória", e o artigo 1.102, a, b e c, no Livro IV, Título I do Código de Processo Civil. Assim, verifica-se que, segundo o artigo 1.102 a. do Código de Processo Civil, a ação monitória é cabível nos casos em que o autor reclama pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou bem móvel determinado, tendo como base prova escrita sem eficácia de título executivo, dentre eles o título de crédito, cartas, *fac-símiles*, telegramas, bem como guias de internação, prontuário hospitalar, requisição de serviço protético, cartas ou bilhetes que confessem dívida, entre outros documentos que apontam de alguma forma a relação obrigacional. Pois bem, o requisito indispensável para a ação monitória é a prova escrita da relação de crédito que o credor possui perante o devedor, acrescentando-se o estipulado nos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil. Contudo, diante dos vários tipos de prova escrita que podem ser objeto da ação monitória verifica-se a ocorrência de discussões e dúvidas acerca do prazo para o ajuizamento de referida demanda, observando-se os efeitos da prescrição para cada um desses objetos. Assim sendo, analisaremos alguns dos principais tipos de provas que podem ser objeto da ação monitoria, com suas características e especificações. Ademais, o instituto da prescrição também será abordado nesse estudo, com enfoque nos diversos tipos de prova que podem ser objeto da ação monitória. Posto isto, consideraremos as orientações doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre o tema “da ação monitoria e o prazo para o seu ajuizamento”, mediante a análise sistemática dos seus fundamentos, para concluirmos qual delas melhor se ajusta ao sistema jurídico brasileiro e a necessidade da sociedade. Assim, o presente estudo, além de focar na definição e na forma de utilização da ação monitória, analisará seus possíveis e principais objetos, assim considerados prova escrita sem eficácia de título executivo e seus prazos prescricionais correspondentes, sob a ótica do Código de Processo Civil, da jurisprudência dominante, da doutrina relacionada ao tema e do Código Civil, mais precisamente o seu artigo 206, através das quatro opções de prazos prescricionais existentes para serem analisadas ao tema. Posto isto, espera o presente estudo encontrar respostas para dúvidas e controversas corriqueiras dos operadores do direito, relacionadas à demanda monitória e, especificamente, ao prazo para o ajuizamento de referida ação, a fim de torná-la ainda mais interessante e aplicável aos casos concretos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
Capítulo 1 – A AÇÃO MONITÓRIA	9
1.1 Definição e Natureza:	9
1.2 Condições:	13
1.3 Objeto:	14
1.4 Legitimidade:.....	14
1.5 Prova:.....	15
1.5.1 Títulos executivos prescritos utilizados como prova para o procedimento monitorio: ...	18
1.6 Procedimento:.....	21
1.7 Embargos à ação monitoria:	23
1.8 A sentença, a coisa julgada e a execução:	26
Capítulo 2 – DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO MONITÓRIO	29
2.1. Adoção do prazo de dez anos:	31
2.2. Adoção do prazo de três anos:.....	32
2.3. A adoção do prazo de cinco anos:	38
2.4. Ação monitoria embasada em cheque prescrito:	42
2.5. Da prescrição para a cobrança de mensalidades escolares através da ação monitoria:	49
2.6. Direito Intertemporal:	51
2.7. O termo inicial do prazo prescricional:	54
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	60
ANEXOS - JULGAMENTOS RELACIONADOS AO ESTUDO.....	61
Anexo I	61
Anexo II.....	69

INTRODUÇÃO

O credor de uma obrigação, na maior parte das vezes, vê-se obrigado a enfrentar um longo processo judicial para fazer valer o seu crédito.

Contudo, diante dos clamores da sociedade, que há tempos necessita de maior efetividade e praticidade, principalmente no que diz respeito aos seus negócios, os quais impulsionam o desenvolvimento econômico do País, o cenário jurídico nacional vem sofrendo, há alguns anos, mudanças interessantes e significativas.

Ou seja: verifica-se que o legislador está tentando adequar o sistema jurídico nacional às modificações sociais, editando leis visando celeridade, efetividade e desenvolvimento, dentre elas a introdução da ação monitória ao Código de Processo Civil, com a Lei nº 9.079 de 14.07.1995.

E diante da importância de referido procedimento monitório, que traz celeridade e maior efetividade para as cobranças de créditos sem natureza executiva, é que nos dispusemos a desenvolver o presente trabalho, a fim de obter conhecimentos mais aprofundados sobre a característica e sobre o objeto de referida ação, seu procedimento e principalmente acerca do prazo para a sua interposição, diante dos vários tipos de prova que podem embasar referida demanda, cuja questão, de suma importância aos operadores do direito e à sociedade de um modo geral, é muito controvertida atualmente perante nossos Tribunais e ainda pouco abordada pela doutrina.

Inicialmente, no primeiro capítulo discorreremos acerca da ação monitória propriamente dita, apresentando um estudo sobre sua definição, característica, condição, legitimidade e procedimento, inclusive sobre a defesa a ela cabível.

Na seqüência, mais especificamente no segundo capítulo, trataremos do requisito essencial da ação monitória, ou seja, o seu objeto de embasamento: a prova escrita sem eficácia de título executivo. E a partir de tal aprofundamento, encontraremos a definição de vários tipos de prova escrita sem eficácia executiva existentes, que podem servir como objeto da demanda monitória, dentre elas os títulos de crédito, especialmente o cheque prescrito.

Por fim, e especificamente com relação ao escopo principal do presente estudo, no terceiro e último capítulo trataremos do prazo para a interposição da ação monitória, observando-se o seu objeto de embasamento, e a prescrição para cada uma dessas hipóteses, com enfoque doutrinário e jurisprudencial.

Por derradeiro, finalizaremos o presente trabalho monográfico desenvolvendo a conclusão alcançada através do estudo, da interpretação e da análise dos inúmeros e valiosos ensinamentos ministrados pelos diversos e renomados doutrinadores consultados para esse fim, além da observância da jurisprudência dominante no País sobre referida matéria, anexando recentes decisões interessantes.

CAPÍTULO 1 – A AÇÃO MONITÓRIA

1.1 Definição e Natureza:

O procedimento monitorio foi instituído no moderno Direito Brasileiro pelo movimento legislativo que ficou conhecido como “reforma do Código de Processo Civil” . Uma das leis oriundas desse movimento, a saber, a Lei fez com que o Código de Processo Civil ganhasse três novos artigos, de números 1.102a, 1.102b e 1.102c. Tais artigos regulam aquilo que a lei processual chamou de “ação monitoria”, mas que, em verdade, deveria ser chamado de *procedimento monitorio*.

Referido procedimento tem sua origem no Direito Medieval Italiano. Naquele momento histórico estabeleceu-se que, para determinados créditos, não seria citado o devedor, obtendo o credor, diretamente do juiz, a ordem de prestação que ensejava a execução, isto é, o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*. Esse mandado então acompanhado e justificado pela cláusula de que, se o devedor se propusesse alegar exceções, poderia opô-las dentro de certo prazo, cláusula esta que ficou conhecida como *clausula iustificativa*, e que assim dizia: “*Si senserit se gravatum*”; ou “*nisi se opponant*”.

O procedimento monitorio brasileiro tem, porém, um ancestral mais próximo, no próprio Direito Luso-brasileiro: a “ação de assinação de dez dias”, ou a “ação decendiária”. Esta tinha origem nas Ordenações Manoelinas (Livro III, Título LXVI), passando pela nova ordem do juízo do Rei D. João II, de 5 de junho de 1526, e da do Rei D. Sebastião, de 18 de novembro de 1577. Referida ação era definida como “aquela pela qual se ajuízam as obrigações, que devem ser prontamente cumpridas, assinando-se ao réu dez dias para pagar ou dentre deles alegar e provar os embargos que tiver”¹. Contudo, referido instituto desapareceu do Direito Brasileiro com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939. Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 1973, ao entrar em vigor, ignorou o instituto, não o regulando.

Porém, a Lei 9.070/95, acrescentou o Capítulo XV, sob a denominação "Da ação monitoria", e o artigo 1.102, a, b e c, no Livro IV, Título I do Código de Processo Civil, fazendo, assim, renascer o procedimento monitorio, com moderna roupagem, regulamentando-o.

¹ Joaquim Ignácio Ramalho, *Praxe Brasileira*, São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, p.414, obra citada por Alexandre Freitas Câmara, em *Lições de Direito Processual Civil*, Volume III, 14ª Edição, Editora Lumen Juris.

E com relação ao procedimento monitorio, verifica-se que este possui vários tipos de definições pela doutrina brasileira.

Segundo Alexandre Freitas Câmara², por exemplo, o procedimento monitorio é:

“o procedimento especial destinado a permitir a rápida formação de título executivo judicial.”

E de forma similar, Humberto Theodoro Júnior³ acrescentou:

“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.”

Ademias assevera Cruz e Tucci⁴, que o procedimento monitorio é uma técnica de sumarização da cognição destinada justamente para aqueles diretos que estão entre a certeza e a incerteza, isto é, os dotados de verossimilhança, senão vejamos:

“...ao lado dos títulos executivos extrajudiciais, existem técnicas especiais de processo de cognição que têm a função de formar o título executivo de modo mais célere. Entre tais técnicas de sumarização da cognição insere-se a do procedimento monitorio, no qual o juiz emite uma ordem liminar, *inaudita altera parte*, determinando que o devedor pague certa quantia ou entregue uma coisa ao credor.”

Ou seja: como sabido, não se pode dar início à cobrança sem que se tenha um título executivo. Isto se deve ao fato de que o título executivo é o ato jurídico apto a permitir a incidência da responsabilidade patrimonial. Ou seja, o título executivo é o ato jurídico capaz de produzir o efeito de tornar possível a sujeição de um patrimônio, com o fim de satisfazer um direito de crédito do credor. Assim, inexistindo título executivo, não se pode obter a tutela jurisdicional executiva.

Porém, analisando a necessidade da sociedade atual, considerou o legislador que, em alguns casos, deve-se facilitar o acesso ao título executivo ao credor que não o tem e, por tal razão, precisaria se valer do processo de conhecimento. Daí porque, então, um procedimento

² Alexandre Freitas Câmara, em *Lições de Direito Processual Civil*, Volume III, 14ª Edição, Editora Lumen Juris, pp. 451.

³ Humberto Theodoro Júnior, *As Inovações no Código de Processo Civil*, 6ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 74-75.

⁴ José Rogério Cruz Tucci e. *Ação Monitoria*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

concentrado, rápido, que permite a formação célere do título executivo. Este procedimento é o monitório ou injuncional.

E através desse procedimento monitório, obtém-se rapidamente a formação do título executivo, pois nele “predomina sobre a função de declaração de certeza a função de preparação do título executivo”⁵

Assim sendo, o artigo 1.102 a, do Código de Processo Civil, dispõe que o procedimento monitório é cabível nos casos em que o autor reclama pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou bem móvel determinado, tendo como base prova escrita sem eficácia de título executivo.

É, pois, o requisito indispensável para o procedimento monitório a prova escrita da relação de crédito que o autor possui perante o devedor, acrescentando-se o estipulado nos artigos 282 e 283, do Código de Processo Civil.

Contudo, um dos pontos mais controvertidos do procedimento monitório diz respeito a sua natureza. Discute-se, pois, se a monitória seria um novo tipo de processo, ou se poderia ser enquadrada entre as categorias já conhecidas do nosso ordenamento, como processo de conhecimento, de execução ou cautelar.

Temos, pois, que para Carnelutti, por exemplo, a monitória constitui uma modalidade distinta de processo, um *tertium genus*, um processo intermediário entre o de cognição e de execução, cujo entendimento encontra seguidores no Brasil, dentre eles, Cândido Dinamarco⁶, que diz:

“O monitório não é mero procedimento dentre os muitos de que se pode revestir o processo de conhecimento... Ele não tem a natureza de processo de conhecimento, porque não produz o resultado característico deste, que é o julgamento de mérito: contem uma fase inicial, dita monitória, e uma final, de natureza executiva.”

⁵ Alexandre Freitas Câmara, em *Lições de Direito Processual Civil*, Volume III, 14ª Edição, Editora Lumen Juris, pp. 451 citando Piero Calamandrei, *El Procedimiento Monitorio*, trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1946, p.24.

⁶ Cândido Dinamarco, *Instituições*, cit., v.3, p.740 e 741

E conclui:

“Por isso é que, não tendo o processo de conhecimento o julgamento de mérito, que é essencial a este, e incluindo a produção de título executivo, que não é função própria ao processo executivo, o monitorio é uma modalidade autônoma de processo: ele é inteiramente diferente do processo de conhecimento e é mais que o executivo. Não é mero procedimento, como insinua claramente o Código de Processo Civil, ao incluí-lo no Livro IV, destinado aos procedimentos especiais e ao designá-lo como ação monitoria – de igual modo como faz com os autênticos procedimentos especiais”

Contudo, não nos parece que tenha sido criado um novo tipo de processo, um *tertium genus*. Na verdade, como leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁷, entendemos que:

“A possibilidade de forma-se o título sem a necessidade de sentença não é suficiente para afastar o monitorio de entre os processos de conhecimento, de procedimento especial. A desnecessidade de sentença, em caso de não haver resistência, decorre da estrutura do procedimento.”

A mesma opinião é partilhada por Nelson e Rosa Nery⁸, para quem:

“a ação monitoria é ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título. Sua finalidade é alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional”.

Ademais, a Súmula 292 do Superior Tribunal de Justiça refere-se ao monitorio como um procedimento especial, e não como um tipo diferente de processo: “A reconvenção é cabível na ação monitoria, após a conversão do procedimento em ordinário”.

Assim sendo, entendemos que não é correto dizer *processo monitorio*, já que não há um novo tipo de processo, mas sim *procedimento monitorio*. E parece ter sido essa a intenção do legislador ao incluir o monitorio entre os procedimentos especiais, e não com processo autônomo.

⁷ Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Novo Curso De Direito Processual Civil, volume 2, 4ª Edição, Editora Saraiva, p. 426

⁸ Nelson Nery Junior e Rosa Nery, Código, *cit.*, p. 1032

1.2 Condições:

Como já citado, dispõe o artigo 1.102, as, do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.079, de 14.07.1995, que “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.”⁹

Assim, o procedimento monitório trata-se, em primeiro lugar, de uma opção que a lei confere ao credor, pois substitui a ação de conhecimento, conferindo maior celeridade ao credor na busca do seu crédito. Se, porém, o credor preferir a via normal, a da ação condenatória, nada o impedirá de usá-la.

Mas, ao escolher a via monitória, a parte almeja abreviar o caminho para chegar à execução forçada, o que talvez lhe seja possível, sem passar por todo o caminho complicado do procedimento ordinário, se o réu, como é provável, não se interessar pela discussão da obrigação.

Contudo, para incentivar o réu a não oferecer defesa infundada ou meramente procrastinatória, a lei prevê que, “cumprido o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios”, conforme verifica-se no artigo 1.102, c, §1º do Código de Processo Civil. E isso porque a lei tenta acelerar a satisfação do direito de credor, criando atrativos também para o devedor, no plano econômico, e fazendo com que este somente se disponha a arcar com os encargos processuais dos embargos se, realmente, estiver convencido da inexistência do direito do credor.

Contudo, ao escolher a ação monitória, visando maior celeridade para se chegar à execução forçada, o credor deverá observar alguns requisitos ou condições, que, para Humberto Theodoro Junior¹⁰, se definem em três planos, ou seja, “quanto ao objeto da obrigação, aos seus sujeitos e à prova da relação obrigacional.”

Temos, pois, os seguintes requisitos para serem observados: o seu objeto, seus sujeitos e a prova da relação obrigacional.

⁹ STJ, 4ªT., REsp. nº 208.870/SP, Rel. min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 08.06.1999, DJU 28.06.1999, p. 124.

¹⁰ Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, procedimentos especiais, volume 3, 39ª Edição, Editora Forense, p. 365

1.3 Objeto:

Quanto ao objeto da obrigação, somente se admite o procedimento monitoria se o pedido do credor se constituir em “soma de dinheiro”, “coisa fungível” ou “determinado bem móvel” .

Verifica-se, pois, que no procedimento monitorio não se pode pedir quantia incerta, na pendência de liquidação posterior, porque esta deve ser instaurada por meio de mandado de pagamento a ser expedido com base na prova da inicial, não havendo estágio ulterior em que se possa liquidar o *quantum debeatur*. Sabe-se que o mandado monitorio está programado para converter-se em mandado de execução por quantia certa com o decurso do prazo de embargos, se o réu permanecer inerte diante da sua citação. Logo, é imprescindível que a soma em dinheiro, objeto do pedido monitorio, seja quantia líquida e certa.

Ademais, quando a lei trata da “entrega de coisa fungível”, esta refere-se às obrigações de dar coisas genéricas ou incertas, que são indicadas pelo gênero e quantidade, e cuja satisfação em juízo se realiza através da execução focada prevista nos artigos 629 e seguintes do Código de Processo Civil.

Por último, o “determinado bem móvel” é aquele que se apresenta como objeto de obrigação de dar coisa certa móvel, sendo certo que os bens imóveis deverão ser alcançados pelo procedimento ordinário contencioso e não pelo procedimento monitorio.

1.4 Legitimidade:

Com relação a legitimidade ativa para a propositura do procedimento monitorio, entendemos que todo aquele que se apresentar como credor de obrigação de soma de dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel poderá propor referida demanda; tanto o credor originário, como o necessário ou sub-rogado.

E vale ainda esclarecer que podem usar ativamente o procedimento monitorio as pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, sejam elas de direito privado ou público.

Por outro lado, o sujeito passivo do procedimento monitorio haverá de ser aquele que, na relação obrigacional de que é titular o promovente da ação, figure como obrigado ou

devedor por soma de dinheiro, coisa fungível ou coisa certa móvel. O mesmo se diz de seu sucessor universal ou singular.

Contudo, diante do regime diferenciado de execução existente contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório como base em sentença condenatória (CF, art.100), especificamente para tais casos verifica-se que não pode ser admitido o manejo do procedimento injuntivo contra a Administração Pública.

Mas, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a ação monitória não prejudica a Fazenda Pública, porque, tanto como a ação ordinária, possibilita cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. E mesmo ocorrendo inércia no manejo dos embargos, a monitória deverá converter-se na execução especial do artigo 730, propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperatividade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência da confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não incidência dos efeitos da revelia.¹¹

1.5 Prova:

Com relação às provas temos que, para o procedimento monitório, é indispensável o documento escrito. A falta dele tornará o autor carecedor da ação, por falta de interesse de agir, pois inadequada a via eleita.

E isso porque exige o artigo 1.102a, que a petição inicial da ação monitória seja instruída com a “prova escrita” do direito do autor.

E, como documento escrito, para Marcus Vinicius Rios Gonçalves¹², *in verbis*:

“o documento escrito é aquele idôneo para, em uma análise inicial, fazer crer na existência do crédito afirmado pelo autor. Há de ser uma prova desse crédito que mereça fé, de acordo com as regras do livre convencimento do juiz”.

¹¹ STJ, 1º T., REsp. 215.526-0/MA, ac. por maioria de 11.06.2002, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 07.10.2002, p. 176.

¹² Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Novo Curso De Direito Processual Civil, volume 2, 4ª Edição, Editora Saraiva, p. 429

Cumprе ressaltar que a prova escrita aceita para o ajuizamento do procedimento monitório pode ser a *preconstituída*, definida por Humberto Theodoro Junior¹³ como “instrumento elaborado no ato da realização do negócio jurídico para registro de declaração de vontade”, ou então, a *casual* – sendo o documento “escrito surgido sem a intenção direta de documentar o negócio jurídico, mas que é suficiente para demonstrar a sua existência”.

Por outro lado, o procedimento monitório não admite tão somente o começo de prova escrita, que até pode contribuir para a demonstração do fato jurídico, porém não é completa, já que necessita de outros elementos de convicção para gerar a certeza acerca do objeto do processo.

Por essa razão o começo de prova por escrito necessitará de outros elementos de convicção para gerar a certeza acerca do objeto do processo monitório. Inclusive, observa Carreira Alvim que tanto a prova preconstituída como a casual servem para instruir a ação monitória. O mesmo, contudo, não ocorre com o começo de prova escrita, já que, antes do deferimento do mandado de pagamento, não haverá oportunidade para que o autor a complete com testemunhas e outros elementos.¹⁴

Assim sendo, a prova escrita deve ser robusta para possibilitar o procedimento monitório.

Mas, fato é que cabe ao juiz a livre avaliação da prova trazida com a inicial, que pode ser qualquer documento que o juiz entenda que tenha fé quanto à autenticidade e eficácia probatória.

Assim sendo, verifica-se que não é imprescindível que o documento esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o documento que provém de terceiro ou daqueles registros, como os do comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas

¹³ Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, procedimentos especiais, volume 3, 39ª Edição, Editora Forense, p. 369

¹⁴ Ação Monitória, “Palestra no Congresso de Processo Civil de Brasília”, jun. 1995. STJ, 4ª T., REsp. nº 180.715/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 03.12.1998, DJU 12.04.1999, p. 161. Quanto às controvérsias relativas aos valores e forma de cálculo, devem ser solucionadas pela via dos embargos (STJ, 4ªT., REsp. nº 331.622/SP, rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 04.10.2011, RT 801/173).

aos quais se reconhece natural força probante, em conformidade com o artigo 371, III, do Código de Processo Civil.

Ou seja, pouco importa se o documento escrito não esteja assinado pelo devedor, se, por outro documento se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação.

Por esta razão, o conjunto documental pode gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo se apenas um dos documentos escritos não seja capaz de comprová-lo isoladamente.

Se o documento prevê contraprestação a cargo do autor da ação monitória, a prova a ser apresentada haverá de compreender não só a assunção da obrigação pelo demandado, como também o cumprimento daquela a cargo do promovente, ou, pelo menos, algum elemento idôneo que autorize presumi-lo¹⁵.

Por outro lado, se houver insegurança da parte autora quando à plena executividade do seu título, da sua prova, este poderá interpor o procedimento monitório, principalmente porque tal opção não causará qualquer prejuízo para a defesa do devedor.

Como exemplos de documentos escritos que podem ser objeto do procedimento monitório, conforme reconhecimento jurisprudencial dominante, temos, dentre outros, o documento particular de reconhecimento de dívida não assinado por duas testemunhas, o título de crédito prescrito¹⁶, a duplicata mercantil sem comprovante de entrega da mercadoria, a compra e venda mercantil da qual não se expediu a duplicata, o contrato de abertura de crédito em conta corrente¹⁷, e o saldo do contrato de arrendamento mercantil, contribuições condominiais, extratos bancários, honorários advocatícios, contrato de prestação de serviços,

¹⁵ Humberto Theodoro Júnior, em Curso de Direito Processual Civil, Volume III, 39. Edição, Editora Forense. Citando Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 8ª Ed., Torino, Giapichelli Editore, 1991, vol. III, nº 41, p. 163

¹⁶ TAMG, Ap. nº 226.899-1, Rel. Juiz Wander Marotta, AC. De 20.11.1996, RT 739/411; 1º TACiv-SP, Ap. nº 719.434-9, Rel. Juiz Salles de Toledo, AC. De 26.11.1997, RT 753/253; Ap. nº 210.933-1, Rel. Juiz Francisco Bueno, AC. De 29.02.96, RJTAMG 62/257; Ap. nº 217.908, Rel. Juiz Pedro Henriques, ac. De 22.08.1996, RJTAMG 64/183.

¹⁷ TAMG, Ap. nº 251.103-3, Rel. Juiz Marino Costa, AC. De 25.04.96, Ciência Jurídica 75/127.

“O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória (STJ, Súmula nº 247)

“romaneio” agrícola, contrato de seguro, contrato de cartão de crédito, cheque prescrito¹⁸, contrato de serviços hospitalares, compra e venda representada por notas fiscais e contrato de serviços educacionais.¹⁹

Já com o que se refere ao ônus da prova, no procedimento monitorio prevalecem as regras gerais do artigo 333 do Código de Processo Civil, competindo, pois, ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito por ele invocado.

E como antes citado, é fato que a prova a cargo do autor do procedimento monitorio tem de evidenciar por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente no procedimento monitorio tem de individualizar a prestação reclamada pelo autor, pois não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto.

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

E dentre as possíveis provas admitidas no procedimento monitorio temos:

1.5.1 Títulos executivos prescritos utilizados como prova para o procedimento monitorio:

Uma das questões mais polêmicas do procedimento monitorio reside justamente na possibilidade de títulos executivos prescritos serem considerados como prova escrita e, portanto, serem aptos a lastrear a respectiva demanda.

E como títulos executivos, podemos citar, por exemplo, os cheques, as notas promissórias, as duplicatas e as letras de câmbio, documentos estes que são considerados

¹⁸ STJ, 4ª T., REsp. nº 173.028, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. De 08.09.1998, RF 347/296. A prescrição atinge apenas a ação executiva. Não precisa, na monitoria, fazer-se prova do negócio subjacente. “A prova inicial, municiada pelo cheque, é bastante para a comprovação do direito do autor ao crédito reclamado, cabendo ao lado adverso demonstrar, eficazmente, o contrário”. (STJ, 4ª T., REsp. nº 285.223/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. De 26.06.2001, DJU de 05.11.2011, p. 116).

¹⁹ Vários julgados citados na obra de Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, procedimentos especiais, volume 3, 39ª Edição, Editora Forense, p. 371

títulos executivos extrajudiciais por força do artigo 585, inciso I, do Código de Processo Civil.

Fato é que, de acordo com vários doutrinadores, dentre eles Márcio Archanjo Ferreira Duarte²⁰, a prova escrita mencionada no artigo 1.102a, do Código de Processo Civil, refere-se a todo documento que demonstre um ajuste de vontade e que não esteja elencado nos artigos 475-N ou 585 do Código Adjetivo.

In verbis:

“Destarte, a mencionada prova escrita sem eficácia de título executivo, nada mais seria que o produto de todo ajuste ou acordo de vontades, que revele a existência de uma obrigação, ou seja, que comprometa alguém em alguma obrigação com outrem, como qualquer contrato pode se perfazer, que não esteja elencada, tal prova escrita, no Art. 475-N ou no Art. 585, ambos do C.P.C., aduzindo o que se consideram títulos executivos judiciais e extrajudiciais, respectivamente. Ou seja, será prova escrita sem eficácia de título executivo todo documento que não esteja arrolado nos Arts. 475-N e 585, do C.P.C. Ademais, a própria lei corrobora com esse entendimento, como pode ser constatado do Inc. VII, do Art. 585.”

Ou seja, para Márcio Archanjo Ferreira Duarte, filiado à corrente de que títulos de crédito prescritos não podem lastrear uma ação monitória, admitir que um título executivo retomasse a sua executividade após a prescrição caracterizaria como um *contrassenso*, gerando insegurança jurídica.

E isso porque, no seu entendimento, o artigo 1102a quer tutelar toda prova escrita que não seja constante dos artigos 475-N e 585, ambos do Código de Processo Civil, ou seja, que não tenha força executiva (complete-se: e que nunca teve força executiva).

Dessa forma, entende Márcio Archanjo Ferreira Duarte que admitir que um documento que esteja elencado em um dos artigos acima possa ser objeto de ação monitória seria contrariar dispositivo de lei federal.

²⁰ Márcio Archanjo Ferreira Duarte. Título de crédito prescrito não se presta sequer em ação monitória. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3967/Titulo-de-credito-prescrito-nao-se-presta-sequer-em-acao-monitoria>.

Nesse sentido, a ação competente para executar uma nota promissória, seria a ação cambial. Então, quando os referidos títulos perecem de sua exeqüibilidade, em razão do decurso prescricional específico como determina a lei, estes não mais poderão, sob referido entendimento, readquirir força executiva, sob pena de ferir frontalmente o princípio da segurança jurídica.

Ademais, referida corrente entende que, caso contrário, além de desvanecer o aludido princípio, igualmente estaria tombando dispositivos legais referentes à prescrição de cada título executivo dos artigos 475-N e 585, do Código de Processo Civil, especificamente tratada em lei, bem como estaria perpetuando determinados direitos que a prescrição veio a limitar, haja vista que nenhum direito é infinito.

Por outro lado, em entendimento contrário e majoritário, existe outra corrente, que, conforme Orlando de Assis Corrêa²¹ considera que:

“um cheque sem força executiva, por já haver transcorrido o prazo de lei para o processo de execução, uma nota promissória ou uma letra de câmbio nas mesmas condições podem lastrear o procedimento monitório, uma vez que demonstrariam a certeza e a liquidez da obrigação, preenchendo os requisitos da “prova escrita”.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça também já entendeu e, inclusive sumulou a posição de que, “é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”²².

Desta forma, entendemos que a lei facultaria que os títulos de crédito prescritos sejam considerados como prova escrita da obrigação para ensejar o ajuizamento do procedimento monitório, não fazendo qualquer distinção neste sentido, bem como não confrontando com os artigos 475-N e 585 do Código de Processo Civil.

Afinal, se um título de crédito prescrito pode lastrear uma ação de cobrança, não subsistiria óbice para este ser objeto de um procedimento monitório.

Todavia, concordando com o já citado doutrinador Márcio Archanjo Ferreira Duarte, a possibilidade de utilizar o título de crédito prescrito como objeto de procedimento monitório não pode colocar em risco a segurança jurídica e muito menos tornar um título imprescritível,

²¹Orlando de Assis Correa. Ação Monitória. Rio de Janeiro: Aide, 1995 (p. 31).

²² Súmula 299 do Superior Tribunal de Justiça.

razão pela qual, para o ajuizamento do procedimento monitorio, imperiosa a observância das regras de prescrição de referida pretensão, estampadas no código civil, que a seguir serão estudadas e analisadas, para cada tipo de objeto.

Ademais, e especialmente com relação aos títulos executivos prescritos, temos que a prescrição atinge apenas a ação executiva, cabendo, pois, a propositura da demanda monitoria, sem a necessidade de se fazer prova do negócio subjacente.

Nesse sentido:

“A prova inicial, municiada pelo cheque, é bastante para a comprovação do direito do autor ao crédito reclamado, cabendo ao lado adverso demonstrar, eficazmente, o contrário”. (STJ, 4ªT., REsp. nº 285.223/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. De 26.06.2001, DJU de 05.11.2011, p. 116).

1.6 Procedimento:

Com relação ao procedimento da monitoria, estando apta a sua petição inicial, observando os moldes do artigo 282 do Código de Processo Civil, especialmente contendo a descrição do fato constitutivo do direito do autor, já que este não dispõe de título executivo capaz de dispensá-lo da demonstração da *causa debendi*, com exceção das hipóteses de cheque prescrito, no qual basta a prova escrita, e munida do documento essencial, qual seja, “a prova escrita”, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa ao devedor, para fazê-lo dentro do prazo de quinze dias (conforme verifica-se no artigo 1.102, b, do Código de Processo Civil).

Referida decisão judicial que defere a expedição do mandado de pagamento é tida como interlocutória, em conformidade com o artigo 162, § 2º do Código de Processo Civil, em tudo igual, em natureza processual, à que defere a citação na execução de título executivo extrajudicial. Porém, não seria referida decisão recorrível, não pela sua natureza jurídica, mas pela falta de interesse do réu para justificar o manejo do agravo, visto que a consequência imediata da citação é a abertura, para o destinatário, da faculdade de defender-se amplamente por meio de embargos.²³

²³ Em caso de decisão que, em processo de execução, determinou a penhora, a jurisprudência tem denegado o agravo de instrumento justamente porque o devedor dispõe dos embargos para impugnar o ato judicial. “Se, antes mesmo da formação do instrumento, suscitou-se a mesma questão, atinente à impenhorabilidade do bem, à luz da Lei nº 8.009/90, em sede de embargos à execução, não subsiste o interesse em recorrer. Recurso Especial

Cabe ressaltar que, embora equiparado a uma sentença condenatória, o efeito do mandado monitório é provisório. Tanto que será revisto na ocasião da sentença de procedência dos embargos, eventualmente opostos pelo devedor.

Citado o réu, cuja citação pode ocorrer através de edital ou citação com hora certa²⁴, a lei faculta o cumprimento espontâneo do mandado pelo devedor, isentando-o de custas e honorários advocatícios nessa hipótese (conforme verifica-se no artigo 1.102 c, § 1º, do Código de Processo Civil), o que serve como um verdadeiro estímulo para o abreviamento da solução da lide.

Contudo, preferindo discutir a demanda, o réu deverá opor embargos, dentro do prazo de 15 dias contados da data da juntada do mandado efetivamente cumprido nos autos, cujos embargos suspenderão a eficácia da ordem de pagamento, sem a necessidade de prévia garantia do juízo, obedecendo ao rito ordinário (conforme preceitua o artigo 1.102 c, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil).

A oferta de embargos torna, pois, a monitória um procedimento de cognição, cujo provimento será uma sentença, que confirmará ou não o mandado de pagamento inicialmente deferido.

De referida sentença, o recurso cabível será o da apelação, que deverá ser, via de regra, recebido no duplo efeito legal (devolutivo e suspensivo).

O mesmo se passa com a rejeição liminar dos embargos, sem apreciação de mérito, cabendo recurso de apelação contra referida decisão, pois prevalece o entendimento jurisprudencial de que a regra especial sobre os efeitos da apelação contra sentença proferida em embargos à execução (artigo 520, V, do Código de Processo Civil) não se estende, em circunstância alguma, aos embargos da ação monitória.²⁵

conhecido e provido.” (STJ, 3º T., REsp. 70.533-RJ, ac. unânime de 09.10.1995, DJU de 13.11.1995, p. 38.678). O mesmo entendimento é de aplicar-se à decisão que, na ação monitória, defere o mandado de pagamento.

²⁴ STJ, 3ªT., REsp. nº 297.421/MG, Rel. min. Sálvio de Figueiredo, AC. De 09.05.2011, DJU de 12.11.2011, p. 125.

²⁵ Com os embargos o procedimento especial da monitória se ordinariza, sujeitando-se às regras do processo de conhecimento e não do processo de execução. Descabe, outrossim, a aplicação analógica do art. 520, V, do CPC. (STJ, 3ªT., REsp. 207.728/SP, Rel.Min. Nancy Andrighi, ac. de 17.05.2001, DJU 25.06.2011, p. 169, RSTJ 146/288; Rev. Processo 117/272-274).

Por outro lado, caso não seja pago o débito, não sejam opostos embargos pelo devedor, que se sujeitará aos efeitos da revelia, ou então, na hipótese de serem propostos embargos pelo devedor, porém caso estes sejam julgados improcedentes com decisão transitada em julgado, o mandado monitório será convertido em mandado executivo, prosseguindo o feito na forma prevista do Livro I, Título VIII, Capítulo X, do Código de Processo Civil (artigo 1.102 c, *caput* e § 3º do Código de Processo Civil), de acordo com a alteração introduzida pela Lei 11.232/2005 de 22 de dezembro de 2.005.

Vale esclarecer que o dispositivo acima remete o mandado executivo às normas que regulam o cumprimento de sentença.

E, nessa hipótese, uma vez efetuada a segurança do juízo, não caberão embargos do devedor, mas apenas eventual impugnação, nos limites do artigo 475-L, na redação da Lei nº 11.232/2005, que substituiu o regime do antigo artigo 741 do Código de Processo Civil.

Ademais, quando o procedimento monitório referir-se à entrega de coisa, a revelia do devedor não provocará a transformação do feito em execução de sentença com o rito completo do artigo 621 e seguintes do Código de Processo Civil. Nesse caso, o cumprimento do mandado se fará de imediato, por mandado de busca e apreensão, não havendo mais a oportunidade da interposição de embargos.

1.7 Embargos à ação monitória:

A defesa do réu no procedimento monitório é feita por meio de embargos. Não se fala em contestação porque o mandado de citação não o convida a defender-se. Sua convocação é feita, de forma injuntiva, visando a compelir o réu a realizar, desde logo, o pagamento da dívida em prazo que lhe é liminarmente assinado. A instauração do contraditório é, pois, eventual, e parte do devedor citado para satisfazer o crédito do autor.

Desta forma, a resposta dada pelo demandado é denominada embargos à ação monitória.

Mas a natureza jurídica dos embargos no procedimento monitorio tem gerado inúmeras controvérsias doutrinárias.

E isso porque uma primeira corrente doutrinária tem afirmado que os embargos têm natureza de demanda autônoma²⁶. Entendem os defensores dessa corrente, dentre os quais Dinamarco, que o ajuizamento dos embargos dá vida a um novo processo de conhecimento, incidente ao procedimento monitorio²⁷.

Sustentando essa posição, afirmam que a nossa legislação sobre monitoria estabeleceu que o mandado ficará *suspense*, quando forem interpostos embargos (artigo 1.102-C, *caput*, do Código de Processo Civil), independentemente de sentença final. Isso basta para descartar que os embargos do artigo 1.102-C sejam “contestação”.

Ou seja, sobre esse prisma, os embargos constituem, nitidamente, uma forma incidental de desconstituição do provimento inicial e/ou de reconhecimento da inexistência do crédito, o que, no sistema processual brasileiro, é feito através de nova demanda, geradora de outro processo.

Há, contudo, de outro lado, quem considere os embargos ao procedimento monitorio como resposta do réu, de natureza idêntica à de uma contestação, sem que tal impugnação dê origem a um novo processo, como leciona Theodoro Júnior²⁸.

Registre-se, por fim, a existência de uma terceira tese, de Celso Anicet. Lisboa²⁹, que afirma terem os embargos natureza de recuso, a qual, contudo, mostra-se equivocada, diante do principio da taxatividade dos recursos.

Parece-nos, contudo, correto o entendimento de que os embargos ao procedimento monitorio são tidos como uma verdadeira contestação, por ser uma resposta do réu, já que tal impugnação não dá origem a um novo processo, como é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, antes citado.

²⁶ Terminologia encontrada, *e.g.*, em Talamini, Tutela Monitorio, p. 125.

²⁷ Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p.243.

²⁸ Theodoro Júnior, *As Inovações no Código de Processo Civil*, p. 85; Nelson Nery, *Atualidades Sobre o Processo Civil*, p.231; Carreira Alvim, *Procedimento Monitorio*, pp. 133-138; Ada Pellegrini Grinover, “Ação Monitoria”, in *Ensaio Jurídico – O Direito em Revista*, vol.4, Rio de Janeiro: IBAJ, 1997, p. 383.

²⁹ Celso Anicet. Lisboa, *A Utilidade da Ação Monitoria*, Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 108-111.

No que tange ao procedimento, temos que o réu não precisa segurar o juízo para embargar a ação monitória, como dispõe o artigo 1.102-c, parágrafo 2º do Código de Processo Civil.

Apresentados os embargos, dentro dos 15 dias previstos no artigo 1.102-b, o mandado de pagamento fica suspenso, e a matéria de defesa argüível pelo devedor é a mais ampla possível. Toda exceção, material ou processual, que tivesse pertinência com uma ação ordinária de cobrança, poderá ser aventada na resposta à ação monitória.

Ao contrário do que se passa na execução, os embargos aqui não são autuados à parte, sendo, pois, processados nos mesmos autos. Ademais, após a apresentação dos embargos, o procedimento seguirá o rito ordinário do processo de conhecimento, até a sentença, que poderá acolher ou não a defesa.

No caso de serem rejeitados referidos embargos, a execução terá início, pois a sentença transformará a ação monitória em execução de título judicial, observando-se o procedimento previsto para o cumprimento das sentenças relativas às obrigações de quantia certa ou de entrega de coisa.

No caso das obrigações de quantia certa, passando o prazo para o cumprimento voluntário, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação, conforme prevê o artigo 475-J, na redação da Lei nº 11.232, de 22.12.2005).

Na hipótese de entrega de coisa o mandado será de busca e apreensão, em conformidade com o artigo 461-A, §2º do Código de Processo Civil.

Por outro lado, na hipótese de acolhimento dos embargos, será revogado o mandado inicial de pagamento e extinto o processo. Contudo, se for acolhido apenas de forma parcial, a execução terá curso sobre o remanescente do pedido do autor não alcançado pela sentença.

E da sentença que julga os embargos caberá recurso de apelação, a ser processado pelos efeitos devolutivo e suspensivo, impedindo o curso da ação monitória até que venha a ser apreciado o objeto dos embargos em segundo grau de jurisdição³⁰.

³⁰ STJ, 3ªT., REsp. nº 207.728/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. de 17.05.2011, DJU de 26.05.2001, p. 169.

1.8 A sentença, a coisa julgada e a execução:

A coisa julgada material formar-se-á no procedimento monitório em torno do direito do autor, basicamente, de duas maneiras: pela revelia do demandado, quando este deixa de opor embargos no prazo legal, ou pela sentença, transitada em julgado, que julga o mérito dos embargos propostos de forma tempestiva pelo réu.

Cria-se, pois, com a coisa julgada do procedimento monitório o título executivo judicial para o credor, nas duas apontadas situações.

E referida conversão do mandado moratório para o mandado executivo opera-se de pleno direito, isto é, como consequência automática da falta da apresentação dos embargos no tempo oportuno ou da rejeição ou improcedência daqueles que foram oportunamente manifestados.

Assim sendo, formado o título executivo, pelo decurso do prazo sem que seja oferecida a oposição do demandado (embargos ao mandado), ou por ter sido proferida sentença de procedência da demanda monitória – e consequentemente improcedência dos embargos, afirma o Código de Processo Civil, em seu artigo 1.102-c, § 3º, que se deve prosseguir na execução, na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X do Código de Processo Civil.

Em outros termos, podemos dizer que, formado o título executivo, pode-se dar início à execução para entrega da coisa, ou à execução por quantia certa contra devedor solvente.

Entendemos que, alcançada essa finalidade, com a constituição do título executivo, extingue-se o módulo processual de conhecimento e, na forma estabelecida pelo Código de Processo Civil, torna-se possível a instauração do módulo processual de execução, considerando-se que a execução se fará no mesmo processo em que o título tenha se formado, ou seja, nos autos da monitória.

Ora, tendo sido feita expressa remissão ao Livro I, que regula o módulo processual de execução, entendemos que a única interpretação adequada é a que considera que a execução se fará, na hipótese, no mesmo processo em que o título tenha se formado.

E, tratando-se, pois, de obrigação pecuniária, a execução far-se-á na forma dos artigos 475-I a 475-R do Código de Processo Civil.

Ademais, no que se concerne aos casos em que o procedimento monitorio tenha sido empregado para obrigações de entregar coisa móvel determinada ou coisas fungíveis, a execução far-se-á também no mesmo processo em que se tenha obtido o título executivo (ou seja, como uma fase complementar do procedimento monitorio), na forma do disposto no artigo 461-A do Código de Processo Civil.

Isto, contudo, não desnatura o procedimento monitorio, que continua a seer procedimento especial do processo de conhecimento, sendo certo que a especialidade não reside nesta junção de duas fases distintas no mesmo processo, eis que isso se dá em todos os processos que tenham por finalidade o reconhecimento e a satisfação das obrigações, que são processos que se desenvolvem através de uma fase cognitiva e, posteriormente, uma fase complementar executiva.³¹

Instaurado, pois, o módulo processual executivo, será cabível, à evidencia, o oferecimento de embargos do executado. Tendo sido oferecidos embargos ao mandado, sem qualquer dúvida, a defesa do executado ficará limitada ao disposto no artigo 475-L do Código de Processo Civil, só se podendo admitir que o juiz conheça das matérias ali elencadas.

Porém, surgem dúvidas quanto a haver ou não tal restrição à defesa no caso de se ter formado o título executivo no procedimento monitorio sem que o demandado tenha oposto embargos ao mandado. Autores entendem que, afirmando ser mais restrita, neste caso, a eficácia preclusiva do prazo para oferecimento de oposição, admitem que a defesa do executado seja oposta na forma do artigo 745 do Código de Processo Civil, não obstante o caráter judicial do título executivo.³²

Contudo, o entendimento anteriormente apresentado, porém, parece incompatível com a afirmação de que surge a coisa julgada material quando, expedida a sentença liminar, o ré não oferece embargos ao mandado.

³¹ Alexandre Freitas Câmara, em *Lições de Direito Processual Civil*, Volume III, 14ª Edição, Editora Lumen Juris, pp. 484

³² Cruz e Tucci, *Ação Monitoria*, pp. 95/96; Nery Júnior, *Atualidades Sobre o Processo Civil*, p.233.

Preferimos, assim, concordar com aqueles que afirmam incidir, na hipótese, necessariamente, o artigo 475-L do Código de Processo Civil, só se podendo alegar na defesa do executado – tenham sido ou não apresentados os embargos ao mandado – as matérias constantes daquele dispositivo legal.

Esta é, a nosso ver, a única tese capaz de evitar que se contrarie o disposto nos artigos 475-L (segundo o qual na impugnação à execução fundada em título judicial só se pode alegar as matérias ali enumeradas), 745 (que afirma ser possível a alegação, em sede de embargos, de qualquer matéria que poderia ter sido deduzida como defesa no processo de conhecimento, quando a execução for fundada em título extrajudicial) e 1.102-C, segundo o qual o título executivo que se forma no caso de o réu do procedimento monitório não oferecer embargos tem natureza de título judicial.

Aplica-se, pois, à hipótese, o disposto no artigo 475-L, e não à norma do artigo 745, ambos do Código de Processo Civil.

A defesa do executado, pois, dar-se-á por impugnação, e não por embargos.

CAPÍTULO 2 – DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A questão relativa ao cabimento do procedimento monitório está intimamente relacionada ao prazo prescricional para o seu exercício, observando-se as hipóteses para cada um de seus possíveis objetos.

Ou seja, tome-se como exemplo o titular de um cheque que perdeu a eficácia executiva devido à inércia de seu titular. O prazo para a apresentação do cheque é de trinta ou sessenta dias, dependendo do caso. Ademais, o prazo em que o referido título mantém sua eficácia executiva é de seis meses, sendo certo que referido prazo só terá início quando se findar o prazo de apresentação da cártula perante a instituição financeira.

Assim, é a partir da perda da eficácia executiva de referido cheque que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação monitória começará a correr, uma vez que, até então, em tese, o autor carece de interesse para agir, pois poderá cobrar seu crédito através da demanda executiva.

Contudo, importante esclarecer que, havendo a prescrição da executividade de referido título e permanecendo o interesse do autor em interpor a demanda monitória, este deverá observar os prazos prescricionais inerentes ao objeto do seu pedido monitório.

E, especificamente com relação ao cheque, com ênfase no presente estudo, temos que, a Lei nº 7.357/85, conhecida como Lei do Cheque, dispõe em seu artigo 33, que esse título deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago; e de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior.

O artigo 47 do mesmo diploma confere ao portador do cheque a possibilidade de ajuizar ação executiva, a qual, de acordo com o artigo 59, deve ser exercida no prazo prescricional de 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação.

Além da ação executiva, a Lei do cheque prevê ainda, no seu artigo 61, uma “ação de enriquecimento” a ser manejada nos casos de locupletamento indevido do emitente, no prazo de 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição da ação executiva.

E expirado o prazo da “ação de enriquecimento”, ou de “locupletamento” como ficou conhecida, permite-se ao beneficiário do cheque valer-se, ainda, de ação monitória para cobrar do sacado o valor consignado na cártula. Nesse sentido, a Súmula 299 do Superior Tribunal de Justiça com a seguinte redação: “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”.

Isso porque, o cheque prescrito constitui documento que atende à exigência de prova escrita sem eficácia de título executivo, prevista no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil.

A dívida representada pelo cheque pode ser cobrada, finalmente, em ação de cobrança, submetida ao rito comum ordinário. Ao tempo do Código Civil de 1.916, o prazo prescricional para o exercício dessa pretensão era o prazo geral de vinte anos, próprio das ações pessoais, previsto no artigo 177 daquele diploma³³.

Assim sendo, no caso do procedimento monitório é preciso saber o prazo prescricional a que está submetida a respectiva pretensão, ou seja, de quanto tempo dispõe o beneficiário do cheque, ou melhor, o titular da dívida representada pela prova escrita sem força de título executivo, para ingressar com a ação monitória para cobrar a dívida nela representada.

E examinando o Código Civil, na parte relativa à prescrição, destacam-se três situações que se relacionam com a hipótese ora examinada:

- a) o artigo 206, § 3º, IV, que estabeleceu o legislador que a “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa” prescreve em 3 (três) anos.
- b) o § 5º, I, que estabeleceu que “a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular” está submetida a prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

³³ STJ. 4ªT. REsp 190.596/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 08/09/2003; REsp 36590/MG, Rel. MIN. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 31/10/1994.

c) Finalmente, o artigo 205, que registrou que: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

E nesse sentido, existem três entendimentos distintos acerca do prazo prescricional que deverá ser adotado para a propositura do procedimento monitorio, conforme se passa a examinar.

2.1. Adoção do prazo de dez anos:

A primeira corrente doutrinária que analisaremos entende que o prazo prescricional para que o interessado obtenha provimento favorável de mérito pela via monitoria seria de dez anos, conforme prevê o artigo 205 do Código Civil, que estabelece que a prescrição ocorre em tal prazo desde que a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Vale esclarecer que o principal fundamento desse entendimento é de que não existe dispositivo específico previsto para a ação monitoria, razão pela qual deve ser aplicado este prazo geral.

É certo que referido entendimento era o único existente na vigência do Código Civil de 1916, quando, então, o prazo geral era vintenário.

Portanto, segundo essa primeira corrente doutrinária, o procedimento monitorio, como modalidade especial de ação de cobrança de obrigação, submete-se ao prazo prescricional geral de dez anos, previsto para as ações pessoais, em conformidade com o artigo 205 do Código Civil, que corresponde aos artigos 177 e 179, do Código de 1916.

Contudo, em atenção à finalidade do instituto da prescrição, o qual deve operar no sentido da segurança jurídica, o prazo de dez anos se apresenta muito longo para a manutenção de uma lide.

E isso porque é difícil sustentar que dez anos depois de contraída a dívida, o indivíduo ainda possa ser compelido ao seu pagamento por meio de um procedimento mais célere, que permite a rápida formação de um título executivo judicial, como é o caso da demanda monitoria.

Esse entendimento, pois, parece atentar contra a segurança das relações jurídicas, razão pela qual não deve ser adotado.

2.2. Adoção do prazo de três anos:

Outra corrente doutrinária existente sobre o tema sustenta que o prazo prescricional para o ajuizamento da demanda monitória é de três anos. No entanto, os defensores de referido prazo trienal apresentam fundamentos diversos para justificar suas conclusões.

E isso porque há aqueles que se baseiam na previsão específica do artigo 206, § 3º, inciso VIII, do Código Civil, onde se encontra estabelecido o prazo prescricional de três anos para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial.

Segundo os defensores da aplicação do prazo prescricional de três anos com base nesse fundamento, o referido dispositivo do novo Código Civil atingiria qualquer ação visando à cobrança com base em título executivo. Porém, esse entendimento merece críticas na medida em que o referido prazo se refere, na verdade, à eficácia executiva dos títulos de crédito não previstos em lei especial.

É cediço que, o principal problema quanto às fontes normativas dos títulos de crédito é relativo à aplicação do Código Civil, o qual não tratou de nenhum título de crédito em especial, limitando-se a traçar normas de abrangência geral.

Mas, duas são as razões de se tratar no Código Civil os títulos de crédito, diante da já extensa normatização preexistente a sua promulgação: o estabelecimento de normas gerais, e a possibilidade de criação, com base legal, de títulos de crédito atípicos, inominados, bastando para tanto, o preenchimento dos requisitos mínimos apontados no artigo 889 do referido Código para que qualquer título tenha validade.

É sabido que a norma especial derroga a norma geral, ainda que esta última seja mais nova. Nesse sentido, encontra-se previsto no artigo 903 do Código Civil de 2002 que, salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.

O Conselho da Justiça Federal, na sua Primeira Jornada de Direito Civil, contudo, aprovou enunciado sob o número 52, segundo o qual, por força da regra do artigo 903 do Código Civil, as disposições relativas aos títulos de crédito não se aplicam aos já existentes.

A inteligência do enunciado segue no sentido de que os títulos de crédito que já eram tratados em leis anteriores ao Código Civil atual não sofrerão a aplicação de suas normas, sequer subsidiariamente, traçando uma aparente divisão temporal na aplicação do princípio da especialidade.

Já a doutrina, de forma geral, assim como Luiz Emygdio F. da Rosa Jr, entende que a aplicação das normas do Código Civil aos títulos de crédito tratados em normas especiais seria não só uma afronta ao princípio da especialidade, mas também uma subversão da própria autonomia do direito empresarial em relação ao direito civil³⁴.

Portanto, com base no enunciado número 52 do Conselho da Justiça Federal, é possível concluir que o Código Civil não tem absolutamente nenhuma aplicabilidade aos títulos de crédito já tratados em leis especiais, especialmente aquelas já em vigor quando da promulgação do diploma civilista.

Assim sendo, o entendimento sob análise, segundo o qual o prazo prescricional para a obtenção de um provimento de mérito favorável pela via monitória seria de três anos, com base no inciso VIII do § 3º do artigo 206 do Código Civil, ao argumento de que a aplicação desse dispositivo atingiria qualquer ação visando à cobrança de título executivo, parece atentar contra a autonomia do Direito Empresarial e desconsiderar a natureza dos efeitos do prazo prescricional previsto no aludido dispositivo legal, o qual atinge a pretensão executória de eventual título de crédito atípico a ser elaborado nos termos da lei civil, em nada se relacionando com o exercício do direito de ação pela via monitória.

Ademais, a prescrição do título de crédito não deve se confundir com a prescrição da própria pretensão. Não se tratando de ação cambial, mas de cobrança de dívida consignada em documento escrito, entendemos seja cabível o procedimento monitório, sendo certo que o prazo da prescrição não é o previsto no inciso VIII do § 3º, do artigo 206 do Código Civil.

³⁴ Luiz Emygdio F. Da Rosa Jr., Títulos de Crédito. 5.Ed. Revista e Atualizada, de acordo com o novo Código Civil – Rio de Janeiro – Renovar, 2007.

A outra orientação no sentido do prazo prescricional de três anos encontra fundamento no mesmo § 3º do artigo 206 do Código Civil, porém no inciso IV, que prevê prazo de três anos para ingresso da ação de enriquecimento sem causa.

E nesse sentido também parece haver um desvio de perspectiva. Isso porque a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa encontra-se disciplinada nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002. Ou seja, nos termos da lei civil, aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Não há dúvidas, pois, de que aquele que deixa de pagar uma dívida contraída experimenta acréscimo patrimonial indevido. No entanto, a pretensão de ressarcimento com base no enriquecimento sem causa em nada se confunde com aquela deduzida pelo procedimento monitório.

E isso porque a ação que traz como causa de pedir o enriquecimento sem causa tem como fundamento a equidade e objetiva a correção de desequilíbrio patrimonial não tutelado de forma específica pela lei.

Há, pois, que se ter em mente que o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil não impõe prazo prescricional de três anos para todas as situações em que se verificar um enriquecimento descabido. A norma, na verdade, se refere apenas à pretensão de ressarcimento.

Se a pretensão não é de ressarcimento, mas de outra natureza, como, por exemplo, de cobrança, de anulação de ato jurídico, de indenização, de constituição de situação jurídica, entre outras, não será o caso de aplicação do prazo trienal.

Assim, o inadimplemento de dívida contraída pode até mesmo gerar para o devedor uma situação patrimonial mais favorável e para o credor um empobrecimento, já que este não obtém a contraprestação devida do seu devedor.

O “enriquecimento sem causa”, muitas vezes designado como “enriquecimento ilícito” ou “enriquecimento indevido”, embora não sejam expressões sinônimas, lança raízes nas *condictiones* do Direito Romano.

Moreira Alves³⁵ esclarece que tais institutos eram baseados na equidade e buscavam corrigir desequilíbrios patrimoniais não tutelados de forma específica pela lei. Entre as principais *condictiones* podem ser citadas a *contitio indebiti*, deferida no caso de pagamento por erro, e as *condictiones sine causa*, deferidas nas hipóteses de pagamento efetuado sem causa.

Trata-se de fonte de obrigação cuja configuração está subordinada a três requisitos:

- i) Aumento do patrimônio de uma parte;
- ii) Empobrecimento suportado pela outra parte;
- iii) Ausência de justa causa.

Vilson Rodrigues Alves³⁶, ao comentar o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil, procura identificar as hipóteses de enriquecimento sem causa, afirmando que:

“Vê-se, opera-se o enriquecimento injustificado tanto se a) houve vontade do prejudicado, como se b) houve prejudicado não-volente, quanto se no suporte fático c) não houve ato, mas fato jurídico em sentido estrito, ou ato-fato jurídico, em que se abstrai do quid psíquico do agente e se considera o ato objetivamente, como se fora fato, portanto, ato-fato.

Em a), prejudicado volente paga o que não deve, querendo pagar o que erroneamente supôs dever; em b) o prejudicado não-volente perde o crédito, por ter sido eficaz o pagamento feito ao credor putativo (Código Civil, art. 309); em c), os bens, enriquecem-se a expensas dos bens comuns, por exemplo.

Pode haver enriquecimento injustificado com a *contitio indebiti*, se é solvido o que não se deve, com solução por conseguinte indevida conforme dispõe o artigo 876 do Código Civil.

³⁵ Moreira Alves In Newton De Lucca, Comentários ao Novo Código Civil, vol. XII: Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 100

³⁶ Vilson Rodrigues Alves, Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil, 3ª ed.: Servanda, Campinas, 2006, pp. 343/344

Também, com a *condictio ob causam finitam*, como se, cessada a causa que existia, o que se presta, após a extinção da causa, é o atribuído sem dever do atribuinte, tal o que se presta por erro antes da data da resolução do contrato bilateral pedida com base no Código Civil, artigo 475. É o que estatui o Código Civil, artigo 885, quando enuncia que ‘a restituição é devia, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir’.

Ainda com a *condictio ou causam non secutam*, ou na *condictio causa data causa non secuta*, em que o ato jurídico teve causa, mas por falta de elemento subjetivo ou objetivo, que torna deficiente o suporte fático, a determinação da causa é atingida, tal a hipóteses da prestação ou do recebimento *solvendi* causa pelo incapaz, em conformidade com o artigo 310 do Código Civil.

Igualmente com a *Condictio ob turpem vel iniustam causam*. Se ‘B’ efetua contraprestação para obtenção de fim ilícito, imoral, ou proibido por lei, ‘A’, que efetuara a prestação, pode repetir com a *condictio ob turpem causam*, invocando o Código Civil, artigo 166, II, 1ª Parte.

Por fim, o enriquecimento injustificado pode ocorrer com a condição por disposição sem direito, ou sem poder de dispor. O que dispõe sem direito, ou sem poder de dispor, tem o dever de restituir o que recebeu com a disposição feita sem direito, ou sem poder, conforme o artigo 986 do Código Civil.

E no entendimento de Tepedino³⁷, comentando o artigo 206, § 3º, IV, se ocupa logo em esclarecer que o enriquecimento sem causa é gênero do qual é espécie o pagamento indevido (artigos 876 a 873 do Código Civil).

A preocupação atende à constatação prática de que a maioria das hipóteses (ou pelo menos as mais corriqueiras) em que se pode apontar uma pretensão de ressarcimento fundada em enriquecimento sem causa, constituem, na verdade, hipóteses de pagamento indevido.

Caio Mário (in Tepedino *ob cit.* p. 206) recorda que:

³⁷ Tepedino, Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República v. 1, 2ª ed.: Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 206

“O pagamento indevido, que cria para *accipiens* um enriquecimento sem causa, e, portanto, gera para o *solvens* uma ação de repetição – de in rem verso –, resulta desses requisitos extraídos da regra do BGB: 1º) que tenha havido uma prestação; 2º) que esta prestação tenha o caráter de um pagamento; 3º) que não exista dívida. Os mesmos requisitos poderiam ser sintetizados em dois: 1º) uma prestação a título de pagamento; e 2º) que a dívida não exista, pelo menos nas relações entre o *solvens* e o *accipiens*”.

Considerando os contornos elásticos do instituto do enriquecimento sem causa o E. Ministro Ruy Rosado de Aguiar³⁸ chegou a afirmar que ele poderia servir como uma cláusula geral estabelecida pelo Código para remediar situações concretas em que o prejuízo verificado não pudesse ser desfeito por outro meio. Confira-se:

” ... veio dispor sobre o enriquecimento sem causa, preenchendo uma lacuna no nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo”

Apesar das muitas situações em que se possa identificar um enriquecimento sem causa, é preciso lembrar que o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil não impõe prazo prescricional de três anos para todas as situações em que se verificar um enriquecimento descabido. A norma alude à pretensão de “ressarcimento de enriquecimento sem causa”. Uma leitura atenta do dispositivo legal revela que o substantivo “ressarcimento” desponha com importância equivalente ao do seu complemento nominal, “enriquecimento sem causa”.

Dessa maneira, se a pretensão formulada pela parte em juízo não é de ressarcimento, mas de outra natureza, como, por exemplo, de cobrança, de anulação de ato jurídico, de indenização, de constituição de situação jurídica, não será o caso de aplicação de prazo trienal.

Ademais, a pretensão que o credor pode formular em uma ação monitória, porém, não é de ressarcimento, mas sim de cobrança. O objetivo do autor da ação monitória não é o reequilíbrio da desproporção patrimonial decorrente de um enriquecimento sem causa, mas, simplesmente, o de cobrar o valor que lhe era devido, o valor que está consignado no documento e que ainda não foi pago pelo devedor.

³⁸ Ruy Rosado De Aguiar, projeto de código civil – As Obrigações e os Contratos in Revista dos Tribunais nº 775.:RT, São Paulo, Maio2000, p. 29

Por tal razão, entendemos que o prazo prescricional de três anos, previsto no inciso IV do § 3º do artigo 206 do Código Civil, para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa não pode ser aplicado na hipótese de pedido deduzido pelo procedimento monitório.

Ademais, apesar das peculiaridades de cada uma das aludidas pretensões, de forma a não permitir qualquer confusão entre elas, há precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da aplicação do prazo prescricional de três anos para a pretensão deduzida com base no enriquecimento sem causa no caso de procedimento monitório ajuizado com base em cheque prescrito.

Contudo, registre-se que essa orientação está superada no âmbito daquela Corte Superior, conforme será examinado adiante.

2.3. A adoção do prazo de cinco anos:

O entendimento que vem prevalecendo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é o de que o prazo prescricional dentro do qual o interessado poderá obter provimento de mérito favorável, optando pelo procedimento especial monitório, é o de cinco anos, previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, que atinge a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

E referida questão é pacífica em nossa jurisprudência atual, sendo que o Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já se posicionou sobre referida matéria:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE PRESCRITO. AÇÃO MONITÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL.

A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil. Recurso Especial improvido.”

STJ – Resp 1038104/SP – Ministro SIDNEI BENETI – Dje 18/06/2009³⁹

³⁹ Extraído do site oficial do STJ:

E ainda:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CHEQUE PRESCRITO. AÇÃO MONITÓRIA. PRAZO DE CINCO ANOS PARA AJUIZAMENTO. ART. 206, §5º, I, DO CÓDIGO CIVIL.

1.- O cheque prescrito serve como documento para instruir a ação monitória, mesmo vencido o prazo para a propositura da ação de enriquecimento, pois, não deixa de ser um documento representativo da relação negocial havida entre as partes.

2.- A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos de que trata o artigo 206, §5º, I, do Código Civil.

3.- Agravo regimental desprovido.

STJ – AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 1.011.556 – MT – Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – DJe 27/05/2010.⁴⁰

E no mesmo sentido é o REsp. n. 1.187.645/MG, Relator Ministro Massami Uyeda, DJ de 30.04.2010; Ag. nº 1.232.637/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, DJ de 14.04.2010, entre outros.

Mas não é só, pois, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 299, no sentido de que, “É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito.”.

Ou seja, de acordo com tais entendimentos, a cobrança formulada por meio do procedimento monitório não difere essencialmente daquela que poderia ser formulada em uma ação ordinária de cobrança.

Tem-se, pois, que a pretensão de cobrança, formulada em ação monitória ajuizada, especialmente, com base em cheque prescrito, está submetida ao prazo prescricional de cinco anos.

Ocorre que, alguns doutrinadores entendem que existem algumas peculiaridades que afastam a aplicação do prazo prescricional de cinco anos para a cobrança de cheque pela via monitória, o que será melhor abordado oportunamente, em um tópico específico.

⁴⁰ Extraído do site oficial do STJ:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10208858&sReg=200702853894&sData=20100527&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em 25/11/2011.

Ademais, os mesmo que sustentam a observância desse prazo para o exercício do direito de ação pelo procedimento monitório, ressalvam, no que se refere a notas promissórias vinculadas a contratos de abertura de crédito bancário, a incidência do prazo genérico decenal previsto no artigo 205 do Código Civil.

Por outro lado, vale esclarecer, em primeiro, que até o advento da Lei 10.931/04, a abertura de conta corrente com limite de crédito pré-autorizado era realizada simultaneamente à assinatura de uma nota promissória em branco pelo tomador do crédito em favor do banco. Se fosse inadimplido referido contrato, ou seja, se fosse usado o limite de crédito pelo tomador e este não fosse consequentemente pago, o valor por ele devido seria lançado na nota promissória anteriormente assinada (em branco), para sua conseqüente execução.

Ocorre que esse procedimento gerou uma série de problemas, a começar pela forma como era calculado pela instituição financeira o valor devido pelo correntista, posto que ante a difícil definição da natureza do contrato. Se fosse classificado como mútuo – contrato real – a mera disponibilização dos valores ao uso já seria suficiente para gerar encargos, como os juros remuneratórios.

É claro que esta dinâmica não ocorre no cheque especial: a mera disponibilização do valor não gera dever de restituí-lo com os juros, sendo necessário que o correntista efetivamente se valha do limite disposto. Não se utilizando dos valores, não há dever de restituí-los, muito menos com juros acrescidos.

Não há, de fato, a entrega dos valores pelo banco pela mera disponibilização destes na conta. Até que o correntista efetivamente se utilize do limite, quando então ocorre a real tradição dos valores, não há quaisquer encargos devidos. Assim, o entendimento que tem prevalecido é que se trata de um contrato de mútuo sob condição suspensiva: o contrato de mútuo está firmado, mas só tem eficácia quando há a utilização do valor disponibilizado em conta pelo correntista.

Pois bem, firmado o contrato e emitida a nota promissória, se o correntista o tornasse eficaz, ou seja, utilizasse o limite, e não o pagasse, o banco preencheria no título de crédito o valor devido – principal somado aos juros do período –, e o apresentaria para execução.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, diante de irresignações diversas dos correntistas submetidos a processos de execução em decorrência dessa sistemática, passou a entender que nota promissória assim emitida não apresenta liquidez suficiente para deflagrar processo de execução.

Segundo o entendimento sufragado no âmbito daquela Corte Superior, a nota promissória vinculada a contrato de abertura de conta corrente carece de autonomia. Por sua vez, o contrato de abertura de conta corrente que lhe serve de causa é altamente ilíquido. Nesse sentido, foi editado o verbete sumular número 258 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”.

A falta de autonomia em relação ao contrato bancário permitia a discussão de tudo que fosse pertinente à relação contratual bancária, ou seja, as oposições entre credor e devedor seriam inúmeras, especialmente em relação aos juros. Daí a iliquidez.

Com esta posição do Superior Tribunal de Justiça, passou a ser necessário o ajuizamento de ações monitórias pelos bancos, a fim de atribuir a necessária exequibilidade do crédito exposto na nota promissória. O contrato, a nota promissória e uma planilha de evolução do débito sustentariam a adoção da via monitória.

Nesse caso, o prazo prescricional para o ajuizamento da monitória seria o genérico, de dez anos, diante da iliquidez do título que afasta a aplicação do artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, o qual se refere à pretensão de cobrança de dívidas líquidas.

Hoje, porém, a situação dos bancos credores ficou mais confortável, encontrando na Lei 10.931/04 um instrumento valioso: a cédula de crédito bancário.

Este título de crédito inovador, nominal e endossável em preto, emitido no lugar daquela nota promissória, tem liquidez e exigibilidade imposta pela própria lei, quando apresentado em conjunto com o extrato da conta corrente ou planilha de cálculos. Juntos, a cédula de crédito bancário e os extratos da conta corrente ou planilhas demonstrativas do débito, formam um título executivo extrajudicial perfeito, passível de ajuizamento de ação executiva.

Hipótese idêntica se verifica no já abordado manejo da ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.

Nesse caso, o descabimento da execução direta do saldo remanescente se deve ao fato de que a venda do bem não precisa necessariamente realizar-se no âmbito do Poder Judiciário e ocorre sem a participação do devedor, o que conduz à iliquidez do valor apurado em seara extrajudicial, tornando não exequível o suposto valor faltante.

Como se trata de dívida ilíquida, o prazo quinquenal previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil deve ser afastado para dar lugar ao prazo genérico decenal. Caso a venda seja feita em sede judicial, com participação do devedor, esta lógica se inverte, sendo possível cogitar de execução direta do saldo remanescente.

2.4. Ação monitória embasada em cheque prescrito:

Em primeiro, é oportuno destacar que o título de crédito é um documento constitutivo, cuja declaração cartular é distinta da do negócio fundamental, sendo aquela uma verdadeira fonte de um direito autônomo e distinto do decorrente da relação fundamental e das demais convenções extracartulares.

Dessa forma, o direito cambiário é autônomo e distinto do que decorre da relação fundamental, constituindo uma nova, distinta e autônoma relação jurídica de direito substancial, dando ensejo, portanto, a um direito subjetivo cartular e a um dever, a ele correlato; ademais, haverá também uma pretensão cambiária e uma ação de direito material cambiária, sempre distinta e independente da ação causal.

A prescrição, por sua vez, no dizer de Pontes de Miranda⁴¹, é "a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação".

Para ele a prescrição não atinge, de regra, somente a ação, mas encobre também a eficácia da pretensão, e, portanto, do direito.

⁴¹ Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, Rio, Borsoi, 1955, t. VI, p. 100.

Em sendo a prescrição o encobrimento da eficácia da pretensão e em sendo o direito subjetivo, a pretensão e a ação material da relação cartular diversos e autônomos dos da relação que deu causa à criação ou circulação do título de crédito, é conclusão lógica a de que cada pretensão será encoberta pela sua própria prescrição, ou seja, haverá prescrições distintas para cada uma das pretensões (causal e cartular).

A prescrição da relação fundamental, quando esta for pertencente ao direito privado comum (frise-se que a relação causal pode ser regulada pelo direito cambiário, *verbi gratia*, um pagamento de uma letra de câmbio por meio de uma nota promissória), no atual direito positivo brasileiro, será regulada pelos artigos 189 a 206 do Novo Código Civil brasileiro.

Já a prescrição dos títulos de crédito vem prevista na Lei Uniforme de Genebra ou em leis especiais.

Já o cheque, especificamente, é rigorosamente um título cambiário, conforme as palavras de Othon Sidou, subordinando-se às regras do direito cambiário quanto à transmissibilidade e ao seu aspecto autônômico.

E segundo Sidou⁴², *in verbis*, "por ser título cambiário, de feição autônoma, o cheque é uma obrigação de causa abstrata, não se vincula a qualquer obrigação precedente [...]".

Por fim, ele conclui que, "é, pois, inútil fazer-se indagação da causa da obrigação".

Não há dúvida quanto ao enquadramento do cheque entre os títulos de crédito. Dessa forma, consiste ele em uma relação jurídica independente da que lhe deu causa, tendo, portanto, uma pretensão própria e uma ação material (cambiária de cobrança) própria.

De igual forma se deve afirmar acerca da prescrição executiva, que vem prevista no artigo 59 da Lei 7357/85, cujo prazo é de seis meses a contar da expiração do prazo para apresentação.

⁴² J. M. Othon Sidou. Do Cheque. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 374 p.

E a ação executiva se oferece a quem está munido de uma declaração de certeza; àquele cuja titularidade do direito ainda não foi verificada.

Contudo, sendo referida declaração incerta só lhe resta o uso do processo de conhecimento, para que se lhe abram as portas da via executiva. No entanto, há aquele que, sem ter declarada a certeza de seu direito, também não se encontra no campo da incerteza, estando a meio caminho das duas.

A esse sujeito, cujo direito está dotado de verossimilhança, é oferecido o procedimento monitório, uma técnica para a obtenção rápida da certeza necessária para prática dos atos materiais da execução.

Assim sendo, como vastamente citado neste estudo, a ação monitória no direito brasileiro se oferece a quem, se dizendo credor, portador de prova escrita sem eficácia executiva, pretender pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel.

E os Tribunais brasileiros vem firmando o entendimento segundo o qual o cheque prescrito constitui essa prova escrita necessária para o procedimento monitório.

Matéria essa, inclusive, já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado 299, antes citado.

Tem sido, ademais, admitida indiscriminadamente a possibilidade do uso do procedimento monitório embasada em cheque prescrito, independentemente do negócio causal.

Entretanto, a prescrição não retira simplesmente o acesso direto à execução, que é garantido ao cheque por força de lei, mas também encobre a sua pretensão e ação de direito material.

Assim, o cheque prescrito, embora seja um documento sem eficácia executiva, não é apenas isso. Ele também não mais possui a pretensão e a ação de direito material cambiária (abstrata e independente da causal) cujas eficácias foram encobertas pela prescrição.

Como assevera Pontes de Miranda, "o instituto da prescrição é de direito positivo"⁴³, de modo que, embora curto o prazo (seis meses) prescritivo do cheque, é o ordenamento que o prevê, não sendo cabível a utilização de outros meios para fazer renascer a sua ação.

É a ação de direito material o substrato, a situação existencial que justifica a tutela jurisdicional. Em não mais existindo ela, não há como se prestar a tutela jurisdicional, ou seja, a realização dos atos materiais para a realização do direito, pois oca será a ação processual, visto que não mais há o que lhe justifica a existência (o processo é o instrumento para a realização do direito substancial).

Não há o que se falar, pois, em mera extinção da via executiva que se dê com a prescrição do cheque, pois o processo de execução, como remédio processual, nas palavras de Pontes de Miranda, não prescreve: "quanto à 'ação', no sentido de remédio jurídico, não prescreve, — preclui [...]"⁴⁴.

A prescrição se opera no campo do direito material, retirando ao direito a pretensão e a ação material, de modo que, ao final da ação processual (seja qual for, de conhecimento, executiva, monitória), caso apresentada a prescrição, não poderá haver realização de atos equivalentes ao cumprimento do direito, pois a ele faltam a exigibilidade e a possibilidade de realizá-lo *inuito debitor* (ação material).

Pode, porém, restar para o credor do cheque prescrito a ação proveniente da relação causal, pois a ela se aplicam as regras próprias do direito objetivo que a regula, podendo ter prazo prescricional maior.

Portanto, parte da doutrina entende que não é possível o procedimento monitório embasado em cheque prescrito fundado apenas na ação cartular, pois esta, em tese, tem a sua eficácia encoberta pela prescrição.

Para estes, o que se faz possível é que o procedimento monitório (mero instrumento para a realização do direito material) se embase na ação causal (material), se não estiver

⁴³ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Cambiário. Tomo I. Campinas: Boockseller, 2000. 713 p.

⁴⁴ Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. Tomos V e VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

prescrita, utilizando-se como início de prova o cheque prescrito (agora mero documento), agregado a outros.

E segundo Ascarelli⁴⁵, a cártula é um documento probatório da relação fundamental, de modo que poderá embasar a ação monitória para pagamento do crédito oriundo da relação causal.

O que naturalmente não impede que, além de sua eficácia constitutiva quanto à declaração cartular, o título de crédito possa ter uma eficácia probatória quanto à relação fundamental.

É o que geralmente se verifica ao reconhecer na cambial (mesmo cambiariamente inválida), um documento probatório da relação fundamental, bastante para justificar a ação causal e, até, para a emanação de uma injunção de pagamento do crédito derivado da relação fundamental.

E ressalta-se, ainda, que o título conserva o seu valor probatório — embora *per se* não suficiente — da relação fundamental.

Ademais, em sendo abstrata a relação cartular e, em razão de sua literalidade, de ordinário não haverá menção à causa no cheque capaz de constituir algum elemento de prova acerca da relação fundamental.

Prova, isso sim, que houve uma relação cartular, que, porém, não mais possui pretensão e ação.

Destarte, para referida corrente, o procedimento monitório embasado em cheque prescrito deve ser de plano rechaçado havendo a hipótese da prescrição, extinguindo-se o procedimento monitório com julgamento de mérito com base no artigo 269, IV, do CPC, salvo se o pedido estiver fundado na relação causal, para a qual deverá constar prova mais robusta que a mera apresentação de um título que nada fala acerca do negócio causal.

⁴⁵ Tullio Ascarelli. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. 386 p.

Caso não possua essa prova escrita da relação subjacente, entendem os defensores de referida corrente que restará tão-somente a via do processo de conhecimento para o credor, pois o procedimento monitório apenas se apresenta cabível para o portador de prova escrita de seu crédito.

Assim sendo, nesse entendimento deve, primeiramente, se distinguir as situações em que a ação monitória pode estar embasada em cheque prescrito, porquanto poderá estar calcada na relação cartular, na relação causal ou em ambas.

Por evidente, em qualquer dessas situações o cheque será mera prova escrita. A questão, porém, reside nas possibilidades de acolhimento e efetiva realização do crédito em cada uma dessas hipóteses.

Nesse sentido, o procedimento monitório, como ação processual, é independente da ação de direito material, que constitui o elemento existencial que lhe dá substrato. Assim sendo, quando, por meio do procedimento monitório com base em cheque prescrito, o credor objetivar a realização do crédito oriundo da relação cartular, visto que a ação material cambiária está prescrita, deverá ser declarada a prescrição e o processo extinto com julgamento de mérito.

Ou seja, se, no entanto, o credor buscar a satisfação do crédito proveniente da relação causal, há que se verificar, primeiramente, se há prova escrita suficiente para a utilização do procedimento injuncional, não bastando, normalmente, o cheque, pois nele, de regra, não constam elementos capazes de provar de plano a existência e a natureza da relação causal.

Quando fundada nas duas relações jurídicas de direito material, há que se verificar se a prova escrita é capaz de provar ambas ou qualquer uma delas e se a que estiver provada não teve a sua ação (cambiária ou causal) encoberta por alguma causa extintiva.

Contudo, entendemos ser mais coerente a tese de que a prescrição atinge apenas a ação executiva, não sendo necessário fazer prova do negócio subjacente no procedimento monitório, pois “...a prova inicial, municiada pelo cheque, é bastante para a comprovação do direito do autor ao crédito reclamado, cabendo ao lado adverso demonstrar, eficazmente, o

contrário”. (STJ, 4ªT., REsp. nº 285.223/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. De 26.06.2001, DJU de 05.11.2011, p. 116).

Importante ressaltar ainda que o Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando a idéia de “prova escrita”, entendendo que para a propositura da ação monitória não é preciso que o autor disponha de prova literal do *quantum*.

A “prova escrita” é todo e qualquer documento que autorize o juiz a entender que há direito à cobrança de determinada dívida. Já em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores cobrados, a lei assegura-lhe a via dos embargos, previstos no artigo 1.102-C do CPC, que instauraram amplo contraditório a respeito, devendo, por isso, a questão ser dirimida pelo juiz na sentença.

O fato de ser necessário o acerto de parcelas correspondentes ao débito principal e, ainda, aos acessórios não inibe o emprego do processo monitório⁴⁶

Nesse sentido, Ernane Fidélis Dos Santos⁴⁷ entende que para a monitória, basta a prova escrita, no caso, o cheque prescrito.

Ao devedor é que caberá argüir as objeções ao título de sorte que, somente em resposta aos embargos, caberá ao credor “o ônus de alegar e provar o negócio subjacente, justificativo da cobrança”. Para referido processualista, a causa de pedir da monitória “é a simples informação da dívida, tal qual se contém no título monitório, ou seja, na prova escrita que a instrumentaliza”.

Nesses termos, a pretensão de cobrança, formulada por meio de procedimento monitório, não difere, essencialmente daquela que poderia ser formulada em uma ação ordinária de cobrança. Não pode se sujeitar, por via de consequência, ao prazo prescricional de três anos estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV do Código Civil.

⁴⁶ STJ, 4ªT., REsp. 437.638-0/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 27.08.2002, DJU de 28.10.2002, p. 327.

⁴⁷ Ernane Fidélis dos Santos, Ação monitória, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, nº 30, p.70.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o cheque, passado o prazo para ajuizamento da ação executiva, perde a sua natureza cambiária, mas não deixa de ser um documento representativo da relação negocial havida entre as partes.

Com efeito, a mesma característica que permite qualificá-lo como “prova escrita” capaz de subsidiar o ajuizamento da ação monitória (Súmula 299/STJ) também permite afirmar que ele é um instrumento particular representativo da dívida líquida.

Desta forma, considerando a natureza cambiária do cheque e os princípios da autonomia, abstração e cartularidade que cercam os títulos de crédito, é preciso reconhecer que, na origem, ainda que posteriormente prescrito pelo decurso do tempo, é documento emitido com o propósito de representar a própria dívida, conserva um tanto da relevância da natureza de origem, desprovido, entretanto da força executiva, não havendo como recusar-lhe, nessa medida, a qualidade de instrumento particular de relevo.

Demais disso, ainda na origem e ante eventualidade de prescrição ulterior, o cheque é instrumento representativo de obrigação líquida, assim entendida aquela que é certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto.

Tem-se, pois, que a pretensão de cobrança, formulada em ação monitória ajuizada com base em cheque prescrito está submetida ao prazo de prescrição quinquenal estabelecido pelo artigo 206, § 5º, I do Código Civil.

2.5. Da prescrição para a cobrança de mensalidades escolares através da ação monitória:

Registre-se, ainda, o posicionamento segundo o qual o prazo prescricional a ser observado para o manejo do procedimento monitório seria aquele previsto para o crédito que se pretende cobrar.

Foi com base nesse entendimento que se firmou a orientação de que prescreveria em um ano a pretensão de cobrar mensalidades escolares em atraso, contado o prazo do vencimento de cada uma das prestações.

Nesse sentido, veja-se o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 647345-MG, julgado em 21/06/2005, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrigli.

Com efeito, o Código Civil de 1916 trazia consignado em seu artigo 178, § 6º, inciso VII, o prazo prescricional de um ano aplicável à ação de donos de casa de educação, ou ensino, pelas prestações dos seus alunos ou aprendizes, sem diferenciar ação de cobrança pelo processo de conhecimento e ação monitória.

Diante disso, um ano após o vencimento de cada prestação escolar sob a égide daquele Código, o exercício da pretensão de exigir seu pagamento seria alcançado pela prescrição, independentemente da natureza da ação.

No que se refere às prestações vencidas durante a vigência do Novo Código Civil, há alguns julgados proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em face da regra de transição contida no artigo 2028 do Código Civil de 2002 e da inexistência de previsão correspondente no Novo Código, o prazo prescricional da pretensão para cobrança das mensalidades escolares permaneceria sendo de um ano, nos moldes do artigo 178, §6º, inciso VII, do Código Civil de 1916.

De acordo com essa recentíssima mudança de orientação, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos à pretensão deduzida pela via monitória objetivando o pagamento de prestações escolares.

Aos poucos, os demais Tribunais começaram a adotar o novo entendimento, que tende a prevalecer.

Ademais, a ação de cobrança que segue o procedimento comum e o procedimento monitório tem o mesmo objetivo: exigir o pagamento de um crédito.

Pelo procedimento monitório, no entanto, a formação do título executivo judicial é alcançada de modo mais rápido do que pela ação condenatória convencional.

Sendo assim, entendemos que não há motivos para diferenciar o prazo prescricional para ajuizar ação monitória e para propor ação de cobrança pelo processo de conhecimento, na medida em que ambas buscam a satisfação da mesma pretensão.

As prestações escolares constituem dívidas líquidas e certas advindas de instrumento particular, sendo possível afirmar que a prescrição para cobrança dessas parcelas é de cinco anos.

Importante ressaltar, ainda, que a contagem do prazo, para fins de prescrição da ação de cobrança de mensalidades escolares se inicia na data de vencimento de cada parcela e não na época de celebração do instrumento contratual em que a instituição se obriga a prestar os serviços educacionais e o contratante se obriga ao pagamento das mensalidades.

Essa conclusão decorre do o princípio da *actio nata* segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão. Nos termos do artigo 189 do Código Civil de 2002, a pretensão nasce no momento da violação do direito, qual seja, com o inadimplemento de cada contraprestação mensal assumida no contrato.

Não há no Novo Código Civil um dispositivo correspondente ao artigo 178, § 6º, inciso VII do Código Civil de 1916. Contudo, a nova lei determina em seu artigo 206, § 5º, I, que prescreve em cinco anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Por ser assim, não incide o lapso prescricional de um ano, disposto no art. 178, § 6º, inciso VII, do Código Civil de 1916, no que se refere às mensalidades vencidas durante a vigência do Novo Código.

2.6. Direito Intertemporal:

Por outro lado, ainda que feitas tais considerações, entendemos ser importante tecer alguns comentários acerca da aplicação da norma de transição estabelecida no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, segundo a qual serão os da lei anterior dos prazos quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito à data em que o Novo Código efetivamente entrou em vigor. Interessante anotar que vigência e vigor são institutos que absolutamente não se confundem. Vigência é um critério temporal. Caracteriza-se a partir do momento em que a lei existe formalmente, o que, de acordo com a orientação predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ocorre com a promulgação. A partir de então, a lei já pode ser objeto de controle de constitucionalidade repressivo. Vigor, por sua vez, é a capacidade de produzir efeitos. Trata-se de critério material e não formal.

Conforme preceitua a regra insculpida no *caput* do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de publicada. De acordo com parte da doutrina, a contagem desse prazo deve incluir o dia de início e incluir o dia final, nos termos do artigo 8º, § 1º, da Lei Complementar 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

De fato, a Lei 10.406/2002, que institui o Código Civil, foi sancionada e promulgada em 10/01/2002, sendo que sua publicação ocorreu no dia subsequente, em 11/01/2002. De acordo com o que se encontra estabelecido no artigo 2.044 do Código Civil: “Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação”. Há intensa controvérsia acerca da contagem desse prazo anual.

Há quem sustente que o prazo de um ano deve ser contado até o dia correspondente do ano subsequente, com base no artigo 132, § 3º, do Código Civil, segundo o qual os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. Segundo esse entendimento, portanto, o Código Civil teria entrado em vigor no dia 12/01/2003, um ano após a sua publicação, incluídos na contagem o dia inicial e o dia final⁴⁸.

Contudo, o entendimento que prevaleceu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça segue no sentido de que o Novo Código Civil entrou em vigor no dia 11/01/2003, conforme uma interpretação sistemática do artigo 2.044 do mesmo Código com o artigo 8º, § 1º, da Lei

⁴⁸ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10ª Edição revista, ampliada e atualizada até 1º.10.2007. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2007.

Complementar 95/98, sendo que a referência a “um ano” deve ser compreendida como trezentos e sessenta e cinco dias. Nesse caso o último dia do prazo seria o dia 10/01/2003. Aplicando-se o sistema adotado pela lei Complementar 95/98, inclui-se na contagem o último dia do prazo, de tal maneira que o Novo Código Civil teria entrado em vigor no dia subsequente, qual seja, no dia 11/01/2003.

Portanto, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, o prazo prescricional estabelecido pelo Código Civil de 2002 para o exercício da pretensão de cobrança pelo procedimento monitório, seja ele qual for, deve observar a entrada em vigor do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003.

Antes dessa data, havia dois prazos prescricionais aplicáveis ao exercício da pretensão de cobrança pelo procedimento monitório. De maneira geral, aplicava-se o prazo prescricional vintenário, em conformidade com o que dispunha o artigo 177 do Código Civil de 1916. Excepcionalmente, aplicava-se o prazo ânua relativo à cobrança de títulos vinculados a contraprestações mensais pela prestação de serviços educacionais.

Em se tratando do prazo prescricional vintenário, qualquer que seja a orientação adotada acerca do prazo a ser aplicado na vigência do Novo Código, a observância da regra estabelecida no artigo 2.028 é de rigor.

Com efeito, de acordo com tudo o que foi dito, destacam-se três situações que parecem se relacionar com a pretensão de cobrança pelo procedimento monitório. No artigo 206, § 3º, incisos IV e VIII, do Código Civil, o legislador de 2002 estabeleceu que a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa ou para haver o pagamento de título de crédito prescreve em três anos. No § 5º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, estabeleceu que a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular está submetida ao prazo prescricional de cinco anos. Finalmente, no artigo 205, registrou que a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Diante disso, verifica-se que os prazos em questão foram reduzidos relativamente ao que vigorava sob a égide do Código anterior. Decorre daí que se aplicará o prazo vintenário anterior sempre que, diante do caso concreto, verificar-se que, na data da entrada em vigor do

Novo Código, em 11/01/2003, já houver transcorrido mais de dez anos do prazo anterior, conforme a inteligência do artigo 2.028 do Código Civil de 2002.

Em se tratando de cobrança de mensalidades escolares pela via monitória, é preciso atentar para a divergência jurisprudencial que tende a se consolidar no sentido da adoção do prazo quinquenal previsto no Novo Código para a cobrança de dívidas líquidas. De qualquer modo, adote-se o prazo quinquenal ou o prazo anual estabelecido na lei anterior, a observância da regra prevista no artigo 2.028 do Novo Código resulta afastada, tendo em vista que, em uma ou outra hipótese, não se verifica redução de prazo. O que não se pode perder de vista é que, na hipótese em tela, o prazo prescricional começa a correr a partir de cada prestação mensal inadimplida e não da celebração do contrato de prestação dos serviços.

Definidas as orientações existentes acerca dos prazos prescricionais a serem observados por aquele que 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, utilizando o procedimento estabelecido no artigo 1.102-A e seguintes do Código de Processo Civil, cumpre definir o termo a partir do qual esse prazo começa a correr. É o que se passa a examinar.

2.7. O termo inicial do prazo prescricional:

Já foi dito que, de acordo com o princípio da *actio nata*, a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão. Encontra-se em perfeita consonância com o aludido princípio o disposto no artigo 189 do Código Civil de 2002, no qual se encontra consignado que a pretensão nasce no momento da violação do direito.

Por essa linha de raciocínio, o prazo prescricional para o credor ingressar com a ação de cobrança pelo procedimento monitório começa a correr a partir do advento do vencimento da dívida sem que haja o pagamento.

Tal afirmação pode ser aceita sem dificuldades no que se refere a quem pretender pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, com base em prova escrita, que não constitua título de crédito formal.

Em se tratando de título de crédito emitido com base na lei, a pretensão de recebimento do crédito nele contido não pode ser exercida por meio do procedimento monitório enquanto a cártula dispuser de eficácia executiva. É que nos termos do artigo 3º do Código de Processo Civil, para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. O portador de título de crédito que disponha de eficácia executiva não tem interesse na propositura de ação monitória, porquanto a via eleita se revela inadequada.

Tratando-se de pretensão baseada em título de crédito, a pretensão de constranger o devedor pela via monitória somente poderá ser legitimamente exercida após o término do prazo em que o título dispõe de executoriedade. Até então, ele poderá ingressar diretamente com o processo de execução.

A própria redação do artigo 1.102-A do Código de Processo Civil não deixa qualquer margem de dúvida nesse sentido, uma vez que traz consignado que 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. Daí se conclui, portanto, que se a prova escrita dispuser de eficácia de título executivo a ação monitória não terá cabimento.

O cheque pode ser tomado como exemplo. Conforme o verbete sumular número 299 do Superior Tribunal de Justiça, é cabível ação monitória fundada em cheque prescrito. Por sua vez, a lei 7.357/85 disciplina a prescrição de duas ações cambiárias: a executiva e a de enriquecimento sem causa.

Os prazos prescricionais estabelecidos para a pretensão de recebimento do crédito por essas vias são, respectivamente, de seis meses e de dois anos. Assim é que, somente quando superados os referidos prazos, faculta-se ao credor a propositura de ação ordinária ou de ação monitória para reaver seu crédito fundado no título de crédito.

Portanto, somente com a perda da força executiva é que o credor pode se valer da ação monitória. É somente a partir daí que se configura sua inércia. Antes disso, ele estará impedido de adotar essa via, porquanto poderá deflagrar diretamente processo de execução em face do devedor. Descaracterizada sua inércia, a prescrição não pode correr em seu desfavor.

CONCLUSÃO

O procedimento monitorio foi instituído no moderno Direito Brasileiro pelo movimento legislativo que ficou conhecido como “reforma do Código de Processo Civil”. Uma das leis oriundas desse movimento fez com que o Código de Processo Civil ganhasse três novos artigos, de números 1.102a, 1.102b e 1.102c. Tais artigos regulam aquilo que a lei processual chamou de “ação monitoria”, mas que, em verdade, deveria ser chamado de *procedimento monitorio*.

Busca-se, com tal instituto, a simplificação procedimental para abreviar-se a obtenção do título executivo, visto que o réu, pela natureza da relação de direito material em que se funda a relação do autor, pode, antes de contestar o pedido monitorio, reconhecê-lo e assim por fim à demanda, com isenção de ônus da sucumbência, ou seja livre de custas e honorários advocatícios.

Na realidade, o procedimento monitorio é uma técnica de sumarização da cognição destinada justamente para aqueles diretos que estão entre a certeza e a incerteza, isto é, os dotados de verossimilhança.

No entanto, não houve previsão legal de prazo prescricional específico a ser observado por quem pretender obter provimento favorável de mérito pela via monitoria.

Por sua vez, os prazos prescricionais consubstanciam verdadeira concretização do direito fundamental do indivíduo à segurança nas relações jurídicas, razão pela qual, estes devem ser observados e respeitados.

Escoado, pois, o lapso previsto em lei sem que o Poder Judiciário tenha sido provocado pelo interessado a tutelar sua pretensão eventualmente legítima, consolida-se a situação jurídica pelo decurso do tempo e o Estado não poderá mais imiscuir-se no conflito, senão para declarar a estabilização da aludida situação em decorrência do transcurso da prescrição.

Por isso, os prazos prescricionais devem encontrar definição segura no ordenamento jurídico.

Durante a vigência do Código Civil anterior, estabeleceu-se um consenso jurisprudencial no sentido de que o prazo a ser aplicado seria o genérico, que, na época, era de vinte anos.

Contudo, com o advento do Novo Código, a jurisprudência se dividiu entre a observância dos prazos prescricionais de três, cinco e dez anos. Esta situação se apresenta extremamente gravosa à segurança das relações jurídicas e funciona como desestímulo à adoção do procedimento mais célere da monitória, causando conflitos de decisões e desigualdade de tratamento.

Mas, a partir do final de 2009, com a consolidação da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o prazo prescricional a ser observado seria o de cinco anos, previsto para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de documento público ou particular, como o cheque, os demais Tribunais dos Estados, aos poucos, vem adotando essa orientação.

E isso porque a pretensão que o beneficiário do título pode formular em uma ação monitória não é de ressarcimento, mas sim de cobrança. O objetivo colimado pelo autor da ação monitória não é o de reequilibrar a desproporção patrimonial decorrente de um enriquecimento sem causa, de remediar o enriquecimento experimentado pela outra parte às suas custas de forma indevida, mas simplesmente, o de cobrar o valor que lhe era devido, o valor que está consignado no cheque.

Assim sendo, ultrapassada a possibilidade de execução do título, remanesce a de cobrança da dívida subjacente.

Não é demais lembrar que a ação monitória é apenas uma técnica diferenciada para realização, em prazo mais exíguo e desde que atendidos certos requisitos, da mesma tutela jurisdicional que, de outra forma, poderia ser obtida através do procedimento comum ordinário.

Ou seja, a ação monitória veicula uma pretensão de satisfação de crédito, de cobrança, portanto, consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento

judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação do seu crédito.

Nesses termos, a pretensão de cobrança, formulada por meio de procedimento monitório, não difere, essencialmente daquela que poderia ser formulada em uma ação ordinária de cobrança. Não pode se sujeitar, por via de consequência, ao prazo prescricional de três anos estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV do Código Civil.

Por outro lado, é preciso reconhecer que o cheque, passado o prazo para ajuizamento da ação executiva, perde a sua natureza cambiária, mas não deixa de ser um documento representativo da relação negocial havida entre as partes. Com efeito, a mesma característica que permite qualificá-lo como “prova escrita” capaz de subsidiar o ajuizamento da ação monitória (Súmula 299/STJ) também permite afirmar que ele é um instrumento particular representativo da dívida líquida.

Em outros termos, o instrumento corresponde à forma com que in concreto a vontade negocial se manifestou. Representa o aspecto exterior do próprio negócio, devendo lembrar-se que qualquer atitude que tenha o propósito de exteriorizar a vontade do agente para alcançar determinado efeito jurídico deve obter alguma forma perceptível exteriormente ao declarante.

Assim, considerando a natureza cambiária do cheque e os princípios da autonomia, abstração e cartularidade que cercam os títulos de crédito, é preciso reconhecer que, na origem, ainda que posteriormente prescrito pelo decurso do tempo, é documento emitido com o propósito de representar a própria dívida, conserva um tanto da relevância da natureza de origem, desprovido, entretanto da força executiva, não havendo como recusar-lhe, nessa medida, a qualidade de instrumento particular de relevo.

Demais disso, ainda na origem e ante eventualidade de prescrição ulterior, o cheque é instrumento representativo de obrigação líquida, assim entendida aquela que é certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto.

Tem-se, pois, que a pretensão de cobrança, formulada em ação monitória ajuizada com base em cheque prescrito está submetida ao prazo de prescrição quinquenal estabelecido pelo

artigo 206, § 5º, I do Código Civil, “prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular”.

E a consolidação do entendimento acerca do prazo prescricional em questão representa um avanço jurisprudencial, garantindo segurança nas relações jurídicas e um grande estímulo à adoção do procedimento monitório, idealizado enquanto mecanismo de otimização da atividade judiciária e de maior efetividade para a sociedade.

Desta forma, esperamos ter encontrado respostas às dúvidas e lacunas existentes inerentes ao tema.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vilson Rodrigues, **Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil**, 3ª ed.: Servanda, Campinas, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. 3. 14ª Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Ação Monitória e temas polêmicos da reforma processual**, v. 5. ed. Juruá. Curitiba. 2011.

CINTRA, A. C., Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CORREA, Orlando de Assis. **Ação Monitória**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitória**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, v.2, 4ª Ed., Editora Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 1. 14 .ed. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da Ação Monitória em face da Fazenda Pública**. RJ: Consulex, Ano I, nº 06.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 1955, t. VI.

PAINI, Reynaldo José Castilho Pains. **Ação Monitória**. Livraria e Editora Universitária de Direito.

ROSA-Jr, Luiz Emygdio F. da., **Títulos de Crédito**. 5.Ed. Revista e Atualizada, de acordo com o novo Código Civil – Rio de Janeiro – Renovar, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Ação monitoria**, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, nº 30.

SIDOU , J. M. Othon. **Do Cheque**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

THEDORO Jr, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ANEXOS - JULGAMENTOS RELACIONADOS AO ESTUDO

Anexo I

Superior Tribunal de Justiça –

RECURSO ESPECIAL Nº 1.339.874 - RS (2011/0296933-2) RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE : LINDONEZ ALBERTO FERREIRA – ESPÓLIO REPR. POR : ENI CONCEIÇÃO DA COSTA PIRES

ADVOGADOS : MARIA DA GLÓRIA SCHILLING DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA

LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO

RECORRIDO : SOCIEDADE EDUCACIONAL SANTA RITA LTDA

ADVOGADO : VANDRIA DALCORNIO E OUTRO(S)

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE PRESCRITO. MENSALIDADES ESCOLARES. AÇÃO MONITÓRIA. CAUSA *DEBENDI*. PRAZO PRESCRICIONAL.

1.- A ação monitória fundada em cheque prescrito, independentemente da relação jurídica que deu causa à emissão do título, está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

2.- Recurso Especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.339.874 - RS (2011/0296933-2)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE : LINDONEZ ALBERTO FERREIRA - ESPÓLIO
REPR. POR : ENI CONCEIÇÃO DA COSTA PIRES

ADVOGADOS : MARIA DA GLÓRIA SCHILLING DE ALMEIDA - DEFENSORA PÚBLICA

LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO

RECORRIDO : SOCIEDADE EDUCACIONAL SANTA RITA LTDA

ADVOGADO : VANDRIA DALCORNIO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- LINDONEZ ALBERTO FERREIRA - ESPÓLIO interpõe recurso especial com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator o Desembargador NEY WIEDEMANN NETO, cuja ementa ora se transcreve (fls. 159):

Apelação cível. Ensino particular. Ação monitória. Impugnação ao valor da causa. Descabimento. Marco inicial da correção monetária fixado de forma adequada. Prescrição. Inocorrência. Termo inicial da contagem do prazo prescricional. Vencimento da dívida. Aplicação do artigo 206, § 5º, I, do Código Civil. Apelo desprovido.

2.- Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 175/180).

3.- O Recorrente alega que o Tribunal de origem teria violado o artigo 535 do Código de Processo Civil ao deixar de se manifestar a contento sobre os temas suscitados nos embargos de declaração.

Afirma que a ação monitória fundada em cheque emitido para o pagamento de serviços educacionais prescreve no prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 61 da Lei 7.385/85 para o ajuizamento da ação de enriquecimento indevido ou, alternativamente, no prazo de três anos previsto pelo artigo 206, § 3º, VIII, do Código Civil para haver pretensão de pagamento de título de crédito.

4.- O Recurso Especial foi admitido por força de Agravo Regimental interposto em sede de Agravo (fls. 278/279).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.339.874 - RS (2011/0296933-2)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

6.- A Lei nº 7.357/85 (Lei do Cheque), dispõe no artigo 33, que esse título deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago, e de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior.

7.- O artigo 47 do mesmo diploma confere ao portador do cheque a possibilidade de ajuizar ação executiva, a qual, de acordo com o artigo 59, deve ser exercida no prazo prescricional de 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação.

8.- Além da ação executiva, a Lei do cheque prevê ainda, no seu artigo 61, uma "ação de enriquecimento" a ser manejada nos casos de locupletamento indevido do emitente, no prazo de 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição da ação executiva.

9.- Expirado o prazo da "ação de enriquecimento", ou de "locupletamento" como ficou conhecida, permite-se ao beneficiário do cheque valer-se, ainda, de ação monitória para cobrar do sacado o valor consignado na cártula.

Nesse sentido, a Súmula 199 desta Corte com a seguinte redação: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito". Isso porque, o cheque prescrito constitui documento que atende à exigência de prova escrita sem eficácia de título executivo, prevista no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil.

10.- A dívida representada pelo cheque pode ser cobrada, finalmente, em ação de cobrança, submetida ao rito comum ordinário. Ao tempo do Código Civil de 1.916, o prazo prescricional para o exercício dessa pretensão era o prazo geral de vinte anos, próprio das ações pessoais, previsto no artigo 177 daquele diploma.

Nesse sentido:

REsp 190.596/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 08/09/2003; REsp 36590/MG, Rel. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 31/10/1994.

11.- No caso dos autos tem-se uma ação monitória e deve-se julgar se o prazo prescricional a que está submetida a respectiva pretensão, monitória fundada em cheque, ou seja, de quanto tempo dispõe o beneficiário do cheque, isto é, o titular da dívida representada pela prova escrita sem força de título executivo, para ingressar com a ação monitória para cobrar a dívida nela representada.

12.- Examinando o Código Civil, na parte relativa à prescrição, destacam-se três situações que parecem se relacionar com a hipótese ora examinada.

a) No artigo 206, § 3º, IV, estabeleceu o legislador que a "*pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa*" prescreve em 3 (três) anos.

b) No artigo 206, § 3º, VIII, estabeleceu que "*a pretensão para haver o pagamento de título de crédito*" também prescreve em 3 (três) anos, a, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

b) No § 5º, I, estabeleceu que "*a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular*" está submetida a prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

c) Finalmente, no artigo 205, registrou que: "*A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*".

13.- O "enriquecimento sem causa", muitas vezes designado como "enriquecimento ilícito" ou "enriquecimento indevido", embora não sejam expressões sinônimas, lança raízes nas *condictiones* do Direito Romano. MOREIRA ALVES (in NEWTON DE LUCCA *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XII: Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 100) esclarece que tais institutos eram fundados na equidade e buscavam corrigir desequilíbrios patrimoniais não tutelados de forma específica pela lei. Entre as principais *condictiones* podem ser citadas a *condictio indebiti*, deferida no caso de pagamento por erro, e as *condictiones sine causa*, deferidas nas hipóteses de pagamento efetuado sem causa.

14.- Trata-se de fonte de obrigação cuja configuração está subordinada a três requisitos: i) aumento do patrimônio de uma parte, ii) empobrecimento suportado pela outra parte, e iii) ausência de justa causa.

15.- VILSON RODRIGUES ALVES (*Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3ª ed.: Servanda, Campinas, 2006, p. 343/344), ao comentar o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil, identifica as hipóteses de enriquecimento sem causa, afirmando que:

Vê-se, opera-se o enriquecimento injustificado tanto se a) houve vontade do prejudicado, como se b) houve prejudicado não-volente, quanto se no suporte fático c) não houve ato, mas fato jurídico em sentido estrito, ou ato-fato jurídico, em que se abstrai do quid psíquico do agente e se considera o ato objetivamente, como se fora fato, portanto, ato-fato.

Em a), prejudicado volente paga o que não deve, querendo pagar o que erroneamente supôs dever; em b) o prejudicado não-volente perde o crédito, por ter sido eficaz o pagamento feito ao credor putativo (Código Civil, art. 309); em c), os bens, enriquecem-se a expensas dos bens comuns, por exemplo.

Pode haver enriquecimento injustificado com a condictio indebiti, se é solvido o que não se deve, com solução por conseguinte indevida (Código Civil, art. 876).

Também, com a condictio ob causam finitam, como se, cessada a causa que existia, o que se presta, após a extinção da causa, é o atribuído sem dever do atribuinte, tal o que se presta por erro antes da data da resolução do contrato bilateral pedida com base no Código Civil, art. 475. É o que estatui o Código Civil, art. 885, quando enuncia que 'a restituição é devia, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir'.

Ainda com a conditio ou causam non secutam, ou na conditio causa data causa non secuta, em que o ato jurídico teve causa, mas por falta de elemento subjetivo ou objetivo, que torna deficiente o suporte fático, a determinação da causa é atingida, tal a hipóteses da prestação ou do recebimento solvendi causa pelo incapaz (Código Civil, art. 310).

Igualmente com a Conditio ob turpem vel iniustam causam. Se 'B' efetua contraprestação para obtenção de fim ilícito, imoral, ou proibido por lei, 'A', que efetuara a prestação, pode repetir com a conditio ob turpem causam, invocando o Código Civil, art. 166, II, 1ª Parte.

Por fim, o enriquecimento injustificado pode ocorrer com a condição por disposição sem direito, ou sem poder de dispor. O que dispõe sem direito, ou sem poder de dispor, tem o dever de restituir o que recebeu com a disposição feita sem direito, ou sem poder (cf. Código Civil, art. 986).

16.- GUSTAVO TEPEDINO (*Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República* v. 1, 2ª ed.: Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 206), comentando o artigo 206, § 3º, IV, esclarece que o enriquecimento sem causa é gênero do qual o pagamento indevido é espécie (artigos 876 a 873 do Código Civil).

A preocupação atende à constatação prática de que a maioria das hipóteses (ou pelo menos as mais corriqueiras) em que se pode apontar uma pretensão de ressarcimento fundada em enriquecimento sem causa, constituem, na verdade, hipóteses de pagamento indevido.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (citado por GUSTAVO TEPEDINO *Ob cit.* p. 206) recorda que: "O pagamento indevido, que cria para accipiens um enriquecimento sem causa, e, portanto, gera para o solvens uma ação de repetição - de in rem verso -, resulta desses requisitos extraídos da regra do BGB: 1º) que tenha havido uma prestação; 2º) que esta prestação tenha o caráter de um pagamento; 3º) que não exista dívida. Os mesmos requisitos poderiam ser sintetizados em dois: 1º) uma prestação a título de pagamento; e 2º) que a dívida não exista, pelo menos nas relações entre o solvens e o accipiens".

17.- Considerando os contornos elásticos do instituto do enriquecimento sem causa o E. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (*Projeto de Código Civil - As obrigações e os Contratos in Revista dos Tribunais* nº 775:RT, São Paulo, maio/2000, p. 29) consignou que ele poderia servir como uma cláusula geral estabelecida pelo Código para remediar situações concretas em que o prejuízo verificado não pudesse ser desfeito por outro meio. Confira-se:

"... veio dispor sobre o enriquecimento sem causa, preenchendo uma lacuna no nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo"

18.- Apesar das muitas situações em que se possa identificar o enriquecimento sem causa, é preciso lembrar que o artigo 206, § 3º, IV, não impõe prazo prescricional de três anos para todas as situações em que se verificar um enriquecimento descabido. A norma alude à pretensão de "**ressarcimento de enriquecimento sem causa**". Uma leitura atenta do dispositivo legal revela que o substantivo "ressarcimento" desponta com importância equivalente ao do seu complemento nominal, "enriquecimento sem causa".

Dessa maneira, se a pretensão formulada pela parte em juízo não é de ressarcimento, mas de outra natureza, como, por exemplo, de cobrança, de anulação de ato jurídico, de indenização, de constituição de situação jurídica, não será o caso de aplicação de prazo trienal estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV.

19.- Do não pagamento do cheque prescrito naturalmente resulta, para o emitente, uma situação patrimonial mais favorável e, para o beneficiário, um empobrecimento, já que este não obtém a contraprestação devida. A pretensão que beneficiário do título pode formular em uma ação monitória, porém, não é de ressarcimento, mas de cobrança. O objetivo colimado pelo autor da ação monitória não é o de reequilibrar a desproporção patrimonial decorrente de um enriquecimento sem causa, de remediar o enriquecimento experimentado pela outra parte

às suas custas de forma indevida, mas simplesmente, o de cobrar o valor que lhe era devido, o valor que está consignado no cheque.

20.- Também não tem aplicação o artigo 206, § 3º, VIII, do Código Civil, porque não se pode afirmar que a ação monitória fundada em cheque prescrito esteja equiparada à ação "*para pagamento de título de crédito*". Embora possa parecer, à primeira vista, que a hipótese em questão tenha a subsunção perfeita ao artigo 206, § 3º, do Código Civil, na realidade esse dispositivo está relacionado com a ação de cobrança de título de crédito pela via executiva. Exatamente por esse motivo a parte final do artigo traz o destaque: "*ressalvadas as disposições de lei especial*" o que, aliás, reforça o disposto no artigo 903 do Código.

Em outras palavras, o que do texto legal diz é que o prazo para executar título de crédito será de 3 (três) anos, a partir do vencimento do título, ressalvada disposição expressa na lei especial que disciplina o próprio título de crédito. A "pretensão de cobrança" a que faz referência o texto legal, nesse dispositivo específico, é a pretensão de cobrança a ser exercida pela via executiva.

21.- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Comentários ao Novo Código Civil, Vol III, Tomo II*,: Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 397), discorrendo sobre os prazos prescricionais a que se sujeitam as pretensões ligadas aos títulos de crédito, bem adverte que, ultrapassada a possibilidade de execução do título, remanesce a de cobrança da dívida subjacente.

22.- Não é demais lembrar que a ação monitória é apenas uma técnica diferenciada para realização, em prazo mais exíguo e desde que atendidos certos requisitos, da mesma tutela jurisdicional que, de outra forma, poderia ser obtida através do procedimento comum ordinário.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*Ação Monitória* 3ª ed.: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 64) esclarece que que ação monitória veicula uma pretensão de satisfação de crédito, de cobrança, portanto:

A ação monitória consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação do seu crédito.

23.- Nesses termos, a pretensão de cobrança, formulada por meio de ação monitória, não difere, essencialmente daquela que poderia ser formulada em uma ação ordinária de cobrança. Não pode se sujeitar, por via de consequência, ao prazo prescricional de três anos estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV do Código Civil, nem tampouco pelo artigo 206, § 3º, VIII do mesmo diploma. Com efeito, a ação monitória fundada em título de crédito prescrito não é palco para o exercício de pretensão ressarcitória nem executiva.

24.- Por outro lado, é preciso reconhecer que o cheque, passado o prazo para ajuizamento da ação executiva, perde a sua natureza cambiária, mas não deixa de ser um documento representativo da relação negocial havida entre as partes.

Com efeito, a mesma característica que permite qualificá-lo como "prova escrita" capaz de subsidiar o ajuizamento da ação monitória (Súmula 299/STJ) também permite afirmar que ele é um instrumento particular representativo da dívida líquida.

25.- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Op. Cit.* pp. 474/475), partindo das distinções entre documento e instrumento, conceitua este último da seguinte forma:

"(...) Documento é gênero a que pertencem todos os registros materiais de fatos jurídicos. Instrumento é, apenas, aquela espécie de documento adrede preparado pelas partes, no momento mesmo em que o ato jurídico é praticado, com a finalidade específica de produzir prova futura do acontecimento.(...)

Em outros termos, o instrumento corresponde à forma com que in concreto a vontade negocial se manifestou. Representa o aspecto exterior do próprio negócio, devendo lembrar-se que qualquer atitude que tenha o propósito de exteriorizar a vontade do agente para alcançar

determinado efeito jurídico deve obter alguma forma perceptível exteriormente ao declarante."

26.- Considerando a natureza cambiária do cheque e os princípios da autonomia, abstração e cartularidade que cercam os títulos de crédito, é preciso reconhecer que, na origem, ainda que posteriormente prescrito pelo decurso do tempo, é documento emitido com o propósito de representar a própria dívida, conserva um tanto da relevância da natureza de origem, desprovido, entretanto da força executiva, não havendo como recusar-lhe, nessa medida, a qualidade de "instrumento particular".

27.- Demais disso, ainda na origem e ante eventualidade de prescrição ulterior, o cheque é instrumento representativo de obrigação líquida, assim entendida aquela que é certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto.

28.- Tem-se, pois, que a pretensão de cobrança, formulada em ação monitória ajuizada com base em cheque prescrito está submetida ao prazo de prescrição de cinco anos estabelecido pelo artigo 206, § 5º, I: "*prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular*".

Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE PRESCRITO. AÇÃO MONITÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL.

A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

Recurso Especial improvido.

(REsp 1.038.104/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 18/06/2009);

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA EMBASADA EM CHEQUE PRESCRITO. VIABILIDADE. MENÇÃO AO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE. DESNECESSIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À MONITÓRIA DISCUTINDO O NEGÓCIO QUE ENSEJOU A EMISSÃO DO CHEQUE. POSSIBILIDADE.

1. *O cheque é ordem de pagamento à vista, sendo de 6 (seis) meses o lapso prescricional para a execução após o prazo de apresentação, que é de 30 (trinta) dias a contar da emissão, se da mesma praça, ou de 60 (sessenta) dias, também a contar da emissão, se consta no título como sacado em praça diversa, isto é, em município distinto daquele em que se situa a agência pagadora.*

2. *Se ocorreu a prescrição para execução do cheque, o artigo 61 da Lei do Cheque prevê, no prazo de 2 (dois) anos a contar da prescrição, a possibilidade de ajuizamento de ação de locupletamento ilícito que, por ostentar natureza cambial, prescinde da descrição do negócio jurídico subjacente.*

Expirado o prazo para ajuizamento da ação por enriquecimento sem causa, o artigo 62 do mesmo Diploma legal ressalva a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança fundada na relação causal.

3. *No entanto, caso o portador do cheque opte pela ação monitória, como no caso em julgamento, o prazo prescricional será quinquenal, conforme disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil e não haverá necessidade de descrição da causa debendi* 4. *Registre-se que, nesta hipótese, nada impede que o requerido oponha embargos à monitória, discutindo o negócio jurídico subjacente, inclusive a sua eventual prescrição, pois o cheque, em decorrência do lapso temporal, já não mais ostenta os caracteres cambiários inerentes ao título de crédito.*

(REsp 926.312/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 17/10/2011).

29.- Nem se diga que, pelo fato de o cheque haver sido emitido para pagamento de mensalidades escolares o prazo prescricional para a propositura da monitória seria necessariamente o mesmo da ação de cobrança de mensalidades escolares.

Esse posicionamento já chegou, é certo, a exteriorizar-se nesta Corte:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. MENSALIDADES ESCOLARES. CHEQUE PRESCRITO. PRAZO PRESCRICIONAL. VINCULAÇÃO AO PRAZO PRESCRICIONAL DO DIREITO BASE. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Prescritos os cheques ensejadores da execução, o prazo prescricional da monitória neles embasada vincula-se ao negócio jurídico subjacente, no presente caso, a cobranças de mensalidades escolares.

(AgRg no Ag 1.153.022/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 25/05/2011);

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. MENSALIDADES ESCOLARES. COBRANÇA. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES PRESCRITOS. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE FUNDO RECONHECIDA. ART. 178, § 6º, VII, DO CC DE 1916. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I. Prescritos os cheques que ensejariam a via executiva, a monitória neles embasada tem seu prazo prescricional, por sua vez, vinculado ao direito de fundo - cobranças de mensalidades escolares - pelo que o lapso extintivo é de um ano, ao teor do art. 178, § 6º, VII, do Código Civil anterior.

(REsp 1127020/RN, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 27/08/2010).

30.- É preciso, contudo, considerar que o fato de a dívida ter sido reconhecida e incorporada em um documento escrito, como no caso, em um cheque, prescrito constitui, para o credor, uma vantagem flagrante, que o coloca em situação bastante diferente daquele que não tem em mãos documento escrito equivalente.

Quando se fala que o prazo prescricional para a propositura da ação monitória é este ou aquele deve-se ter em conta a existência de uma "dívida líquida constante de instrumento público ou particular" (artigo 205, § 5º, "I"), nada mais.

31.- Pode, atualmente, não mais haver utilidade prática em saber se prazo prescricional da ação monitória fundada em cheque emitido para pagamento de prestação escolar deve coincidir ou não com o prazo da ação ordinária de cobrança equivalente. Na linha dos precedentes desta Corte, a ação de cobrança de mensalidades escolares vencidas após o advento do Código Civil de 2002 também prescreve em 5 (cinco) anos, consoante disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código (quando houver contrato, pelo menos).

32.- O artigo 178, § 6º, VII, do Código Civil de 1916, estabelecia, porém, prazo prescricional de 1 (um) ano para "a ação dos donos de casa de pensão, educação, ou ensino, pelas prestações dos seus pensionistas, alunos ou aprendizes;

contado o prazo do vencimento de cada uma". Nessa situação, como é patente, havia, uma nítida diferença entre se considerar o prazo prescricional referente à relação jurídica subjacente (prestação de serviços educacionais) ou o prazo prescricional relativo à monitória (com abstração da relação jurídica subjacente).

33.- Vale registrar que a Jurisprudência desta Corte já se manifestou pela desnecessidade de indicação do negócio subjacente (*causa debendi*) por ocasião da propositura de ação monitória. Anote-se:

Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória. Instrumento de procuração que concede ao advogado o direito de reter percentual dos levantamentos judiciais por ele efetuados.

Carência da ação monitória decorrente da ausência de liquidez da dívida reconhecida pelo Tribunal de origem. Reforma do acórdão recorrido. Prescindibilidade da presença dos requisitos dos títulos executivos. Cabimento da ação monitória reconhecido.

- A ação monitória foi introduzida no sistema processual brasileiro para facilitar o exercício de pretensões ao recebimento de créditos cuja prova, em que pese documentada, não reunisse todos os requisitos do título executivo (art. 586 do CPC).

- Reconhecida a existência de prova documental da dívida, não se exige que os documentos que instruem a ação monitória demonstrem a liquidez do débito objeto da cobrança.

(REsp 967.319/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, DJe 12/02/2009);

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DO DÉBITO. DESNECESSIDADE.

I.- Na ação monitória para cobrança de cheque prescrito é desnecessário que o credor comprove a origem do débito. (AgRg no REsp 721.029/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, DJe 03/11/2008);

AÇÃO MONITÓRIA. Cheque. Prescrição. Origem da dívida. Petição inicial. Na ação monitória, não é inepta a petição inicial que não indica a causa do débito representado por cheque cuja ação cambial está prescrita. Ressalva da posição do relator.

(REsp 445.810/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª TURMA, DJ 16/12/2002).

34.- Nesses termos, se a parte está dispensada de indicar a *causa debendi* para a propositura da ação monitória, não faz sentido exigir que o prazo prescricional da ação monitória seja definido a partir da natureza dessa *causa debendi*.

35.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

Documento: 24759495 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 14 de 14

Anexo II

Superior Tribunal de Justiça

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 216.269 - MS
(2012/0169208-2)**

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI

AGRAVANTE : JAIME VALLER E OUTRO

ADVOGADOS : KAMILA MONTEIRO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

LUIZ GUSTAVO RUGGIER PRADO E OUTRO(S)

AGRAVADO : VDL FOMENTO MERCANTIL LTDA

ADVOGADO : VITOR HORSTS LAIA E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. LEGITIMIDADE DO GARANTIDOR. SÚMULAS 5 E 7/STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTES.

1.- O Tribunal local verificou, com base nos elementos constantes nos autos, que Jaime Valler é o garantidor do cumprimento da obrigação, conforme consta na cláusula 15ª do contrato celebrado entre as partes. Ultrapassar e infirmar a conclusão alcançada pelo Acórdão recorrido - existência de relação jurídica entre as partes - demandaria o reexame do contrato, dos fatos e das provas presentes no processo, o que é incabível na estreita via especial. Incidem as Súmulas 5 e 7 desta Corte.

2.- Esta Corte já decidiu que o prazo prescricional para propositura de ação para cobrança de notas promissórias prescritas, oriunda de dívidas líquidas constantes em instrumento público ou particular, como o caso dos autos, contrato de fomento mercantil garantido por nota promissória é de cinco anos, conforme estabelecido pelo artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

3.- Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministro Sidnei Beneti

Relator

Documento: 24665256 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 05/10/2012 Página

1 de 1

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.339.874 - RS (2011/0296933-2)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI

RECORRENTE : LINDONEZ ALBERTO FERREIRA - ESPÓLIO

REPR. POR : ENI CONCEIÇÃO DA COSTA PIRES
 ADVOGADOS : MARIA DA GLÓRIA SCHILLING DE ALMEIDA -
 DEFENSORA PÚBLICA
 LEONARDO LOREA MATTAR - DEFENSOR PÚBLICO
 RECORRIDO : SOCIEDADE EDUCACIONAL SANTA RITA LTDA
 ADVOGADO : VANDRIA DALCORNIO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- LINDONEZ ALBERTO FERREIRA - ESPÓLIO interpõe recurso especial com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator o Desembargador NEY WIEDEMANN NETO, cuja ementa ora se transcreve (fls. 159):

Apelação cível. Ensino particular. Ação monitória. Impugnação ao valor da causa. Descabimento. Marco inicial da correção monetária fixado de forma adequada. Prescrição. Inocorrência. Termo inicial da contagem do prazo prescricional. Vencimento da dívida. Aplicação do artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

Apelo desprovido.

2.- Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 175/180).

3.- O Recorrente alega que o Tribunal de origem teria violado o artigo 535 do Código de Processo Civil ao deixar de se manifestar a contento sobre os temas suscitados nos embargos de declaração.

Afirma que a ação monitória fundada em cheque emitido para o pagamento de serviços educacionais prescreve no prazo de dois anos estabelecido pelo artigo 61 da Lei 7.385/85 para o ajuizamento da ação de enriquecimento indevido ou, alternativamente, no prazo de três anos previsto pelo artigo 206, § 3º, VIII, do Código Civil para haver pretensão de pagamento de título de crédito.

4.- O Recurso Especial foi admitido por força de Agravo Regimental interposto em sede de Agravo (fls. 278/279).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.339.874 - RS (2011/0296933-2)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

6.- A Lei nº 7.357/85 (Lei do Cheque), dispõe no artigo 33, que esse título deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago, e de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior.

7.- O artigo 47 do mesmo diploma confere ao portador do cheque a possibilidade de ajuizar ação executiva, a qual, de acordo com o artigo 59, deve ser exercida no prazo prescricional de 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação.

8.- Além da ação executiva, a Lei do cheque prevê ainda, no seu artigo 61, uma "ação de enriquecimento" a ser manejada nos casos de locupletamento indevido do emitente, no prazo de 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição da ação executiva.

9.- Expirado o prazo da "ação de enriquecimento", ou de "locupletamento" como ficou conhecida, permite-se ao beneficiário do cheque valer-se, ainda, de ação monitória para cobrar do sacado o valor consignado na cártula. Nesse sentido, a Súmula 199 desta Corte com

a seguinte redação: *"É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito"*. Isso porque, o cheque prescrito constitui documento que atende à exigência de prova escrita sem eficácia de título executivo, prevista no artigo 1.102-A do Código de Processo Civil.

10.- A dívida representada pelo cheque pode ser cobrada, finalmente, em ação de cobrança, submetida ao rito comum ordinário. Ao tempo do Código Civil de 1.916, o prazo prescricional para o exercício dessa pretensão era o prazo geral de vinte anos, próprio das ações pessoais, previsto no artigo 177 daquele diploma. Nesse sentido: REsp 190.596/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 08/09/2003; REsp 36590/MG, Rel. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJ 31/10/1994.

11.- No caso dos autos tem-se uma ação monitória e deve-se julgar se o prazo prescricional a que está submetida a respectiva pretensão, monitória fundada em cheque, ou seja, de quanto tempo dispõe o beneficiário do cheque, isto é, o titular da dívida representada pela prova escrita sem força de título executivo, para ingressar com a ação monitória para cobrar a dívida nela representada.

12.- Examinando o Código Civil, na parte relativa à prescrição, destacam-se três situações que parecem se relacionar com a hipótese ora examinada.

a) No artigo 206, § 3º, IV, estabeleceu o legislador que a *"pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa"* prescreve em 3 (três) anos.

b) No artigo 206, § 3º, VIII, estabeleceu que *"a pretensão para haver o pagamento de título de crédito"* também prescreve em 3 (três) anos, a, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

b) No § 5º, I, estabeleceu que *"a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular"* está submetida a prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

c) Finalmente, no artigo 205, registrou que: *"A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor"*.

13.- O "enriquecimento sem causa", muitas vezes designado como "enriquecimento ilícito" ou "enriquecimento indevido", embora não sejam expressões sinônimas, lança raízes nas *condictiones* do Direito Romano. MOREIRA ALVES (in NEWTON DE LUCCA *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XII: Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 100) esclarece que tais institutos eram fundados na equidade e buscavam corrigir desequilíbrios patrimoniais não tutelados de forma específica pela lei. Entre as principais *condictiones* podem ser citadas a *condictio indebiti*, deferida no caso de pagamento por erro, e as *condictiones sine causa*, deferidas nas hipóteses de pagamento efetuado sem causa.

14.- Trata-se de fonte de obrigação cuja configuração está subordinada a três requisitos: i) aumento do patrimônio de uma parte, ii) empobrecimento suportado pela outra parte, e iii) ausência de justa causa.

15.- VILSON RODRIGUES ALVES (*Da Prescrição e da Decadência no Novo Código Civil*, 3ª ed.: Servanda, Campinas, 2006, p. 343/344), ao comentar o artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil, identifica as hipóteses de enriquecimento sem causa, afirmando que:

Vê-se, opera-se o enriquecimento injustificado tanto se a) houve vontade do prejudicado, como se b) houve prejudicado não-volente, quanto se no suporte fático c) não houve ato, mas fato jurídico em sentido estrito, ou ato-fato jurídico, em que se abstrai do quid psíquico do agente e se considera o ato objetivamente, como se fora fato, portanto, ato-fato.

Em a), prejudicado volente paga o que não deve, querendo pagar o que erroneamente supôs dever; em b) o prejudicado não-volente perde o crédito, por ter sido eficaz o pagamento feito ao credor putativo (Código Civil, art. 309); em c), os bens, enriquecem-se a expensas dos bens comuns, por exemplo. Pode haver enriquecimento injustificado com a condictio indebiti, se é solvido o que não se deve, com solução por conseguinte indevida (Código Civil, art. 876).

Também, com a condictio ob causam finitam, como se, cessada a causa que existia, o que se presta, após a extinção da causa, é o atribuído sem dever do atribuinte, tal o que se presta por erro antes da data da resolução do contrato bilateral pedida com base no Código Civil, art. 475. É o que estatui o Código Civil, art. 885, quando enuncia que 'a restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir'.

Ainda com a condictio ou causam non secutam, ou na condictio causa data causa non secuta, em que o ato jurídico teve causa, mas por falta de elemento subjetivo ou objetivo, que torna deficiente o suporte fático, a determinação da causa é atingida, tal a hipótese da prestação ou do recebimento solvendi causa pelo incapaz (Código Civil, art. 310).

Igualmente com a Condictio ob turpem vel iniustam causam. Se 'B' efetua contraprestação para obtenção de fim ilícito, imoral, ou proibido por lei, 'A', que efetuara a prestação, pode repetir com a condictio ob turpem causam, invocando o Código Civil, art. 166, II, 1ª Parte.

Por fim, o enriquecimento injustificado pode ocorrer com a condição por disposição sem direito, ou sem poder de dispor. O que dispõe sem direito, ou sem poder de dispor, tem o dever de restituir o que recebeu com a disposição feita sem direito, ou sem poder (cf. Código Civil, art. 986).

16.- GUSTAVO TEPEDINO (*Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República v. 1*, 2ª ed.: Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 206), comentando o artigo 206, § 3º, IV, esclarece que o enriquecimento sem causa é gênero do qual o pagamento indevido é espécie (artigos 876 a 873 do Código Civil).

A preocupação atende à constatação prática de que a maioria das hipóteses (ou pelo menos as mais corriqueiras) em que se pode apontar uma pretensão de ressarcimento fundada em enriquecimento sem causa, constituem, na verdade, hipóteses de pagamento indevido.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (citado por GUSTAVO TEPEDINO *Ob cit.* p. 206) recorda que: "O pagamento indevido, que cria para accipiens um enriquecimento sem causa, e, portanto, gera para o solvens uma ação de repetição - de in rem verso -, resulta desses requisitos extraídos da regra do BGB: 1º) que tenha havido uma prestação; 2º) que esta prestação tenha o caráter de um pagamento; 3º) que não exista dívida. Os mesmos requisitos poderiam ser sintetizados em dois: 1º) uma prestação a título de pagamento; e 2º) que a dívida não exista, pelo menos nas relações entre o solvens e o accipiens".

17.- Considerando os contornos elásticos do instituto do enriquecimento sem causa o E. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (*Projeto de Código Civil - As obrigações e os Contratos in Revista dos Tribunais nº 775:RT*, São Paulo, maio/2000, p. 29) consignou que ele poderia servir como uma cláusula geral estabelecida pelo Código para remediar situações concretas em que o prejuízo verificado não pudesse ser desfeito por outro meio. Confira-se:

"... veio dispor sobre o enriquecimento sem causa, preenchendo uma lacuna no nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo"

18.- Apesar das muitas situações em que se possa identificar o enriquecimento sem causa, é preciso lembrar que o artigo 206, § 3º, IV, não impõe prazo prescricional de três anos para todas as situações em que se verificar um enriquecimento descabido. A norma alude à pretensão de "**ressarcimento de enriquecimento sem causa**". Uma leitura atenta do dispositivo legal revela que o substantivo "ressarcimento" desponta com importância equivalente ao do seu complemento nominal, "enriquecimento sem causa".

Dessa maneira, se a pretensão formulada pela parte em juízo não é de ressarcimento, mas de outra natureza, como, por exemplo, de cobrança, de anulação de ato jurídico, de indenização, de constituição de situação jurídica, não será o caso de aplicação de prazo trienal estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV.

19.- Do não pagamento do cheque prescrito naturalmente resulta, para o emitente, uma situação patrimonial mais favorável e, para o beneficiário, um empobrecimento, já que este não obtém a constração devida. A pretensão que beneficiário do título pode formular em uma ação monitória, porém, não é de ressarcimento, mas de cobrança. O objetivo colimado pelo autor da ação monitória não é o de reequilibrar a desproporção patrimonial decorrente de um enriquecimento sem causa, de remediar o enriquecimento experimentado pela outra parte às suas custas de forma indevida, mas simplesmente, o de cobrar o valor que lhe era devido, o valor que está consignado no cheque.

20.- Também não tem aplicação o artigo 206, § 3º, VIII, do Código Civil, porque não se pode afirmar que a ação monitória fundada em cheque prescrito esteja equiparada à ação "*para pagamento de título de crédito*".

Embora possa parecer, à primeira vista, que a hipótese em questão tenha a subsunção perfeita ao artigo 206, § 3º, do Código Civil, na realidade esse dispositivo está relacionado com a ação de cobrança de título de crédito pela via executiva. Exatamente por esse motivo a parte final do artigo traz o destaque: "*ressalvadas as disposições de lei especial*" o que, aliás, reforça o disposto no artigo 903 do Código.

Em outras palavras, o que do texto legal diz é que o prazo para executar título de crédito será de 3 (três) anos, a partir do vencimento do título, ressalvada disposição expressa na lei especial que disciplina o próprio título de crédito. A "pretensão de cobrança" a que faz referência o texto legal, nesse dispositivo específico, é a pretensão de cobrança a ser exercida pela via executiva.

21.- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Comentários ao Novo Código Civil, Vol III, Tomo II*,: Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 397), discorrendo sobre os prazos prescricionais a que se sujeitam as pretensões ligadas aos títulos de crédito, bem adverte que, ultrapassada a possibilidade de execução do título, remanesce a de cobrança da dívida subjacente.

22.- Não é demais lembrar que a ação monitória é apenas uma técnica diferenciada para realização, em prazo mais exíguo e desde que atendidos certos requisitos, da mesma tutela jurisdicional que, de outra forma, poderia ser obtida através do procedimento comum ordinário. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*Ação Monitória* 3ª ed.: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 64) esclarece que a ação monitória veicula uma pretensão de satisfação de crédito, de cobrança, portanto: *A ação monitória consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação do seu crédito.*

23.- Nesses termos, a pretensão de cobrança, formulada por meio de ação monitória, não difere, essencialmente daquela que poderia ser formulada em uma ação ordinária de cobrança. Não pode se sujeitar, por via de consequência, ao prazo prescricional de três anos estabelecido pelo artigo 206, § 3º, IV do Código Civil, nem tampouco pelo artigo 206, § 3º, VIII do mesmo diploma. Com efeito, a ação monitória fundada em título de crédito prescrito não é palco para o exercício de pretensão ressarcitória nem executiva.

24.- Por outro lado, é preciso reconhecer que o cheque, passado o prazo para ajuizamento da ação executiva, perde a sua natureza cambiária, mas não deixa de ser um documento representativo da relação negocial havida entre as partes. Com efeito, a mesma característica que permite qualificá-lo como "prova escrita" capaz de subsidiar o ajuizamento da ação monitória (Súmula 299/STJ) também permite afirmar que ele é um instrumento particular representativo da dívida líquida.

25.- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*Op. Cit.* pp. 474/475), partindo das distinções entre documento e instrumento, conceitua este último da seguinte forma:

"(...) Documento é gênero a que pertencem todos os registros materiais de fatos jurídicos. Instrumento é, apenas, aquela espécie de documento adrede preparado pelas partes,

nomomento mesmo em que o ato jurídico é praticado, com a finalidade específica de produzir prova futura do acontecimento. (...)

Em outros termos, o instrumento corresponde à forma com que in concreto a vontade negocial se manifestou. Representa o aspecto exterior do próprio negócio, devendo lembrar-se que qualquer atitude que tenha o propósito de exteriorizar a vontade do agente para alcançar determinado efeito jurídico deve obter alguma forma perceptível exteriormente ao declarante."

26.- Considerando a natureza cambiária do cheque e os princípios da autonomia, abstração e cartularidade que cercam os títulos de crédito, é preciso reconhecer que, na origem, ainda que posteriormente prescrito pelo decurso do tempo, é documento emitido com o propósito de representar a própria dívida, conserva um tanto da relevância da natureza de origem, desprovido, entretanto da força executiva, não havendo como recusar-lhe, nessa medida, a qualidade de "instrumento particular".

27.- Demais disso, ainda na origem e ante eventualidade de prescrição ulterior, o cheque é instrumento representativo de obrigação líquida, assim entendida aquela que é certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto.

28.- Tem-se, pois, que a pretensão de cobrança, formulada em ação monitória ajuizada com base em cheque prescrito está submetida ao prazo de prescrição de cinco anos estabelecido pelo artigo 206, § 5º, I: "prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular".

Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE PRESCRITO. AÇÃO MONITÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. A ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

Recurso Especial improvido.

(REsp 1.038.104/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 18/06/2009);

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA EMBASADA EM CHEQUE PRESCRITO. VIABILIDADE. MENÇÃO AO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE. DESNECESSIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À MONITÓRIA DISCUTINDO O NEGÓCIO QUE ENSEJOU A EMISSÃO DO CHEQUE. POSSIBILIDADE.

1. *O cheque é ordem de pagamento à vista, sendo de 6 (seis) meses o lapso prescricional para a execução após o prazo de apresentação, que é de 30 (trinta) dias a contar da emissão, se da mesma praça, ou de 60 (sessenta) dias, também a contar da emissão, se consta no título como sacado em praça diversa, isto é, em município distinto daquele em que se situa a agência pagadora.*

2. *Se ocorreu a prescrição para execução do cheque, o artigo 61 da Lei do Cheque prevê, no prazo de 2 (dois) anos a contar da prescrição, a possibilidade de ajuizamento de ação de locupletamento ilícito que, por ostentar natureza cambial, prescinde da descrição do negócio jurídico subjacente.*

Expirado o prazo para ajuizamento da ação por enriquecimento sem causa, o artigo 62 do mesmo Diploma legal ressalva a possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança fundada na relação causal.

3. *No entanto, caso o portador do cheque opte pela ação monitória, como no caso em julgamento, o prazo prescricional será quinquenal, conforme disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil e não haverá necessidade de descrição da causa debendi* 4. *Registre-se que, nesta hipótese, nada impede que o requerido oponha embargos à monitória, discutindo o negócio jurídico subjacente, inclusive a sua eventual prescrição, pois o cheque, em decorrência do lapso temporal, já não mais ostenta os caracteres cambiários inerentes ao*

título de crédito. (REsp 926.312/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 17/10/2011).

29.- Nem se diga que, pelo fato de o cheque haver sido emitido para pagamento de mensalidades escolares o prazo prescricional para a propositura da monitória seria necessariamente o mesmo da ação de cobrança de mensalidades escolares.

Esse posicionamento já chegou, é certo, a exteriorizar-se nesta Corte: *CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. MENSALIDADES ESCOLARES. CHEQUE PRESCRITO. PRAZO PRESCRICIONAL. VINCULAÇÃO AO PRAZO PRESCRICIONAL DO DIREITO BASE. SÚMULA N. 83/STJ.*

1. Prescritos os cheques ensejadores da execução, o prazo prescricional da monitória neles embasada vincula-se ao negócio jurídico subjacente, no presente caso, a cobranças de mensalidades escolares.

(AgRg no Ag 1.153.022/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 25/05/2011); *CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL.*

MENSALIDADES ESCOLARES. COBRANÇA. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES PRESCRITOS. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE FUNDO RECONHECIDA. ART. 178, § 6º, VII, DO CC DE 1916. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I. Prescritos os cheques que ensejariam a via executiva, a monitória neles embasada tem seu prazo prescricional, por sua vez, vinculado ao direito de fundo - cobranças de mensalidades escolares - pelo que o lapso extintivo é de um ano, ao teor do art. 178, § 6º, VII, do Código Civil anterior. (REsp 1127020/RN, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 27/08/2010).

30.- É preciso, contudo, considerar que o fato de a dívida ter sido reconhecida e incorporada em um documento escrito, como no caso, em um cheque, prescrito constitui, para o credor, uma vantagem flagrante, que o coloca em situação bastante diferente daquele que não tem em mãos documento escrito equivalente.

Quando se fala que o prazo prescricional para a propositura da ação monitória é este ou aquele deve-se ter em conta a existência de uma "dívida líquida constante de instrumento público ou particular" (artigo 205, § 5º, "I"), nada mais.

31.- Pode, atualmente, não mais haver utilidade prática em saber se prazo prescricional da ação monitória fundada em cheque emitido para pagamento de prestação escolar deve coincidir ou não com o prazo da ação ordinária de cobrança equivalente. Na linha dos precedentes desta Corte, a ação de cobrança de mensalidades escolares vencidas após o advento do Código Civil de 2002 também prescreve em 5 (cinco) anos, consoante disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código (quando houver contrato, pelo menos).

32.- O artigo 178, § 6º, VII, do Código Civil de 1916, estabelecia, porém, prazo prescricional de 1 (um) ano para "*a ação dos donos de casa de pensão, educação, ou ensino, pelas prestações dos seus pensionistas, alunos ou aprendizes; contado o prazo do vencimento de cada uma*". Nessa situação, como é patente, havia, uma nítida diferença entre se considerar o prazo prescricional referente à relação jurídica subjacente (prestação de serviços educacionais) ou o prazo prescricional relativo à monitória (com abstração da relação jurídica subjacente).

33.- Vale registrar que a Jurisprudência desta Corte já se manifestou pela desnecessidade de indicação do negócio subjacente (*causa debendi*) por ocasião da propositura de ação monitória. Anote-se:

Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória. Instrumento de procuração que concede ao advogado o direito de reter percentual dos levantamentos judiciais por ele efetuados. Carência da ação monitória decorrente da ausência de liquidez da dívida reconhecida pelo Tribunal de origem. Reforma do acórdão recorrido. Prescindibilidade da presença dos requisitos dos títulos executivos. Cabimento da ação monitória reconhecido.

- A ação monitória foi introduzida no sistema processual brasileiro para facilitar o exercício de pretensões ao recebimento de créditos cuja prova, em que pese documentada, não reunisse todos os requisitos do título executivo (art. 586 do CPC).

- Reconhecida a existência de prova documental da dívida, não se exige que os documentos que instruem a ação monitória demonstrem a liquidez do débito objeto da cobrança.

(REsp 967.319/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, DJe 12/02/2009);

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DO DÉBITO. DESNECESSIDADE.

I.- Na ação monitória para cobrança de cheque prescrito é desnecessário que o credor comprove a origem do débito. (AgRg no REsp 721.029/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, DJe 03/11/2008); **AÇÃO MONITÓRIA. Cheque. Prescrição. Origem da dívida.**

Petição inicial. Na ação monitória, não é inepta a petição inicial que não indica a causa do débito representado por cheque cuja ação cambial está prescrita. Ressalva da posição do relator.

(REsp 445.810/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª TURMA, DJ 16/12/2002).

34.- Nesses termos, se a parte está dispensada de indicar a *causa debendi* para a propositura da ação monitória, não faz sentido exigir que o prazo prescricional da ação monitória seja definido a partir da natureza dessa *causa debendi*.

35.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

Documento: 24759495 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 14 de 14