

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR N. 2.430 – PR

(Registro n. 2000.0008844-7)

Relator: Ministro Nilson Naves
Agravantes: Seme Raad e Susana Tfeli de Raad
Agravado: O r. despacho de fls. 476/478
Agravante: Concorde Administração de Bens Ltda
Advogados: Francisco Cláudio de Almeida Santos e outros
Parte: Faissal Assad Raad
Advogada: Úrsula Ribeiro de Figueiredo Teixeira
Partes: Maria Bernadete Demeterco Raad, Comércio Importação e Exportação de Materiais de Construção Picadilly Ltda, La Violetera Indústria e Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda e Importadora de Frutas La Violetera Ltda

EMENTA: Recurso especial retido (Código de Processo Civil, art. 542, § 3º, introduzido pela Lei n. 9.756/1998) – Recurso/medida cautelar (cabimento) – Processamento do especial (excepcionalidade).

1. Contra decisão interlocutória, em regra, o recurso especial “ficará retido nos autos”.

2. Do despacho de retenção do especial, do presidente ou do vice-presidente do Tribunal-recorrido, cabe, conforme o entendimento de vários membros da Segunda Seção do STJ, o recurso de agravo de instrumento.

3. Acontece, no entanto, que há precedentes admitindo, em casos tais, o emprego da ação cautelar.

4. É necessário que se defina, no seio do STJ, qual o adequado, melhor e o mais correto desses expedientes processuais. Segundo o Relator, o que cabe é o agravo de instrumento, assemelhando-se, ou se equiparando a não-admissão e a retenção (Código de Processo Civil, art. 544).

5. Excepcionalmente, admite-se, não obstante o disposto no art. 542, § 3º, que se processe o especial, a teor do art. 542, § 1º, seja

porque, retido o recurso, perderá ele, depois, o seu objeto, seja porque, na falta de seu prévio julgamento, poderá resultar à parte, processual e materialmente, dano irreparável, ou de difícil reparação.

6. Caso em que, porém, não se trata de tal hipótese, excepcional ou especialíssima.

7. Medida cautelar extinta (Código de Processo Civil, art. 267, IV e VI). Agravo regimental a que a Segunda Seção negou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, preliminarmente, por maioria, decidir prosseguir o julgamento e, no mérito, por unanimidade, negar provimento ao agravo, prejudicado o incidente de uniformização de jurisprudência. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. Impedido o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 22 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

Publicado no DJ de 18.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de agravo regimental contra o seguinte despacho:

“Contra o despacho saneador foi interposto agravo de instrumento, em que, conforme a petição desta ação cautelar inominada, foram suscitadas as seguintes questões:

‘a) deferimento de todos os pontos controvertidos apontados pelas partes contrárias, sem embargo de não integrarem a causa de pedir e contestação das ações;

b) deferimento de perícia de engenharia e grafotécnica, pois incidentes sobre questões que não integram as causas de pedir e defesas das ações;

c) nomeação da empresa Assist Consultoria, Auditoria e Informática S/C Ltda para a realização de perícia contábil, sem apontar um técnico, pessoa física, como responsável pelo trabalho;

d) fixação da remuneração do sr. interventor no elevado valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) mensais.º

Ao agravo negou-se provimento, e eis a ementa do acórdão:

‘1. Não carece de fundamentação e inexistente cerceamento de decisão, cuja decisão acoimada, dentre outras coisas, ressalta existir íntima ligação da questão preliminar argüida com o mérito da causa, postergando sua apreciação em decisão final, e quanto ao fato de não se manifestar a respeito de preambular, sublinha que será analisada em deliberação que ponha termo ao processo, e ainda, defere as provas pretendidas pelas partes e fixa os pontos controvertidos das demandas, e é complementada pelas informações prestadas pelo juiz da causa. Inexistente, portanto, nulidade a declarar.

2. Os pontos controvertidos – a causa de pedir e a matéria de defesa, bem como as manifestações correlatas que não modificam o pedido e nem tampouco alteram a correspondente impugnação –, vez que, fixados nos limites da demanda, não maculam de nulidade o procedimento jurisdicional.

3. Ao juiz, na condição de destinatário da prova, cumpre, em avaliando, determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as inúteis ou simplesmente protelatórias.

4. Inexistente óbice algum no fato do juiz nomear empresa especializada, devidamente cadastrada no Conselho Regional de Contabilidade, com designação nominal de auditor-sócio, como técnico responsável pelo laudo, para exercer as funções de perito, em exame pericial contábil, a teor das normas da legislação processual civil.

5. O arbitramento da remuneração do interventor, cujo trabalho a desenvolver não se cingindo a mera atividade de apor assinatura concomitantemente com as dos sócios majoritários, sim, as questões relativas ao comércio exterior, construção civil e gerenciamento econômico-financeiro –, se apresenta consentâneo com os valores praticados no mercado.

6. Recurso que não merece provimento.⁷

Interposto o recurso especial, foi ele originariamente retido, a teor do disposto no § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 9.756/1998, daí a presente ação, com este pedido:

‘Diante do exposto, requerem, liminarmente: a) determine V. Ex.^a o processamento e a subida do recurso especial retido aos autos de Agravo de Instrumento n. 139.036-7 (doc. n. 6), bem como: b) determine a suspensão dos efeitos da decisão de 1ª grau que determinou a produção de provas e fixou os pontos controvertidos (doc. n. 3), proferida nos Autos n. 65.234, 65.282, 65.384 e 66.109. Requerem também a citação dos requeridos no endereço mencionado para, querendo, apresentarem resposta no prazo legal.’

Decido.

Quer-se o processamento e a subida do especial. Quanto à subida, tal só é possível, processualmente, através do agravo de instrumento (Código de Processo Civil, art. 544 e parágrafos). No atinente ao processamento, o recurso cabível, a meu ver, também é o agravo. Sucede, no entanto, que aqui há precedentes admitindo a ação cautelar. Ao que cuido, urge que se defina, no seio do Tribunal, qual o melhor e o mais correto dos expedientes. A minha opção é pela admissão do agravo de instrumento, pois, juridicamente, equiparam-se não-admissão e retenção. Onde se lê: ‘Não admitido’ é lícito se leia: ‘Não admitido ou retido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento,...’ (Código de Processo Civil, art. 544).

Mas, nesta cautelar, pede-se, também, ‘a suspensão dos efeitos da decisão de 1ª grau que determinou a produção de provas e fixou os pontos controvertidos’. Não creio, porém, seja o caso. Dúvida tenho quanto ao requisito cautelar do **fumus**, tal o que consta dos itens 3 e

4 da ementa do acórdão paranaense. Alega-se que ‘as provas já terão sido realizadas, incidindo sobre questões que não podem integrar os pontos controvertidos’. Isto, entretanto, não impede seja todo o quadro suscitado, discutido e decidido afinal, daí toda a seqüência recursal. Ademais, não se encontra nem comprovado nem configurado o requisito cautelar do **periculum**.

Do meu entendimento, não se justifica se tirem as trancas do especial, pois, originariamente, bem se reteve o recurso; em consequência, não há justificativa para se lhe atribuir efeito suspensivo.

Do exposto, indefiro o pedido de liminar e, com vistas ao art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil, extingo o processo.”

Pedem os Agravantes que

“... seja instaurado incidente de uniformização de jurisprudência. Requerem também o provimento do presente agravo regimental com a reforma da decisão do eminente Ministro-Relator, no sentido de: a) admitir a cautelar como meio hábil para o processamento e subida do recurso especial retido; b) deferir os pedidos formulados na ação acautelatória, de forma a determinar o processamento e a subida do recurso especial retido aos autos de Agravo de Instrumento n. 139.036-7 (doc. n. 6 da inicial cautelar), bem como a suspensão dos efeitos da decisão de 1ª grau que determinou a produção de provas e fixou os pontos controvertidos, proferida nos Autos n. 65.234, 65.282, 65.384 e 66.109.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Foi este feito remetido à Seção, em razão da relevância da questão e para que se previna divergência, quanto ao meio processual idôneo para tirar as trancas do especial, do recurso retido. Pelo que eu disse no despacho agravado, urge, sem dúvida, que se defina, no seio do Superior Tribunal, qual o adequado, melhor e o mais correto desses expedientes processuais. Qual o apropriado, a medida cautelar, ou o recurso de agravo de instrumento?

“O recurso extraordinário, ou o recurso especial,” – na redação do

§ 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 9.756/1998 – “quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”. Ora, decisão interlocutória, conforme o § 2º do art. 162 do Código de Processo Civil, “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

Há casos, no entanto, em que se não justifica o ato de retenção, seja porque, retido o recurso, perderá ele, depois, o seu objeto (por exemplo, no que diz respeito a liminares), seja porque, na falta de seu prévio julgamento, poderá resultar à parte, processual e materialmente, dano irreparável, ou de difícil reparação. Sucede que, no texto da novel lei, distinção alguma existe, de modo que, em princípio, nas hipóteses previstas no aludido § 3º, o recurso de feição extraordinária há de, sempre, ficar retido. Como a retenção pode causar gravame à parte-recorrente, de que meio processual pode ela se valer?

Do meu lado, há muito tempo que já me defini pelo agravo de instrumento. Outro expediente, que não o agravo, não me parece adequado. O Código de Processo Civil prevê o agravo contra o despacho de não-admissão, **verbis**: “Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso” (art. 544). Mas, ao que penso, é lícito que, aí, se leia assim: “Não admitido *ou retido* o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento...”. De certa forma, assemelham-se, ou se equiparam, a não-admissão e a retenção. Entre elas, não existe, sequer, distinção, técnica e ontologicamente.

Depois, o ato judicial de retenção do recurso é decisão e, como tal, interlocutória, ensejando agravo, pois, processualmente, das decisões interlocutórias caberá, sempre, agravo de instrumento. Até no caso em que se retarda, injustificadamente, o ato de não-admissão, prevê o Regimento do Supremo Tribunal o cabimento do agravo. Note-se que, antes de transitadas em julgado, toda e qualquer decisão há de ser impugnada através dos recursos previstos na lei processual; após transitadas, é que se justifica o emprego das ações autônomas de impugnação. Pelo que eu disse, acho que dúvida não existe a propósito da natureza do ato local de retenção do recurso.

Aqui entre nós, tal qual há muito vem acontecendo com o recurso

extraordinário no Supremo Tribunal, a ação cautelar tornou-se meio processual idôneo para dar também efeito suspensivo ao recurso especial, pois ambos hão de ser recebidos apenas no efeito devolutivo (Código de Processo Civil, art. 542, § 2º). Em casos que tais, é perfeitamente justificável o emprego da cautelar inominada. O que se encontra em jogo é a eficácia da prestação jurisdicional, recomendando-se o acautelamento do processo, satisfeitos os requisitos fundamentais da ação. O que não é lícito é o seu emprego para destrancar o recurso.

Por conseguinte, quanto ao meio processual para impugnar decisão de retenção (Código de Processo Civil, art. 542, § 3º, introduzido pela Lei n. 9.756/1998), voto no sentido de que se admita apenas o agravo de instrumento.

2. Relativamente ao agravo regimental, nego-lhe provimento. Da leitura que fiz da decisão interlocutória recorrida (Agravo de Instrumento n. 139.036-7, da 1ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, fls. 101/108), a impressão que me ficou, nitidamente, foi a de que, aqui, não existe causa, ou razão suficiente para que se processe o recurso especial (§ 1º do art. 542), nem existe, e menos ainda, para que se suspendam os efeitos da decisão de 1º grau, “que determinou a produção de provas e fixou os pontos controvertidos”. Na espécie, não se acha presente a nota da excepcionalidade, tão necessária para que se mande processar e, até, que se dê efeito suspensivo ao recurso especial.

3. Em conclusão, de um lado, entendo, nesses casos, que o expediente cabível é o recurso de agravo de instrumento (Código de Processo Civil, arts. 496, II, e 544), de outro lado, ao presente agravo regimental nego provimento.

PRELIMINAR SUSCITADA VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Sr. Presidente, também acompanho o eminente Relator. Na sessão de julgamento em que S. Ex.ª levou o feito em mesa, eu havia tido a oportunidade de receber o acórdão do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha. Lembrei-me que V. Ex.ªs, na Quarta Turma, já haviam adotado uma orientação.

O que me preocupa também é mudarmos o nosso entendimento. Temos admitido a cautelar. Eu mesmo já despachei pelo menos umas duas dezenas de medidas cautelares dando efeito suspensivo em umas e noutras não,

mas determinando a subida do recurso. De sorte que, se mudarmos de plano, ou seja, se considerarmos que, agora, não mais a cautelar, mas, sim, o agravo, surpreenderíamos muito a parte. Em uma interpretação construtiva, parece-me que poderíamos, sem ferir muito a lei, admitir esse prazo. Talvez, na conclusão deste julgamento, se levássemos esse caso para a Corte e lá fosse mantido o entendimento de que cabível o agravo, o Tribunal talvez pudesse baixar uma resolução com prazo de entrada em vigor.

Voto nesse sentido, Sr. Presidente.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Tenho dúvidas a respeito desse encaminhamento. Tudo que até agora foi dito parte do pressuposto de que a decisão que retém o agravo é afetada pela preclusão. Será que isso é verdadeiro? E se ocorrer algum erro de avaliação a esse respeito, aqui ou no Tribunal **a quo**? Já não se poderá processar o recurso especial, desde logo, a despeito da necessidade, posteriormente reconhecida, do seu julgamento?

Salvo melhor juízo, a decisão que ordena a retenção do recurso especial tem natureza meramente administrativa, e pode ser, a qualquer tempo, reexaminada, até por simples petição, aqui ou no Tribunal **a quo**.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Sr. Presidente, estou de acordo com a proposta feita pelo Ministro Zveiter. Propus à Turma que este caso fosse encaminhado à Corte Especial, como questão de ordem, e que, decidida a questão, o agravo seria decidido pela Turma. Foi a idéia que me ocorreu.

PRELIMINAR SUSCITADA

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, sou contrário à remessa dos autos à Corte Especial.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, por todas as razões expostas pelo Ministro-Relator, também entendo ser o agravo de instrumento o recurso cabível na hipótese, conforme a decisão que proferi na Medida Cautelar n. 2.454-RJ e que seguirá transcrita.

Nego provimento ao agravo regimental, não sendo o caso de determinar-se o processamento do especial, nem mesmo de concessão de efeito suspensivo.

“Medida cautelar impugnando decisão da presidência do Tribunal **a quo** que determinou a retenção de recurso especial. Interpretação do art. 542, § 3º, do CPC.

1. A medida cautelar não é via própria para reformar decisões judiciais.

2. Contra a decisão que, nos termos do artigo 542, § 3º, CPC, aplica o regime de retenção ao recurso especial, cabe o agravo de instrumento previsto no art. 544-CPC, e não o aforamento de medida cautelar ou de reclamação no Superior Tribunal de Justiça.

3. Contudo, tendo em conta que já há algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo o manejo da medida cautelar para esse fim de liberar o processamento do recurso especial que ficou retido, bem como em face das muitas dúvidas reinantes na comunidade jurídica sobre qual o procedimento a ser adotado contra a mencionada decisão de retenção – se medida cautelar, reclamação ou agravo de instrumento –, para não causar surpresa nem prejuízo genericamente às partes e aos advogados, deve-se admitir, em tese e nos seis primeiros meses do ano de 2000, o manejo de medida cautelar para esse fim, se antes não houver outra definição pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

4. Vencido o obstáculo supra, como no caso, e pelas peculiaridades da espécie, onde verificada a presença dos pressupostos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, impõe-se a concessão da liminar postulada para o fim de liberar o processamento do recurso especial, a fim de que a Presidência do Tribunal local decida livremente como achar de direito, pela admissibilidade ou não do recurso especial.

5. Decisão referendada pela Quarta Turma.

Vistos, etc.

1. Ricardo Francisco Durães requer medida cautelar com pedido de liminar em face de Credicard – Administradora de Cartões de Crédito S/A.

Narra o autor ter ajuizado ação revisional de contrato de débito c.c. repetição de indébito pretendendo, em tutela antecipada, a suspensão de todo e qualquer pagamento, bem como a abstenção de medida judicial contra si e também de lançamento do seu nome nos cadastros de devedores (SPC e Serasa).

Indeferido o pleito antecipatório, interpôs agravo de instrumento que foi improvido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por acórdão resumido na seguinte ementa:

‘Cartão de crédito. Débito. Revisão judicial do contrato. Impossibilidade de vedar ao credor o direito à via judicial. Não é cabível antecipar tutela para inibir o credor de buscar a execução do que lhe é devido, inclusive, negatizar o nome do devedor. Recurso improvido.’

Inconformado, o autor ingressou com recurso especial com suporte na alínea **a** do permissor constitucional alegando contrariedade ao artigo 273 do Código de Processo Civil e ao Código de Defesa do Consumidor.

Sucedeu que a egrégia Vice-Presidência do Tribunal carioca decidiu, ante o disposto no § 3º do art. 542, CPC, acrescentado pela Lei n. 9.756/1998, pela retenção do especial.

Daí ter ingressado com a presente medida cautelar, pretendendo, expressamente, com a procedência do pedido, que esta Corte acolha a cautelar apenas para determinar o processamento do recurso especial, com o exame de sua admissibilidade pela Presidência do Tribunal de Justiça local, sem o óbice da referida retenção.

2. Creio que a tanto não se prestam as medidas cautelares.

É certo que o escopo delas, a teor do artigo 799 do Código de Processo Civil, está em garantir a eficácia do processo quando uma das partes estiver prestes a causar ao direito da outra lesão grave e de difícil ou incerta reparação.

Certo também que o art. 288 do RISTJ admite a promoção de tais medidas no âmbito desta Corte nas hipóteses e na forma da lei processual, delas ainda se reportando o inciso V do seu art. 34, o que tem sido largamente utilizado pelas partes e aceito com reserva pela jurisprudência, com o intuito de conferir efeito suspensivo ao recurso

especial evitando-se a execução do acórdão recorrido até que haja o julgamento do especial.

Assim, a partir da configuração do **periculum in mora** e do **fumus boni juris** tem-se, excepcionalmente, atribuído *efeito suspensivo* ao recurso especial para evitar que a imediata execução do julgado recorrido cause lesão grave e irreparável à parte-recorrente.

Não desconheço que a retenção do recurso especial, impedindo o exame da questão por este Superior Tribunal de Justiça, em certas situações vai muito de encontro ao propósito da regra inovadora do § 3º do art. 542, que é o de dar maior racionalidade aos recursos.

Sei, também, que em algumas hipóteses de retenção, a só demora na apreciação do recurso especial poderá causar dano irreparável ou de difícil e incerta reparação à parte.

Mas essas não são conseqüências que possam ser atribuídas com exclusividade ao regime da retenção do especial, sendo, como visto, plenamente suscetíveis também nos recursos especiais não sujeitos ao referido regime.

Todavia, na hipótese da retenção, ainda que se possa atribuir efeito suspensivo ao especial, não é pela via da ação cautelar que se poderá abrir ao recorrente a possibilidade de que esta Corte determine o regular processamento do seu recurso especial.

É que se estaria, em sede de ação cautelar, examinando a fundo e decidindo acerca da *legalidade* da decisão da Presidência do Tribunal de origem.

Com efeito, saber da excepcionalidade do caso concreto para subtraí-lo da aplicação do disposto no § 3º do artigo 542, CPC, é *decidir* se a retenção determinada pela Presidência do Tribunal de origem está ou não de acordo com o referido dispositivo legal e, no caso negativo, ordenar de forma contrária, isto é, que o especial tenha prosseguimento.

E o ordenamento jurídico vigente não agasalha a reforma de decisões judiciais pela via cautelar.

A via própria para a impugnação das decisões judiciais é o *recurso*.

Pontifica o artigo 544 do Código de Processo Civil que ‘não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso’.

Destarte, não admitido o recurso especial, cabe agravo de instrumento para o STJ. Esse é que é o recurso que confere ao STJ, por intermédio do Relator ou da Turma, em havendo agravo, a apreciação do acerto ou não do decisório da Presidência do Tribunal de origem.

Os que sustentam o não-cabimento do agravo argumentam que 'retenção' e 'não-admissão' são coisas diversas, sendo que o recurso retido pode posteriormente vir a ser admitido.

Entendo, **data venia**, que a distinção é especiosa, pois, na prática, o resultado que elas produzem é o mesmo, qual seja, o não-seguimento imediato do recurso especial.

Assim, tenho como cabível em tese o agravo de instrumento para esta Corte contra a decisão que determina a retenção do especial, a ser interposto no Tribunal de origem.

Se correta for a retenção, o agravo, ao chegar nesta Corte, será improvido, e o recurso especial continuará retido. Caso contrário, será provido apenas para liberar o processamento do especial para que seja examinada, pela Presidência do Tribunal local, a sua admissibilidade, ou não. Em sendo admitido, o recurso especial subirá. Na hipótese oposta, aplicar-se-á a regra contida no art. 544 do Código de Processo Civil. Observo que, em o recurso especial aqui chegando, o relator, melhor examinando-o, poderá logo julgá-lo ou retê-lo, esperando a chegada do recurso especial que eventualmente venha a ser interposto contra a decisão final (art. 542, § 3º, CPC).

Devo consignar que, quando da redação do art. 544 dada pela Lei n. 8.950/1994, não havia ainda o regime de retenção, que só foi instituído pela Lei n. 9.756/1998. Talvez por isso é que ele não veiculou previsão explícita de agravo de instrumento contra decisão que determina a retenção do recurso especial. Nem por isso, contudo, está impedido seu manejo, nessa hipótese.

Com efeito, é razoável estar compreendida na expressão 'não admitido', que inicia a redação do art. 544, a ensejar o agravo de instrumento, também a idéia da retenção, prevista inovadoramente no § 3º do art. 542.

Por tudo isso, concluo que a medida cautelar não é meio processual adequado para se decidir sobre se deve ou não incidir a regra contida no § 3º do art. 542, mas, sim, o agravo de instrumento.

Devo destacar, ademais, ser este o caminho menos dificultoso

para as partes e para seus advogados adversarem decisão que determinar a retenção do especial, quando nada por ser desnecessário o deslocamento até Brasília para ingressarem com tal medida.

Contudo, tendo em conta que já há algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo o manejo da medida cautelar para esse fim de liberar o processamento do recurso especial que ficou retido, bem como em face das muitas dúvidas reinantes na comunidade jurídica sobre qual o procedimento a ser adotado contra a mencionada decisão de retenção – se medida cautelar, reclamação ou agravo de instrumento –, para não causar surpresa nem prejuízo genericamente às partes e aos advogados, deve-se admitir, em tese e nos seis primeiros meses do ano de 2000, o manejo de medida cautelar para esse fim, se antes não houver definição pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Por isso, e só por isso, é que transponho esse óbice e continuo a apreciar a medida cautelar.

3. No caso, pretende o Recorrente liberar o processamento do recurso especial interposto em sede de agravo de instrumento objetivando, dentre outras coisas, que não seja feito lançamento do seu nome nos cadastros de devedores (SPC e Serasa), uma vez que está sendo discutido o débito.

4. A hipótese integra aquelas excepcionalidades em que se tem permitido o processamento do especial, posto que a interrupção do seu curso gera, desde logo, irreparáveis prejuízos para o Recorrente, além de ser pacífica a jurisprudência desta Corte em não admitir o registro do nome do devedor no SPC e no Serasa, desde que a dívida esteja sendo objeto de ação judicial, como na espécie.

Presentes, pois, os pressupostos autorizativos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, concedo a liminar para o fim de determinar à egrégia Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que mande processar o recurso especial cogitado, decidindo, livremente como achar de direito, sobre a sua admissibilidade, ou não.

O despacho supra foi unanimemente referendado pela egrégia Quarta Turma desta Corte.”

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, também nego provimento, nos termos do voto do eminente Ministro-Relator. Faça minhas

as ressalvas do Ministro Ari Pargendler, isto é, concordo com a orientação de ser cabível agravo de instrumento em casos tais; mas não me parece que o Tribunal deva, desde logo, abandonar a possibilidade de determinar o processamento de recurso especial retido, mesmo fora do agravo. A via que a parte encontrar para suscitar essa consideração do Tribunal há de ser examinada caso a caso.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar: Sr. Presidente, ressalvo que a decisão ora tomada não impede que se receba, no futuro, pedido formulado pela parte por meio de requerimento avulso, ou de uma medida cautelar, para o processamento do especial, demonstrando sua necessidade. A lei não determina que seja caso de preclusão. Penso que se pode adotar como orientação ser cabível e adequado o agravo de instrumento, por analogia com as outras situações. Porém, será possível conhecer de pedidos formulados por outra via que não a do agravo de instrumento, sempre que evidenciada a necessidade do processamento imediato do recurso especial, ainda quando formulado o pedido depois de esgotado o prazo para o agravo.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, entendo que não se deva confinar ao agravo de instrumento. Penso ser essa uma decisão que decorre de uma lei excepcional, que tem nos ajudado muito, mas, também, tem criado a possibilidade de algumas exceções. A meu sentir, preferível seria que deixássemos, uma vez ocorrendo o despacho que nega a subida do recurso, a parte poder dirigir-se a qualquer tempo ao Ministro-Relator do processo ou a um dos Ministros a que fosse distribuída a petição para ponderar, por mera petição, as razões pelas quais julga ser conveniente a subida do recurso. Essa solução, a meu ver, com todo o respeito àqueles que entendem em sentido contrário, excluiria essa complicação da preclusão, como ponderou o Sr. Ministro Ari Pargendler, e ao mesmo tempo afastaria aquelas formalidades processuais inerentes tanto à medida cautelar, quanto ao agravo de instrumento. Entendo que, diante dessa decisão, com base na lei, que permite a retenção do recurso, a parte, a qualquer tempo, poderia dirigir-se ao Superior Tribunal de Justiça expondo as razões pelas quais entende que deva o recurso ter seqüência. Tenho a impressão de que esta solução não tem conseqüência para o processo em julgamento. No caso, a cautelar destina-se não só a tirar a retenção do recurso como, também, a dar-lhe efeito suspensivo. O Sr. Ministro Nilson Naves

está negando provimento ao recurso, sem, todavia, no processo, decidir concretamente pela inadmissibilidade da medida cautelar, ou seja, está admitindo a cautelar, neste caso, e negando-lhe provimento. Com essa conclusão, estou de acordo.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, conforme disse anteriormente, e fiz questão de registrar, entendo que não se deva confinar isso ao agravo de instrumento. Por mera petição, a parte, demonstrando as razões suficientes para que o recurso não fique retido, pode submeter a matéria ao Superior Tribunal de Justiça.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Sr. Presidente, nesse ponto estou de acordo com o Ministro Eduardo Ribeiro. Entendo que, nesse caso, estaríamos nos substituindo ao legislador. Para não surpreender os advogados – foi esse o meu pensamento – como a matéria interessa a todas as Seções que integram o Tribunal, poder-se-ia levar essa questão à Corte e, nela, suscitar uma preliminar, ou uma questão de ordem, para que a Corte, dependendo da decisão no caso concreto, viesse a baixar uma resolução. Nessa resolução, aí sim, de âmbito ou jurisdicional ou administrativo, estabelecer a vigência da resolução a partir do dia tal; dar-se-ia trinta ou vinte dias, ou o prazo que a Corte achasse conveniente para que os advogados não fossem surpreendidos. Daí em diante, já não teríamos mais essa preocupação.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, com a observação de que essa decisão não preclui.

RECURSO ESPECIAL N. 297.421 – MG

(Registro n. 2000.0146985-1)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Banco ABN Amro S/A
Den. Ant.: Banco Real S/A
Advogados: Edelberto Augusto Gomes Lima e outros
Recorrido: Gustavo Souza Filho

EMENTA: Processo Civil – Procedimento monitório – Citação por edital – Admissibilidade – Precedente da Quarta Turma – Doutrina – Recurso acolhido.

– É possível a citação por edital do réu em ação monitória. No caso de revelia, nomear-se-á curador especial para exercer a defesa do réu através de embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrighi e Antônio de Pádua Ribeiro. Vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 9 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

Publicado no DJ de 12.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Contra acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que entendeu inadmissível a citação por edital em procedimento monitório, interpôs o Autor recurso especial. Alega-se, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 272 e 1.102b, CPC.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. O tema não é novo na Segunda Seção deste Tribunal. No REsp n. 173.591-MS (DJ de 18.9.2000) restou sufragada, por maioria, orientação pelo descabimento da citação por edital em procedimento monitorio. O voto-condutor desse precedente, relator o Ministro Menezes Direito, teve a seguinte fundamentação:

“A Recorrente investe contra julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que manteve despacho monocrático que considerou incompatível com a ação monitoria a citação por edital. O especial vem com amparo nos artigos 231, II; 232, I, e 1.102 do Código de Processo Civil.

Há um precedente da Corte, da relatoria do Sr. Ministro Nilson Naves (AgRg no Ag n. 166.337-MG, DJ de 31.8.1998), completa a Turma, considerando impossível a citação por edital na ação monitoria, entendendo o voto-condutor que a decisão assim tomada não gera ofensa ao art. 231 do Código de Processo Civil.

A questão é controvertida na doutrina. **Cândido Rangel Dinamarco** e **Antônio Carlos Marcato** entendem que a citação editalícia é possível, não havendo nenhuma restrição no art. 1.102b do Código de Processo Civil que justifique a vedação. Já **Carreira Alvim** considera que a citação por edital desqualifica a utilidade da ação monitoria. No mesmo compasso é o magistério de **Ernani Fidélis dos Santos**, presente que para a formação do título por omissão de defesa impõe-se a efetiva manifestação de vontade, com o que não sendo possível a citação direta, ao credor cabe seguir para o processo de conhecimento.

Como é sabido, a ação monitoria é um remédio processual que substitui, de fato, a ação de cobrança, evitando o processo de conhecimento. Adverte **Humbeto Theodoro Júnior** que o ‘mandado inicial não é de citação para que o réu venha contestar o pedido, mas para que venha solver a dívida demonstrada documentalmente’ (Código de Processo Civil Anotado, Forense, 2ª ed., 1996, p. 441).

O art. 1.102b não fala em mandado de citação, mas, sim, em mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. O que a regra jurídica deseja é que o réu, devedor, receba diretamente o

mandado de pagamento. Ora, se tal não ocorre, se o réu não é encontrado, a ação monitória perde substância, não valendo, no caso, a citação ficta exatamente por esse particular aspecto. O objetivo da monitória é o pagamento pelo devedor. Se o devedor não é encontrado e opera-se a citação ficta, o curador especial que pode ser designado não tem condições de cumprir o objetivo da ação, assim o pagamento, mas, apenas, de oferecer embargos.”

O Ministro Eduardo Ribeiro, de seu turno, assim se expressou:

“O tema, como assinalou o Relator, é dos que mais se expõem a controvérsias. Aderi ao entendimento de que inviável o procedimento em questão, quando a citação haja de ser ficta, e não modifiquei minha opinião após mais refletir sobre o assunto. O que mais me impressiona é a falta de utilidade prática na adoção do procedimento monitório, quando não possa ser o réu citado pessoalmente. Como dificilmente tomará conhecimento do conteúdo do mandado, quase não haverá cogitar da possibilidade de que efetue o pagamento ou proceda à entrega da coisa. Não comparecendo, será necessária, segundo a melhor doutrina, a nomeação de curador para fazer sua defesa. Se até na execução já existe forte corrente considerando indispensável essa nomeação, mais ainda o será no procedimento em questão como assinala **Eduardo Talamini** (Tutela Monitória, RT, 1998, p. 120). O curador não poderá deixar de oferecer embargos, o que levará à incidência do disposto no § 2º do art. 1.102c, ou seja, o procedimento será o ordinário. Nenhuma vantagem, pois. Melhor que se siga, de logo, esse procedimento.

Acompanho o Relator, pedindo vênias aos que entendem de modo diverso.”

O aresto recebeu esta ementa:

“Ação monitória. Citação por edital. Precedente da Corte. 1. Ação monitória é um remédio processual que substitui, de fato, a ação de cobrança, evitando o processo de conhecimento. O art. 1.102b do Código de Processo Civil não fala em mandado de citação, mas, sim, em mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. O que a regra jurídica deseja é que o réu, devedor, receba diretamente o mandado de pagamento. Ora, se tal não ocorre, se o réu

não é encontrado, a ação monitória perde substância, não valendo, no caso, a citação ficta exatamente por esse particular aspecto.

2. Recurso especial não conhecido.”

2. Tenho que a matéria está a merecer novo exame da Segunda Seção.

A uma, porque, naquela oportunidade somente votaram dois dos cinco Ministros (Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar) da Quarta Turma, que, por unanimidade, tem posicionamento contrário à tese que naquele julgado veio a prevalecer.

A duas, porque se trata de matéria ainda nova em nosso ordenamento jurídico, que somente agora está chegando ao exame deste Tribunal.

A três, porque a própria doutrina tem reformulado, inclusive, anterior entendimento mais radical.

3. No julgamento do REsp n. 175.090-MS (DJ de 28.2.2000), sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a Quarta Turma, por unanimidade, acolheu entendimento pela possibilidade da citação por edital em procedimento monitório, consoante esta ementa:

“Ação monitória. Citação por edital.

É possível a citação por edital do réu em ação monitória; sendo ele revel, nomear-se-á curador especial para exercer a sua defesa através de embargos (art. 1.102 do CPC).

Recurso conhecido e provido.”

Do voto do seu relator, colho:

“Trata-se de saber se é cabível a citação por edital na ação monitória. O r. julgado, fundado em lições doutrinárias, entende que a citação por edital leva à necessidade de nomeação de curador especial que, por sua vez, estará obrigado a oferecer embargos, o que transforma o procedimento especial em ordinário, a comprometer as vantagens perseguidas com a efetividade e a celeridade da ação monitória.

Penso que a razão está com o Recorrente.

Como em qualquer outro processo de conhecimento de natureza condenatória, a citação na ação monitória tem os mesmos fins e efeitos dos referidos nos arts. 213 e 219 do CPC. Quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar onde se encontra o réu, cabe a sua citação por

edital. Assim, também na ação monitória: ‘A citação do réu no processo monitório, com essa injunção a pagar ou entregar e advertência do risco da inércia (e isso se constitui numa intimação acoplada à citação), será feita pelas vias normais, ou seja: correio, Oficial de Justiça, precatória, edital, etc., conforme o caso (arts. 221, 222, 238: v. supra, n. 53 ss.). (A Reforma do Código de Processo Civil, **Cândido Rangel Dinamarco**, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 241)’. (fl. 6).

O procedimento adotado na ação monitória não pressupõe o assentimento do réu como requisito para a propositura da ação ou a constituição do título executivo. Se o réu cumprir o mandado, extingue-se o processo; se não embargar, constitui-se, de pleno direito, o título executivo; mas o réu pode embargar, porquanto essa é uma das alternativas que a lei lhe permite e faz parte do sistema inaugurado no art. 1.102 do CPC, o que não significa que a ação era inadequada nem leva à extinção do processo por perda de objeto ou desaparecimento das suas vantagens. Nesse caso, embargada a ação, cumpre-se o disposto no § 2º do referido artigo da lei processual.

Ora, sendo o réu citado por edital e revel, a ele será nomeado curador especial, que poderá embargar: ‘Quando este (o executado) foi citado por editais e não comparecer ao processo, a ele deve ser dado curador especial, que poderá opor embargos de devedor’ (**Nélson Nery e Rosa Maria Nery**, Código de Processo Civil, p. 270, n. 17). Se o curador do executado citado por editais e revel pode embargar, com igual razão há de se permitir tal procedimento na ação monitória, que nem por isso se descaracteriza ou inviabiliza.

É de ponderar que, muitas vezes, o réu da ação monitória, que tinha endereço certo, pode não mais ser encontrado. Nesse caso, nada justifica a extinção do processo para que outro se inicie, com novas despesas e perda de tempo. Mesmo porque o título executivo, que o credor obteria ao final da ação ordinária de cobrança, poderá, igualmente, ser obtido na via monitória.

Posto isso, conheço do recurso, pela alínea **a**, e dou-lhe provimento para deferir a citação por edital da ré, depois de esgotados os meios de o autor indicar o seu endereço.”

Com respeitosa vênua da Seção, não vejo razão, assim como no precedente da Turma, para deixar de admitir-se a citação por edital no procedimento monitório.

Primeiro, porque, uma vez citado o réu por edital, será nomeado, da mesma forma que no procedimento ordinário, curador especial (art. 9º, II, CPC), que deverá apresentar defesa.

Segundo, porque, apresentados embargos pelo curador, o processo seguirá o rito ordinário. Assim, não há motivo para anular-se a ação monitória para que outra ação, que também seguirá o procedimento ordinário, seja ajuizada.

Terceiro, porque a legislação processual não afasta as modalidades de citações por hora certa e edital no procedimento monitório, sabido que o legislador, quando quis fazer restrição a alguma modalidade de citação, o fez expressamente (v.g., art. 222, CPC).

Quarto, porque não se sustenta o argumento de que a consequência da revelia no procedimento monitório é mais grave. Da mesma forma que ocorre no procedimento monitório, a revelia no processo de conhecimento também propicia a formação de um título executivo.

Quinto, porque o procedimento monitório é até mais benéfico ao devedor do que o ordinário, uma vez nele ausente a previsão do pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, no caso de pagamento voluntário.

Sexto, porque também manifesto o predomínio da celeridade, dado que, no monitório a formação do título executivo se dá com muito maior preseteza, sem prejuízo do contraditório, uma das razões que têm levado esta Corte, em julgados recentes, a prestigiar o referido instituto, que se notabilizou no Direito estrangeiro.

4. Além de **Humberto Theodoro Júnior** e das já mencionadas lições de **Dinamarco** e **Marcato**, afirma **José Rubens Costa**:

“Também entendo possível a citação ficta, por edital ou com hora certa, caso em que, não comparecendo o devedor, não se impõe a consequência da revelia, senão nomeia-se curador especial (art. 9º, II, parte final)” (Ação Monitória, Saraiva, n. 33, p. 40).

Por seu turno, **Carreira Alvim**, talvez o doutrinador que mais tem se dedicado ao estudo desse instituto recentemente incorporado ao Direito brasileiro, e revendo posição anterior, assinala a propósito (Procedimento Monitório, Juruá, 3ª ed., cap. IV, n. 5, p. 78):

“Doutrina **Cândido Dinamarco** que a citação do réu no processo monitório, com a injunção de pagar ou entregar e advertência do

risco da inércia (e isso se constitui numa intimação acoplada à citação), será feita pelas formas normais, ou seja: pelo correio, Oficial de Justiça, precatória, edital, etc., conforme o caso (arts. 221, 222 e 238).

As únicas restrições impostas pelo Código de Processo Civil vêm elencadas no art. 222, que excetua da citação pelo correio: nas ações de estado; quando for ré pessoa incapaz, quando for ré pessoa jurídica de direito público, nos processos de execução, quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência e quando o autor a requerer de outra forma.

Esse sempre foi, também, o meu pensamento, desde o Código de Processo Civil Reformado, quando afirmei:

‘Como a citação do réu se dá através de um ato formal que é a citação, aplica-se ao procedimento monitório o disposto no art. 9^o, II, de modo que ao revel, citado por edital ou com hora certa – tanto quanto no processo de execução – dar-se-á curador especial. A necessidade de curador especial, em circunstâncias, é pacificamente reconhecida na jurisprudência (REsp n. 21.573-SP, Rel. Min. Américo Luz, STJ, Segunda Turma, maioria, DJ de 28.11.1994, p. 32.601), dispondo ele de legitimação para opor embargos do devedor citado por edital’ (REsp n. 3.766-RJ, Rel. Min. Torreão Braz, STJ, Quarta Turma, un., DJ de 1.8.1994, p. 18.655).

Em pólo oposto, posiciona-se o ilustre **Ernane Fidélis dos Santos**, nestes termos:

‘A citação ficta, edital e hora certa, não se comporta, porém, no procedimento, porque, de alguma forma, para aceitação da formação de título por omissão de defesa, há mister efetiva manifestação de vontade, que está além dos poderes de atuação do curador. Este, por outro lado, com a simples missão de se opor em defesa, não pode demonstrar interesse a embargos, que são verdadeira ação.

Na impossibilidade, pois, de citação direta, ao credor só resta a opção do processo de conhecimento.’

O fato de o curador especial não poder demonstrar interesse nos embargos – circunstância que o ilustre jurista coloca como empecilho

ao manejo da monitória – não se ajusta à jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, que sempre entendeu ser possível e indispensável a nomeação de curador especial ao revel no processo de execução, e, mais recentemente, no Superior Tribunal de Justiça, que expediu a Súmula n. 196 no mesmo sentido ('Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos'). Portanto, **tollitur quaestio**.

Por outro lado, se restasse ao credor a única opção do processo de conhecimento, ali seria possível a citação por edital ou hora certa, modalidade de ciência presumida, e, sendo revel o citando, ser-lhe-ia dado curador especial com a missão de oferecer defesa.

Ademais, na prática, a necessidade da citação por hora certa ou edital só se faz necessária no curso do processo, quando o Oficial de Justiça tenta a citação pessoal do devedor e não o encontra ou não localiza o seu paradeiro. Daí, e por questão de economia processual, deveria o juiz converter o feito em ordinário, retificar a autuação, e determinar a citação ficta (hora certa ou edital).

Como o que justifica a monitória é a provável suposição de que não haverá contestação e que o devedor não oferecerá resistência à pretensão, o que pode acontecer é não haver interesse do edital, sabendo, de antemão, que haverá designação de curador especial e oferecimento de embargos, fazendo o procedimento prosseguir pelo rito ordinário.

Mas, nem isso será possível prever com absoluta certeza, porque não são raros os casos em que o citado por edital toma conhecimento da demanda e se faz presente no processo, acudindo ao chamamento judicial para oferecer defesa.

Portanto, não vejo incompatibilidade absoluta da citação por hora certa ou por edital com a ação monitória, podendo quando muito não haver utilidade se o credor puder supor, por fundamento razoável, que o devedor não responderá à demanda, dando ensejo à nomeação de curador especial, caso em que o feito seguirá o rito ordinário.

Em obra recente, **Eduardo Talamini** transcreve acórdão do TACivSP, no Ag n. 690.240-3, Oitava Câmara Cív., j. 25.9.1996, Rel. para o acórdão Franklin Nogueira, cuja ementa é a seguinte:

'Monitória. Citação por hora certa. Possibilidade. Recurso

provido para admiti-la, desde que preenchidos os requisitos legais, por maioria de votos.’

Em seu voto, assim se expressou o Relator, com a maior propriedade:

‘A ação monitória, portanto, tem como objetivo a formação de um título executivo. Não tem, desta forma, natureza jurídica de execução. Trata-se, nitidamente, de uma ação de conhecimento, cuja finalidade é, repita-se, a formação de um título executivo.’

Tanto que está inserida no capítulo relativo aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

E o título executivo, sem o qual não se há falar em processo de execução, apenas se constitui se não forem opostos os embargos no prazo legal.

Não se lhe aplicam, pois, as restrições inerentes à ação de execução. Por isso, não se justifica a alegada impossibilidade de citação por hora certa.’

Dando-me a honra da citação, assim ementou o TJPR, Ag n. 0052.182-00, a Vigésima Primeira Câm. Cív., j. 11.12.1996, Rel. Des. Accácio Cambi, acórdão que admitiu a citação por hora certa:

‘Ação monitória. Réu citado com hora certa. Descabimento. Agravo. Decisão cassada.’

Não havendo qualquer restrição, nos dispositivos que regulam a ação monitória, é possível a citação do réu com hora certa, aplicando-se, assim, as normas processuais previstas no Livro I do CPC (processo de conhecimento).’

A propósito, assim se manifestou o ilustre Relator, **verbis**:

‘Contudo, deve prevalecer o entendimento majoritário, com apoio na jurisprudência, porque a citação com hora certa é perfeitamente viável na ação monitória – não se alegue que, na ação de execução, é descabida tal modalidade de citação, porque tal entendimento não tem sido acolhido pelo STJ, conforme anota

Theotonio Negrão, CPC e Legislação Processual em Vigor, 27^a ed., p. 76, ao se referir que ‘é obrigatória a nomeação de curador à lide ao executado que, citado por edital, não comparece a juízo’ – e porque não se pode exigir que o credor, havendo ocultação do devedor, para receber a citação pessoal, tenha que ajuizar ação de cobrança, quando o estatuto processual civil coloca à sua disposição um instrumento mais ágil e eficaz para receber o seu crédito.

Nestas condições, impõe-se que seja cassada a decisão impugnada, a fim de que a ação proposta prossiga em seus trâmites normais.’

Transcreve o mesmo autor, acórdão do TAMG, no Ag n. 229.148-1, Terceira Câm. Cív., j. em 5.3.1997, Rel. Juiz Duarte de Paula, em que entendeu aquela Corte incabível a citação por edital, como se vê abaixo:

‘Ação monitória. Citação por edital. Impossibilidade.

Por se constituir a ação monitória espécie de procedimento que propicia a formação de um título executivo judicial, não comporta a modalidade de citação ficta ou editalícia. Os embargos, através dos quais se defende o devedor, têm natureza declaratória ou constitutiva, sendo mister a efetiva manifestação da vontade do demandado, que ultrapassa os limites dos poderes do curador especial, nomeado ao citado por edital.

Recurso a que se nega provimento.’

Data venia, o fundamento relativo aos poderes do curador especial não tem o endosso da jurisprudência, nem no Supremo Tribunal Federal, nem no Superior Tribunal de Justiça, como se viu, e o argumento de que a ação monitória propicia a formação de um título executivo judicial também não convence, porque o mesmo acontece no processo de conhecimento, e nem por isso ele se mostra avesso à citação ficta.

Neste caso, não se tratava de pessoa jurídica de direito público, pelo que a jurisprudência do Tribunal de Alçada de Minas Gerais levou mais longe o pensamento do ilustre **Ernane Fidélis dos Santos**, não admitindo a citação por edital nem mesmo quando o devedor é uma

pessoa jurídica de direito privado (no caso, a Boa Vida Assistência à Saúde S/C Ltda).

Aliás, preferindo o procedimento monitorio, o credor, deixando o réu a faculdade de valer-se do disposto no § 1^a do art. 1.102c do CPC, efetuando o pagamento para obter a isenção de custas e honorários advocatícios, o que não acontece com o procedimento ordinário, em que, mesmo reconhecendo a procedência do pedido, está o réu sujeito às verbas decorrentes da sucumbência.

Portanto, ao contrário do que parece à primeira vista, o entendimento perfilhado por **Ernane Fidélis dos Santos** e pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, é, do ponto de vista procedimental, menos favorável ao devedor do que o procedimento monitorio.”

Ainda do mesmo doutrinador, Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Del Rey, 3^a ed., cap. I, n. 25, p.p. 62/64 e Código de Processo Civil Reformado, Del Rey, 4^a ed., cap. XXIII, n. 23, p. 432.

5. Por fim, registro que a mesma Terceira Turma deste Tribunal, na sessão de 20 de março último, no REsp n. 297.413-MG, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, presentes os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Menezes Direito, ementou:

“Processual Civil. Ação monitoria. Citação por edital. Possibilidade.

O procedimento monitorio é uma das formas de desenvolvimento do processo de conhecimento, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, as disposições gerais de procedimento ordinário. Assim, inexistindo no procedimento especial da monitoria vedação ao emprego de citação por edital, aplicam-se-lhe as regras do procedimento ordinário para a realização de comunicação das partes.”

6. À luz do exposto, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para admitir a citação do Réu-recorrido por edital.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, creio que já manifestei minha opinião de que, realmente, fica inútil a ação monitoria nessa circunstância. O melhor é a parte ajuizar uma ação ordinária.

Dirirjo do Sr. Ministro-Relator.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sr. Presidente, acompanho o voto divergente do Sr. Ministro Ari Pargendler, reiterando os termos do voto que proferi, como Relator, no REsp n. 173.591-MS (DJ de 18.9.2000), que foi acolhido pela maioria desta Segunda Seção.

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL N. 173.591 – MS

Ementa: Ação monitória. Citação por edital. Precedente da Corte.

1. A ação monitória é um remédio processual que substitui, de fato, a ação de cobrança, evitando o processo de conhecimento. O art. 1.102b do Código de Processo Civil não fala em mandado de citação, mas, sim, em mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. O que a regra jurídica deseja é que o réu, devedor, receba diretamente o mandado de pagamento. Ora, se tal não ocorre, se o réu não é encontrado, a ação monitória perde substância, não valendo, no caso, a citação ficta exatamente por esse particular aspecto.

2. Recurso especial não conhecido.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A Recorrente investe contra julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que manteve despacho monocrático que considerou incompatível com a ação monitória a citação por edital. O especial vem com amparo nos artigos 231, II; 232, I, e 1.102 do Código de Processo Civil.

Há um precedente da Corte, da relatoria do Sr. Ministro Nilson Naves (AgRg no Ag n. 166.337-MG, DJ de 31.8.1998), completa a Turma, considerando impossível a citação por edital na ação monitória, entendendo o voto-condutor que a decisão assim tomada não gera ofensa ao art. 231 do Código de Processo Civil.

A questão é controvertida na doutrina. **Cândido Rangel Dinamarco** e **Antônio Carlos Marcato** entendem que a citação editalícia é possível, não havendo nenhuma restrição no art. 1.102b do Código de Processo Civil que justifique a vedação. Já **Carreira Alvim** considera que a citação por

edital desqualifica a utilidade da ação monitória. No mesmo compasso é o magistério de **Ernani Fidélis dos Santos**, presente que para a formação do título por omissão de defesa impõe-se a efetiva manifestação de vontade, com o que não sendo possível a citação direta, ao credor cabe seguir para o processo de conhecimento.

Como é sabido, a ação monitória é um remédio processual que substitui, de fato, a ação de cobrança, evitando o processo de conhecimento. Adverte **Humberto Theodoro Júnior** que o 'mandado inicial não é de citação para que o réu venha contestar o pedido, mas para que venha solver a dívida demonstrada documentalmente' (Código de Processo Civil Anotado, Forense, 2ª ed., 1996, p. 441).

O art. 1.102b não fala em mandado de citação, mas, sim, em mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. O que a regra jurídica deseja é que o réu, devedor, receba diretamente o mandado de pagamento. Ora, se tal não ocorre, se o réu não é encontrado, a ação monitória perde substância, não valendo, no caso, a citação ficta exatamente por esse particular aspecto. O objetivo da monitória é o pagamento pelo devedor. Se o devedor não é encontrado e opera-se a citação ficta, o curador especial que pode ser designado não tem condições de cumprir o objetivo da ação, assim o pagamento, mas, apenas, de oferecer embargos.

Anote-se que há precedente da Quarta Turma, Relator o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, admitindo a citação por edital (REsp n. 175.090-MG, julgado na sessão de 27.10.1998).

Desse modo, na linha do precedente, não encontro as violações apontadas.

Não conheço do especial.”