

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA
FORENSE

**“INTRODUÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO PELA LEI 9.079/95”**

PATRICIA ANDRADES GAMEIRO

Bacharelanda

FLORIANÓPOLIS

1996

PATRICIA ANDRADES GAMEIRO

**“INTRODUÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO PELA LEI 9.079/95”**

**Monografia apresentada como requisito
para a obtenção do título de Bacharel no
Curso de Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal de Santa Catarina.**

**Orientadora: Prof^ª.Mônica Elias de
Lucca Entres**

FLORIANÓPOLIS

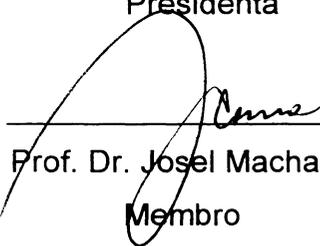
1996

A Monografia “INTRODUÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELA LEI 9.079/95”, elaborada por PATRICIA ANDRADES GAMEIRO e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de Bacharel em Direito, sendo-lhe atribuída nota 10,00.

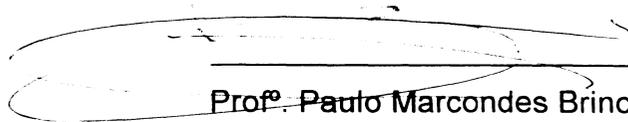
Banca Examinadora:



Prof.ª Mônica Elias de Lucca Entres
Presidenta



Prof. Dr. Josel Machado Corrêa
Membro



Prof. Paulo Marcondes Brincas
Membro



Prof.ª Kátia dos Anjos
Membro-Suplente

Prof.ª Mônica Elias de Lucca Entres
Orientadora e Coordenadora de Monografia - DPP

Florianópolis, 03 de dezembro de 1996.

DEDICATÓRIA

À Deus que nunca me desamparou.

Aos meus Pais e meu irmão, que me ensinaram os verdadeiros valores da Vida com muito amor, dedicação e respeito.

À Prof.^a Mônica Ellias de Lucca Entres por todo o incentivo e pelos seus ensinamentos.

Aos amigos, que sabem quem são, dedico este trabalho.

RESUMO

O presente trabalho trata da introdução da Ação Monitória no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.079/95, e procura destacar, na medida do possível, as principais divergências existentes a respeito do assunto, como também, fazer uma pesquisa global do novel instituto, adequando-o à sistemática do nosso Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - NOÇÕES FUNDAMENTAIS.....	3
1. Introdução da Ação Monitória no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	3
2. Finalidade da Ação Monitória.....	7
3. Em que consiste o procedimento monitorio.....	12
4. Disponibilidade do rito da Ação Monitória.....	16
CAPÍTULO II - ORIGENS E NATUREZA JURÍDICA.....	20
1.Histórico.....	20
1.1. Direito Romano.....	20
1.2. Direito Canônico.....	21
1.3. Direito Luso-brasileiro.....	23
2. Direito Comparado.....	24
2.1. Direito Austríaco.....	25
2.2. Direito Alemão.....	26
2.3. Direito Suíço.....	26
2.4.Direito Italiano.....	26
3. Natureza jurídica da Ação Monitória.....	27
CAPÍTULO III - REQUISITOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO MONITÓRIA.....	32
1.Objeto da Ação Monitória.....	32
1.1. Pagamento de soma em dinheiro.....	32
1.2. Entrega de coisa fungível.....	33
1.3. Entrega de determinado bem móvel.....	35
2.Necessidade de prova escrita.....	37
CAPÍTULO IV - REQUISITOS GERAIS DA AÇÃO MONITÓRIA.....	43
1. Condições da Ação.....	43
1.1. Possibilidade jurídica do pedido.....	43
1.2. Interesse de agir.....	44
1.3. Legitimidade para agir.....	44
2. Pressupostos processuais.....	50

CAPÍTULO V - PROCEDIMENTO MONITÓRIO.....	56
1. Requisitos do art. 282, do Código de Processo Civil.....	56
1.1. Juízo competente.....	56
1.2. Qualificação do autor e do réu.....	58
1.3. Fatos e fundamentos jurídicos do pedido.....	59
1.4. Pedidos.....	59
1.5. Valor da causa.....	60
1.6. Provas.....	61
1.7. Pedido de assistência judiciária.....	61
2. Aditamento da inicial.....	61
3. Indeferimento da inicial.....	62
4. Expedição do mandado monitório.....	62
5. Natureza do mandado monitório.....	63
6. Possíveis reações do réu perante o mandado monitório.....	68
6.1. Não cumpre a obrigação e não propõe embargos.....	68
6.2. Cumpre a obrigação.....	72
6.3. Oferece embargos.....	73
7. Sentenças e Recursos.....	77
8. Execução.....	78
CONCLUSÃO.....	80
BIBLIOGRAFIA.....	82

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da introdução da Ação Monitória no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995. Tal tema abrange inúmeras questões o que acarreta muitas divergências.

Tem-se como objetivo demonstrar a importância da introdução da referida ação no ordenamento jurídico brasileiro, que facilita ao credor o aperfeiçoamento do título executivo. Além disso, pretende-se fazer uma pesquisa global do novel instituto, analisando o conteúdo da aludida lei, procurando interpretá-la e adequá-la à sistemática do nosso Código de Processo Civil.

O trabalho está estruturado de uma maneira simples, acessível e lógica, onde, primeiramente, busca-se delimitar noções fundamentais a respeito do instituto ora estudado, tais como, finalidade, conceito, e sua disponibilidade ou não.

Num segundo momento, dirige-se a atenção de uma forma sucinta aos seus antecedentes históricos e ao direito comparado, bem como a sua natureza jurídica.

Após, examina-se os requisitos gerais e específicos da ação monitoria.

Finalmente, parte-se então, ao procedimento monitorio, assunto este que gera mais dúvidas e controvérsias na doutrina.

A importância dessa pesquisa reside na possibilidade de serem levantados vários questionamentos, propiciando sua análise e estudo. Não se pretende, todavia, esgotar o tema, muito pelo contrário, o que se quer realmente é demonstrar as várias interpretações existentes dentro de um tema polêmico e de grande importância para as pessoas que convivem com o mesmo.

Essa monografia não tem a pretensão de encontrar a resposta certa; pretende sim, dentre as várias interpretações dar uma contribuição pessoal ao tema chegando a algumas conclusões.

CAPÍTULO I

NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1. INTRODUÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em virtude do desenvolvimento progressivo dos fenômenos sociais da época contemporânea, inúmeras modificações têm sido verificadas no âmbito do direito geral e do processo civil, mais precisamente.

Deixando um pouco de lado as construções de caráter teórico, os processualistas passaram a voltar mais suas atenções, à imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto meio de realização da justiça.

Nos últimos tempos, dada a clara evolução científica e tecnológica do processo civil, vislumbra-se de hialina clareza que o tradicional modelo do procedimento ordinário é impróprio para garantir uma tutela jurisdicional efetiva a todas as situações e a todos os direitos que clamam por uma tutela de urgência.

O procedimento ordinário, como modo de solução de lides, deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas e harmoniosas com o direito material a ser tutelado.

Nosso Digesto Processual Civil, com mais de 20 anos de vigência, vem sendo aperfeiçoado por leis que procuram, com maior ênfase, torná-lo mais eficiente, diminuindo freqüentemente, sejam os atos processuais, seja o tempo para

praticá-los.

Surgem, assim, novos modelos ou a volta de velhas estruturas, devendo serem utilizadas como objeto de reflexão e como programa de reforma. Com as mudanças no Código de Processo Civil Brasileiro, foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio uma série de novos procedimentos e regras que há muito tempo eram necessários. Alguns doutrinadores admitem que a reforma do Código de Processo Civil está relacionada com a crise da justiça brasileira, que somente poderá ser enfrentada, com eficiência, através de um grande número de iniciativas.

O Direito já passou por várias fases e, no decorrer dos tempos, chegou-se à conclusão de que um sistema processual seria tão perfeito e satisfatório a medida que fosse mais eficiente e tivesse capacidade de colocar em pronta atuação a tutela jurisdicional necessária para garantir a realização concreta dos direitos creditórios.

Desta forma, a força da lei e a autoridade estatal são muito importantes no processo de execução tanto ou mais do que no processo de conhecimento, pois de nada valeria aperfeiçoar o mecanismo do processo cognitivo, se depois o processo executivo não criasse condições e instrumentos igualmente ágeis e enérgicos para garantir a observância prática da lei.

Com base neste ideal e sob a denominação de ação monitória, a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, acrescentou ao Livro IV, Título I, do Código de Processo Civil, uma antiga técnica de tutela do direito material, pela qual se tem procurado minimizar a angústia decorrente da morosidade na prestação jurisdicional.

A nova ação está situada no Livro IV, que trata dos Procedimentos Especiais, ou seja, daquelas ações às quais não se aplicam as disposições do

Procedimento Comum, a não ser subsidiariamente, porque são ações que, devido à sua natureza, importância e características, se diferenciam do comum, e exigem regras específicas, pelo menos até determinado ponto de sua tramitação.

Neste título, englobam-se as ações que merecem tratamento especial do legislador, e que são de natureza litigiosa, ao contrário das do Título II, que são denominadas de jurisdição voluntária, posto que não apresentam litígio ou porque a atividade do juiz é predominantemente administrativa, possibilitando, na maioria das vezes, uma sentença meramente homologatória.

A Lei 9.079/95 é fruto da chamada reforma do Código de Processo Civil, que no ano de 1994, introduziu alterações fundamentais na estrutura do Código, procurando, como objetivo geral, sua simplificação e seu melhor desempenho, para possibilitar aos advogados, juízes e partes chegarem mais rápido e seguramente à prestação jurisdicional.

Consoante o disposto no artigo 2º da mencionada Lei, a mesma vigorou sessenta dias após a sua publicação. Como essa publicação ocorreu no Diário da Justiça da União de 17 de julho de 1995, entrou ela em vigor somente em 15 de setembro deste mesmo ano.

O legislador preferiu não regular a ação monitória em lei extravagante, colocando-a dentro do nosso Código de Processo Civil, e para isso, utilizou a forma inusitada de incluí-la no Livro IV, no Capítulo XV, sob a denominação “Da Ação Monitória”, reservando à referida ação os artigos 1102a, 1102b, 1102c.

Art. 1102a. 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.

Art. 1102b. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de

quinze dias.

Art. 1102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

§ 1º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2º Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo II e IV.

Essa numeração dos artigos com letras para diferenciá-los dos demais, foi feita para evitar que fosse alterada a numeração de todos os artigos subseqüentes, criando uma situação incômoda, tanto para os advogados como para os julgadores, sem se falar na necessidade de alteração dos textos, em todos os livros e em todas as memórias de computadores. Esse tipo de alteração parece ser a mais plausível do ponto de vista prático.

Há algum tempo os processualistas pátrios já vinham reclamando a presença do procedimento monitorio dentro do nosso sistema processual. O texto da nova lei foi encaminhado ao Congresso Nacional através da mensagem nº 257, de 11 de maio de 1993, do Poder Executivo, firmada pelo Presidente Itamar Franco.

Segundo a exposição de motivos nº 160/MJ, de 13 de abril de 1993, do Ministro da Justiça, a proposta da instituição da ação monitoria foi resultado dos estudos efetuados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional de Magistratura, com amplo apoio do Ministério da Justiça, visando à reforma do Código de Processo Civil.

A redação final do projeto que introduz a ação monitória no nosso ordenamento processual civil, foi elaborada por comissão de especialistas, coordenada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, secretariada pela Desembargadora Fátima Nancy Andrihy, contando ainda com a participação dos professores: Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi, José Carlos Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior, José Eduardo Carreira Alvim, Kazuo Watanabe e Sérgio Shaione Fadel, após o recebimento de sugestões, críticas e amplos debates.

Foi, assim, instituída a denominada ação monitória em nosso sistema processual, acrescentando-se três artigos ao Código de Processo Civil, no final da parte que disciplina os procedimentos especiais.

2. FINALIDADE DA AÇÃO MONITÓRIA

O órgão jurisdicional atua de maneira distinta no processo de conhecimento e no processo de execução, motivo pelo qual existem procedimentos próprios para cada um deles.

Difere o processo de execução do processo de conhecimento pois, neste, o juiz aprecia a lide para aplicar a norma jurídica adequada ao caso concreto; naquele, o juiz parte da certeza do direito do credor, providenciando os meios necessários para efetivar o conteúdo daquele direito já proclamado.

A declaração do direito deve anteceder à execução, posto que a mesma entra na área da coação, atingindo o devedor em sua esfera privada, mais precisamente no seu patrimônio.

Somente nos casos em que o devedor não cumpre a obrigação é que cabe a intervenção do órgão judicial. Daí resulta a denominação “execução forçada”, preconizada pelo Código de Processo Civil, no seu art. 566.

No processo de execução exsurge o princípio da legalidade em que se baseia o Estado moderno, porque a pronta e segura realização do direito do credor, através da força de coação da execução forçada, constitui a melhor confirmação da autoridade da lei e, portanto, da garantia que a própria lei confere aos direitos dos cidadãos.

A boa doutrina e a maioria dos textos dos Códigos modernos é unânime em afirmar a regra fundamental “*nulla executio sine titulo*”, ou seja, não é cabível execução forçada sem título executivo que lhe sirva de base. Nesse sentido preconiza o art. 583 do Código de Processo Civil: “Art. 583. Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.”

O artigo 584 do referido diploma legal preconiza quais são os títulos executivos judiciais e o seu art. 585 relaciona quais são os títulos executivos extrajudiciais.

Além de ser a base de toda execução, o título também é uma condição imprescindível, haja vista que não é admissível em nosso ordenamento jurídico, execução que não se funde ou apóie em título executivo, pois é ele quem fixa os parâmetros objetivos e subjetivos da coação estatal a ser desencadeada.

O título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial, deverá definir o conteúdo da obrigação, o seu valor, o seu objeto, os seus acessórios, quem responde pela dívida, quem pode exigí-la, etc.

Para que o título executivo tenha essa força é indispensável que se denote

em seu conteúdo um título certo, líquido e exigível, como dispõe o artigo 586 da nossa lei adjetiva civil. Certeza diz respeito à existência da obrigação; liquidez corresponde à determinação do valor ou à individualização do objeto da obrigação; exigibilidade tem o sentido de que a obrigação não depende de termo ou condição, nem está sujeita a outras limitações.

A ação monitória tem a missão de facilitar o acesso do credor ao título executivo, quando há certeza da existência da dívida nas causas que demonstram motivos diversos que fazem pressupor a inexistência de oposição séria do réu à pretensão do autor, tornando a lide, dessa forma, superficial. Sendo assim, busca desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil, abreviando de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do indispensável título executivo.

Hoje em dia, sem desrespeitar o direito do réu de se defender, é necessário que o credor tenha um meio ágil e eficaz de tornar breve a obtenção do título executivo para a satisfação do seu crédito, nas hipóteses que possua um documento sério, idôneo, mas sem eficácia executiva.

Nesses casos, torna-se mister tratar essas causas com um instrumento processual diferente dos já existentes, que atenda ao ideal de rapidez e economia, evitando, assim, gastos inúteis de energia e despesas na aplicação da tutela jurisdicional em face do caso onde o direito da parte é cristalino.

Dessa forma, torna-se necessário destacar o entendimento dos doutrinadores Rogério Lauria TUCCI e José Rogério Cruz e TUCCI *apud* João Roberto PARIZATO:

É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes

para as partes e para os membros da comunhão social.

Despiciendo salientar que a justiça tardia corresponde a verdadeira denegação da justiça. Realmente, a duração excessiva do processo constitui fenômeno que propicia a desigualdade..., é fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor do que a do rico; este, e não aquele, pode, via de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma justiça lenta. Um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada.¹

A propósito, segue parte da exposição de motivos encaminhada com a nova lei para sanção do Presidente da República, em 13 de abril de 1993, pelo então Ministro da Justiça, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Maurício CORRÊA, *apud* Francisco Fernandes de ARAÚJO:

4- Com o objetivo de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil, a proposta introduz, no atual direito brasileiro, a ação monitória, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade, com as cautelas que a inovação recomenda.

5- A finalidade do procedimento monitório, que tem profundas raízes também no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, controlando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário.

(...)

7- Causa desânimo ao credor o fato de possuir documento abalizado e de saber que o devedor não tem defesa a lhe opor e, mesmo assim, ter de enfrentar toda a complexidade do processo de conhecimento para, só depois dele, obter meios para executar o inadimplente.

8- Em semelhante conjuntura, e em outras análogas, impõe-se, a bem da parte e para o prestígio da Justiça, a adoção, o quanto antes, de procedimento que restaure a velha assinação de dez dias e que atualize com base nos procedimentos monitórios do moderno direito vigente na Europa.²

O doutrinador Reis FRIEDE critica o instituto da ação monitória, no tocante

¹ PARIZATTO, João Roberto. *Da ação monitória* : de acordo com a lei nº 9.079, de 14-7-95. Editora de Direito : São Paulo, 1996, p. 14.

² ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Ação monitória* : comentários à lei nº 9079, de 14 de julho de 1995. Campinas : Copola Livros, 1995, p. 34-35.

à preterição dos títulos executivos extrajudiciais em relação aos escritos sem força executiva. Entende o doutrinador que seria mais sensato o legislador ter ampliado rol dos títulos executivos extrajudiciais. Vejamos:

Objeto de crítica desde a apresentação do projeto de lei em 1993 - deve ser registrado- tem sido a relativa outorga, pela nova lei que prevê a ação monitória, de força executiva ao escrito genérico (desprovida de eficácia executiva prévia) de forma mais contundente se comparado aos títulos executivos extrajudiciais, considerando, sobretudo, que, se rejeitados os embargos previstos no art. 1102c do CPC (ou reputados os mesmos intempestivos, ou, ainda, simplesmente não opostos), transmuda-se simplesmente o mencionado escrito em efetivo título executivo judicial, passando a seguir o mesmo a disciplina concernente à execução.

Nesse diapasão, os credores portadores de título executivos extrajudiciais terão, em verdade, preteridos seus créditos em favor de um escrito, em princípio, sem força executiva. Muito possivelmente, teria sido mais sensato o legislador ampliar o rol dos títulos executivos extrajudiciais, em vez de ter instituído uma verdadeira ação para satisfação de crédito constituído por simples escrito desprovido de força executiva.³

Discordamos do entendimento do doutrinador acima mencionado. É importante lembrar que a ação monitória visa facilitar o acesso do credor que possua um título ou um escrito sem eficácia executiva a um com força executiva. Vamos imaginar, à guisa de exemplo, um credor que possua um cheque prescrito. Para que ele fizesse valer o seu direito, se não existisse a ação monitória, seria necessário propor um ação ordinária, que ao final, se reconhecesse o direito postulado, a sentença condenatória serviria de título executivo judicial.

Pois bem, todos sabemos que não é possível execução forçada sem título executivo e também sabemos o que é um título executivo. Sendo assim, com esse conhecimento vislumbramos que seria um contra-senso incluir no artigo 586 do Código de Processo Civil, que trata dos *títulos executivos extrajudiciais*, um cheque

³ FRIEDE, Reis. *Principais inovações no direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, . 1996, p. 31

prescrito ou qualquer outro documento que não tenha força executiva. Entendemos também que não há predileção entre os credores portadores de escritos sem eficácia executiva - que com o ensejo da ação monitória possam vir a se tornar títulos executivos judiciais -, e os portadores de títulos executivos extrajudiciais, pois tanto um quanto o outro dão ensejo à ação de execução e, para ambos, o procedimento é o mesmo. Outrossim, as hipóteses de presunção aventadas pelo autor ocorrem igualmente no procedimento ordinário, no caso da exordial não contestada ou contestada extemporaneamente.

A ação monitória não é, historicamente, uma novidade para o direito luso-brasileiro. A reintrodução do sistema monitório no nosso ordenamento não significa uma volta ao passado, mas o reaproveitamento do que foi bom no passado, atualizado às necessidades de hoje, e que até hoje continua sendo proveitoso em países modernos e cultos, como a Alemanha, a Áustria e a Itália.

3. EM QUE CONSISTE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO?

O termo “monitória” é o feminino de monitório; monitório, por sua vez, tem origem na expressão monitor, oriunda do latim, que significa aquele que aponta o caminho, que dá conselhos, que serve de modelo.

Monição, do latim *monitio*, na significação jurídica e nos tempos passados era o aviso ou o convite para vir depor a respeito de fatos contidos na monitória, que era uma carta de aviso ou de intimação para depor.

Assim também a expressão “admonitória”, referente à audiência que se designa na área criminal para advertência do réu, para o caso de descumprir

alguma das condições impostas para a liberdade provisória, sendo que o radical “ad” refere-se à preposição *para* - advertir para...

A expressão é antiga e, na Idade Média, com a instauração da Inquisição, foi muito utilizada para indicar os manuais que esclareciam os católicos a como agir quando chamados ao tribunal do Santo Ofício, ou quando das visitas nos lugares onde tal tribunal não havia sido instalado.

O renomado dicionarista Aurélio Buarque de Hollanda FERREIRA, assim define a expressão *monitória*: “Monitória. [Fem. substantivado de monitório]. S.f. 1. aviso com que se convida o público a dizer o que souber acerca de um crime. 2. Advertência, conselho.”⁴

O mestre José Rogério Cruz e TUCCI⁵ refere-se ao termo procedimento monitório ou injuntivo e entende que o mesmo está incluído dentre as espécies de tutela jurisdicional diferenciada. Esta expressão é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos, mais apropriados com a espécie de direito material a ser tutelado. A técnica do procedimento monitório está inserida na tipologia da tutela jurisdicional diferenciada, tendo em vista que visa neutralizar o lapso de tempo intercorrente entre o início do processo e a sentença.

As expressões monitório e injuntivo são termos indicativos de ordem, mandamento, imposição em seu significado léxico. E o procedimento ora estudado recebe as denominações de monitório ou injuntivo justamente porque, ao invés de iniciar-se por uma citação do réu para defender-se, principia por uma ordem

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário de língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1153.

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

expedida pelo juiz, determinando ao devedor que cumpra a obrigação pendente no prazo determinado. Percebe-se que a ação monitória tem um sentido de advertência para que o réu pague certa soma em dinheiro, ou entregue coisa fungível ou determinado bem móvel, no prazo de 15 dias, ou então, embargue a ação no mesmo prazo, para discussão, sob pena de se constituir, de pleno direito, o mandado inicial em título executivo judicial, prosseguindo-se com a respectiva execução.

Podemos afirmar que a ação monitória não tem características e nem força de uma execução. Permite, contudo, por seu caráter de cognição sumária, que a parte consiga um título executivo judicial com maior brevidade, quase que de imediato, sem passar pelo processo de conhecimento.

O Professor Severino Muniz *apud* João Roberto PARIZATTO, assim discorreu:

Desta forma, o procedimento monitório não assume, por si próprio, a função de princípio de execução; possui, entretanto, na qualidade de processo de conhecimento sumário, aspectos eficazes e idôneos para conseguir, com maior celeridade, um título executivo. Por isso mesmo, pode-se dizer, portanto, já que a execução não é possível sem a existência do título executivo, que o procedimento injuntivo ou monitório é um meio ou um instrumento capaz de produzir, celeremente, este título executivo, alicerce da pretensão executória do credor.⁶

O procedimento da ação monitória difere do procedimento de cognição, pela ausência de indispensável contraditório. O contraditório é eventual, ou seja, só será instaurado depois de expedido o mandado de pagamento ou entrega se o demandado tomar a iniciativa de opor os embargos.

No princípio do contraditório se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional, e segundo o qual ninguém pode ser julgado sem ser ouvido. Em

⁶ PARIZATTO, op. cit., p. 15.

respeito a esse princípio, no processo civil brasileiro, impõe-se a citação do réu, sob pena de nulidade, no começo do processo.

O juiz tem, no processo monitorio, um grande poder que em outros processos não possui, qual seja, o de emitir mandado *inaudita altera parte*; citado, o réu recebe a faculdade de oferecer embargos sob pena de ficar preclusa a possibilidade de discutir o mérito em sede de monitória.

Alguns autores falam em “falta de contrariedade”, tendo em vista que o magistrado expede a ordem, *initio litis*, sem dar ao réu a oportunidade sequer de ser ouvido e, portanto, de influir na convicção do juiz.

No entanto, esse entendimento não tem sido unânime na doutrina. Outros doutrinadores, tais como CARNELUTTI *apud* J. E. Carreira ALVIM, entendem como característica do procedimento monitorio a “eventualidade do contraditório”, pois, somente se o réu oferecer embargos, o contraditório terá lugar⁷.

Grande parte da doutrina, tendo como doutrinadores, CALAMANDREI, PARRELA, BETTI, JAEGER, REDENTI, *apud* J. E. Carreira ALVIM, apontam como característica desse procedimento a “inversão do contraditório”, posto que é deixado ao réu a faculdade de opor-se ao mandado expedido pelo juiz⁸.

Analisando as duas correntes, percebemos que não existe antagonismo ou incompatibilidades entre as doutrinas de CALAMANDREI e CARNELUTTI. Sem dúvida, o contraditório é eventual e, o é, porque a iniciativa de provocá-lo cabe ao réu, se propuser exceções ao mandado solvendo. A eventualidade, assim, não passa de resultante da inversão da iniciativa deste.

As três correntes se completam e se compatibilizam perfeitamente com o

⁷ Alvim, J. E. Carreira. *Procedimento monitorio*. 2ª ed. Curitiba : Juruá Editora, 1996, p. 31.

⁸ *Ibid.*, p. 31.

princípio do dispositivo formal presente no processo. Podemos falar em inversão do contraditório, pois cabe ao réu instaurá-lo ou não. Podemos também mencionar a eventualidade do contraditório pois o devedor poderá provocá-lo ou não mediante o oferecimento dos embargos. Em caso de interposição de embargos, o contraditório estará instaurado; caso contrário, ocorrerá a falta de contraditório porque assim quis o devedor, tornando-se definitivo o acerto preliminar, feito sumariamente e sem prévia audiência do mesmo.

Outrossim, difere o procedimento monitorio da execução forçada porque não possuindo ainda o credor o título executivo, a ordem inicial de pagamento não é feita sobre a cominação de penhora, ou seja, caso o devedor não cumpra a obrigação, nessa fase da ação monitoria, os seus bens não serão expropriados e em caso de proposição de embargos, não será necessário antes oferecer bens à penhora.

Vale ressaltar, que o objetivo da ação monitoria é a formação do título executivo judicial. Os atos expropriatórios somente ocorrerão no momento oportuno, qual seja, na fase da execução, obviamente, depois de formado o título executivo.

4. DISPONIBILIDADE DO RITO DA AÇÃO MONITÓRIA

Questão que tem suscitado diversas dúvidas tanto na doutrina como na jurisprudência do novo instituto processual, diz respeito a existência ou não da obrigatoriedade por parte do jurisdicionado em submeter sua demanda ao novo rito da ação monitoria.

Indaga-se se o jurisdicionado titular de direito enquadrável no procedimento

da ação monitória teria de submeter o pedido ao novo procedimento especial ou lhe seria facultado escolher, entre os demais, aquele que preferir.

Por outro lado, questiona-se se o magistrado, ao receber a petição inicial, deverá de ofício convertê-la ao rito da ação monitória se assim ela não estiver.

Os adeptos de uma primeira corrente entendem que a ação monitória é facultativa, recomendável nos casos em que haja segurança do autor, de que a defesa da parte contrária seja inconsistente.

O renomado processualista Humberto THEODORO JÚNIOR, assim dispõe:

Trata-se, em primeiro lugar, de uma opção que a lei confere ao credor e não um ônus ou uma imposição a que invariavelmente tenha de se submeter na escolha da via processual.

O procedimento monitório substitui a ação de conhecimento, se o credor assim desejar. Se, porém, preferir, a via normal da ação condenatória, nada o impedirá de usá-la. Ao escolher a ação monitória, o que a parte tem em mira é 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.⁹

Neste sentido, o Desembargador Antônio Rafael da Silva SALVADOR, assim discorreu:

Para nós, entretanto, a hipótese não é uso obrigatório, pelo autor da ação monitória. Isso porque entendemos que é ação que sempre procurou favorecer a rapidez dos processos, a favor dos que buscam a proteção jurisdicional mais rápida. Se é para favorecer o réu, não pode ele ser obrigado a usar esse tipo de ação, onde não vai lançar todo o seu direito, se lembrarmos que o réu poderá pagar imediatamente e ficar isento de custas e verba honorária. Ora, o autor pode não ter interesse em receber menos, vendo seu crédito ser diminuído ao ter que pagar custas iniciais e verba honorária a seu advogado, sem poder se ressarcir dessas despesas.¹⁰

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 73.

¹⁰ SALVADOR, Antônio Rafael da Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. 1ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995, p. 22.

Outros doutrinadores entendem que o rito da ação monitória é obrigatório, tendo em vista que o legislador fixou um rito especial, não podendo deixar de ser observado. Além do mais, salientam que as partes não tem disponibilidade sobre os procedimentos, onde as normas reguladoras são cogentes.

Para elucidar essa questão, torna-se mister trazer à baila o artigo da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que também secretariou a comissão de reforma do Código de Processo Civil/MJ, Dr^a. Fátima Nancy ANDRIGHI, que desta forma discorreu a respeito do assunto:

(...)

Com o advento da Lei nº 9.079, de 14.07.95, que inclui o procedimento especial de jurisdição contenciosa - Da ação monitória-, estamos vivenciando, novamente, o questionamento experimentado quando da inclusão do procedimento sumaríssimo em 1973, acerca da disponibilidade ou não do rito. As teses naquela época defendidas servem de subsídio para se aplicar o princípio da indisponibilidade absoluta ou disponibilidade da escolha do rito à ação monitória.

Inegavelmente, após 20 anos de vigência do Código de Processo Civil, a comunidade jurídica brasileira está consciente da necessidade de abandono de algumas modalidades de interpretação, mormente aquelas que dão exagerada dimensão e importância aos termos usados pelo legislador, lembrando que se chegou a sustentar a indisponibilidade do uso do rito sumaríssimo, porque a locução "observar-se-á" foi usada em tempo verbal de que se deduz a intenção impositiva pretendida pela lei. Evidente que não se está a pregar o abandono total da técnica, tampouco o tecnicismo exagerado, o que se busca é o equilíbrio entre o excesso de rigor técnico e a atecnia, aplicando os institutos processuais de molde a conceder, em tempo e modo adequados, a prestação jurisdicional.

Na nova visão do Direito Processual a "preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material. Assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de "princípio da elasticidade processual". Busca esta nova postura aplicar um estilo de rito menos rígido e sempre com vista a adequá-lo ao direito substancial postulado.

Considerando que o processo é instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para obtenção de um bem da vida, é imperioso que haja uma flexibilização desse instrumento, permitindo ao cidadão a escolha, dentre os instrumentos oferecidos pelo Código de Processo Civil, aquele que melhor atenda

ao seu direito, haja vista que nem sempre o titular do direito deseja fazer uso da tutela diferenciada tendo em conta a sua individual situação fática em torno do direito material. Há mais um argumento em favor do princípio da disponibilidade do rito, o pertinente à renúncia do ressarcimento das despesas efetivadas para cobrança do seu crédito.

Estabelece o art. 1. 102, § 1º, do CPC que, cumprindo o réu o mandado inicial de pagamento, ficará isento de custas e honorários advocatícios. Trata-se de incentivo ao réu para que cumpra a sua obrigação o mais rápido possível, objetivando evitar a conhecida morosidade do procedimento ordinário. Por outro lado, entretanto, se constitui em verdadeiro ato de renúncia de parte do direito de crédito que a lei impõe ao autor de ação monitória. Para haver renúncia, é necessária atitude incontestante do titular do direito; esta só ficará expressa se o mesmo ajuizar a cobrança pelo procedimento da ação monitória.

Observada a aplicação do princípio da disponibilidade do rito, ao juiz é vedado determinar, de ofício, que o pedido tramite sob o rito da ação monitória, por duas razões: a uma porque estará impondo ao autor uma perda parcial do seu crédito e ao Judiciário não é permitido transacionar com o direito da parte, salvo com sua expressa concordância; a duas porque o autor expressamente abdicou do benefício legal do rito célere ao propor ação sob outro rito.

A legislação reformista adotou o procedimento da ação monitória com o fim de colocar à disposição do jurisdicionado mais um meio rápido de obtenção do título executivo judicial; contudo “é lícito a qualquer um renunciar o favor da lei, e o autor, assim procedendo, em nada prejudica o réu, dando-lhe ao contrário um campo mais vasto para desenvolver sua defesa, e ampliando, e não restringindo, a ordem do processo...”

Forte nestas razões, ousou afirmar que, ao titular do direito enquadrável no procedimento especial da ação monitória, há que ser observado o princípio da disponibilidade do rito, face às suas peculiaridades; acrescentando-se que o rito imposto pela nova lei à ação monitória não figura entre aqueles considerados irredutivelmente especiais, eis que, obedecido procedimento inicialmente especial, este converte-se em ordinário, havendo embargos ao pedido.¹¹

Concordamos com entendimento da Desembargadora Fátima Nancy Andrichi. Ao credor é dada a faculdade de utilizar-se da ação monitória ou das vias ordinárias levando-se em conta que, caso o devedor cumpra a obrigação, o credor é quem arcará com as despesas processuais e com os honorários advocatícios.

¹¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Disponibilidade do rito na ação monitória. *Jornal Síntese*, Rio de Janeiro, junho de 1996, p. 4-5.

CAPÍTULO II

ORIGENS E NATUREZA JURÍDICA

1. HISTÓRICO

1.1. DIREITO ROMANO

Em vários períodos da História, podemos encontrar, em diversos países, procedimentos que muito se assemelham ao procedimento da ação monitória, mais precisamente no Direito Romano e no Direito Luso-Brasileiro.

No processo civil romano, é possível delimitar-se três grandes períodos: o das *legis actiones* (processo das ações e das leis), o *per formulas* (processo formular) e o da *extraordinaria cognitio* (processo extraordinário).

O primeiro vigorou desde a fundação de Roma (754 a. C.) até os fins da República; o segundo, que constituiu com o antecedente, o *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos privados), foi introduzido pela *lex Aebutia* (Lei Ebúcia) e oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum* (Leis Júlias), aplicado de modo esporádico até a época do imperador Diocleciano; e o derradeiro, da *cognitio extra ordinem*, foi instituído com o advento do principado e vigente, com profundas alterações, até os últimos dias do império romano do Ocidente.

Essa demarcação é apenas convencional, pois dentro de cada um desses períodos, é possível encontrar fases ou sistemas particulares. Dessa forma, verifica-se que, a par do desenvolvimento político de Roma, que conheceu várias

modalidades de governo - realeza, república, principado e dominato - , também o processo privado se estendeu em três fases distintas e específicas, embora, em certas épocas, coexistissem dois sistemas processuais diferentes.

As fontes revelam que os romanos conheciam, a partir do processo formular, a técnica da *summaria cognitio* (cognição sumária). Essa técnica surgiu em decorrência da evolução dos tempos e do surgimento de novas exigências sociais, que autorizaram o pretor a instituir meios processuais de tutela com o fim de reparar eventuais falhas que poderiam existir com a estrita observância das normas do direito civil.

A cognição realizada pelo pretor era sumária. Examinava-se tão somente os pressupostos de fato, e, em seguida, concedia-se ou denegava-se o direito postulado. Deferido o direito, duas hipóteses surgiam: ou a ordem era obedecida, pondo fim à controvérsia; ou a parte interessada poderia provocar a instauração de um procedimento ordinário.

Essa técnica da cognição sumária continuou sendo aplicada no período posterior, qual seja, o da *extraordinaria cognitio*.

No tocante a execução, pode-se afirmar que a sentença de natureza condenatória, proferida em processo de conhecimento, era o único título que possuía eficácia executiva.

1.2. DIREITO CANÔNICO

Com a fundação do *studium civile* de Bolonha, ocorrida no século XI, as fontes jurídicas romanas passaram a ser estudadas ao lado do direito canônico. O procedimento ordinário da época medieval era lento, custoso e extremamente

formalista.

Em decorrência da excessiva duração do processo e em face do volume cada vez maior de processos, os canonistas determinaram a simplificação dos mesmos. Tal imperativo foi consolidado em duas bulas do Papa Clemente V, *Saepe contingit* (1306) e *Dispendiosam* (1311), ao estabelecer, como regra geral, a *cognitio sumaria*, caracterizada por um procedimento oral e por lapsos de tempo breves. Tal procedimento era concentrado, acelerado e dispensava certas formalidades inerentes ao rito ordinário.

Ao lado deste procedimento, ainda na esfera do direito romano-canônico, surgiram outras técnicas, dentre as quais, o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, ou simplesmente, *praeceptum cum clausula*. Referidos procedimentos afloraram como técnica de juízo acelerado de cognição, para propiciar a instauração posterior do processo de execução.

Nesse procedimento, o credor que não possuía um título executivo, solicitava ao juiz a expedição do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*. Caso entendesse o juiz que existiam os pressupostos, o juiz deferia uma ordem dirigida ao devedor para que pagasse ao credor. Essa ordem era acompanhada e justificada por uma cláusula que preconizava que caso o devedor pretendesse opor exceções, poderia fazê-lo dentro de um certo prazo.

A cognição era sumária pois, no momento do juiz expedir o *mandatum*, o mesmo ignorava as eventuais defesas do devedor e conhecia superficialmente os fatos que deram ensejo à propositura da ação.

O pagamento espontâneo colocava fim a lide; mas caso fosse oferecida defesa, iniciava-se um processo de cognição plena. Na hipótese ainda do devedor

que não pagasse e nem oferecesse defesa no prazo estabelecido, a ordem judicial transformava-se em definitiva, servindo de estopim para o início da execução forçada.

1.3. DIREITO LUSO-BRASILEIRO

No direito luso, pode-se destacar como antecedente mais próximo da ação monitória, a antiga assinação de dez dias. Consiste essa ação na assinação judicial de dez dias para o réu pagar, ou dentro deles, apresentar embargos.

Esse procedimento foi introduzido pelas Ordenações Manoelinas e tinha por base as escrituras públicas, os alvarás particulares de pessoas privilegiadas¹² e as sentenças das quais não competiam processo executivo. Tal procedimento foi recepcionado literalmente pelas Ordenações Filipinas.

Para fins de assinação de dez dias, eram igualados as escrituras públicas os termos judiciais e os escritos particulares, desde que reconhecidos pela parte ou em caso de revelia.

Uma vez ajuizada a ação o réu era citado para na primeira audiência vir ver assinar-lhe o prazo de dez dias para pagar ou alegar e provar sua defesa por meio de embargos. Nessa audiência, o autor assinava ao réu o prazo de dez dias para cumprir a obrigação ou oferecer os embargos.

Decorridos os dez dias, se o devedor não provasse algo que o desobrigasse da dívida, seria logo condenado por sentença, para que pagasse tudo o que devesse ao autor.

¹² As pessoas privilegiadas eram os cardeais, arcebispos, bispos, abades, doutores, desembargadores. Os escritos particulares de pessoas não-privilegiadas só dispunham do procedimento de assinação de dez dias, se fossem por elas reconhecidos.

Nos seus embargos, o réu poderia alegar, além do pagamento, qualquer defesa que tivesse, como a nulidade do instrumento, ilegitimidade da parte, compensação, simulação, transação, prescrição, falsidade, dentre outras.

Findos os dez dias, deveria o magistrado receber ou rejeitar os embargos. Com o recebimento dos embargos, o feito transformava-se em ordinário.

O procedimento decendiário foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pelas Ordenações Filipinas e pela Consolidação das Leis do Processo Civil, bem como pelo Regulamento 737, mas foi eliminado por força do Código de Processo Civil de 1939.

2. DIREITO COMPARADO

Na Europa existem dois tipos de procedimento monitório: o puro e o documental. No primeiro, a ordem emanada pelo juiz para pagar a quantia devida ou para entregar alguma coisa é dada sem ciência do devedor e baseada nas alegações do credor, sem necessidade de nenhum tipo de prova. Ocorre que, nesse caso, a oposição dos embargos, mesmo sem provas ou motivação, faz o mandado perder imediatamente a eficácia, desaparecendo, assim, o procedimento monitório. Somente se não houver embargos é que se constituirá o mandado em título executivo, independentemente de sentença condenatória.

No segundo caso, o mandado inicial também é expedido sem a ciência do devedor, mas esse procedimento somente se inicia mediante prova documental sem eficácia executiva. Caso não haja embargos, o mandado converte-se em título executivo; caso contrário, com os embargos motivados, segue-se o rito ordinário. Se

procedentes os embargos, revoga-se a ordem inicial; se improcedentes, converte-se o mandado inicial em título executivo, com sentença de mérito, substitutiva do mandado inicial, transformando o procedimento monitorio em execução forçada.

A principal diferença existente entre esses dois procedimentos é que os embargos no procedimento documental, em vez de anularem o mandado inicial, como ocorre no procedimento puro, apenas suspendem a eficácia executiva da injunção.

Cada país adota o procedimento monitorio com as peculiaridades que lhes são próprias. Os processos monitorios no direito moderno variam conforme as condições e o objeto da demanda. Alguns exigem que o direito do autor se funde em documentos e outros, não; alguns aplicam-se, também, à prestações que não dinheiro e outros somente a essas; outros ainda admitem o procedimento para créditos de qualquer valor, outros, enfim, para créditos pequenos.

2.1. DIREITO AUSTRIACO

A legislação austríaca adota o procedimento misto, no caso das ações tendentes ao adimplemento de obrigação de dar prestação de dinheiro de pequeno valor ou de entregar coisa fungível. Nesse caso, não é necessária a juntada de prova documental da obrigação.

Em contrapartida, o procedimento documental será utilizado quando o credor peticionar juntando documento autêntico que comprova a obrigação de pagar quantia em dinheiro ou de entregar coisas fungíveis de qualquer valor.

2.2. DIREITO ALEMÃO

No sistema alemão também coexistem os dois tipos de procedimentos monitórios: o puro, que destina-se às ações de qualquer valor e independe de qualquer prova documental, visando o cumprimento de obrigação de pagar certa soma em dinheiro ou de entregar determinada coisa fungível e o documental que serve para os mesmos casos, mas com uma diferença, pois nesse a prova documental é imperiosa.

2.3. DIREITO SUÍÇO

O processo monitório suíço está delineado na lei federal que trata sobre falência e execução. O credor, munido ou não de documento, pede ao juiz que expeça ordem de pagamento sem a ciência da parte contrária, podendo o devedor opor-se à pretensão em dez dias. Decorrido o prazo e não havendo oposição, a ordem ganha força executiva, facultado ao devedor opor-se a esta nova situação, por escrito ou oralmente, no prazo de dez dias, o que acarreta a perda da eficácia do mandado de pagamento, suspendendo-se a execução.

2.4. DIREITO ITALIANO

O Código de Processo Civil atual adotou um único tipo de processo monitório. Conforme preconiza o texto legal processual desse país, o credor de soma líquida em dinheiro, ou de uma determinada quantidade de coisas fungíveis, ou de uma coisa determinada, poderá invocar o processo de injunção, desde que esteja munido de prova escrita.

Percebe-se que o processo monitorio italiano em muito se assemelha ao nosso, pois praticamente é cabível nos mesmos casos e necessariamente é preciso uma prova documental.

3. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO MONITÓRIA

Há muitas polêmicas sobre a natureza jurídica da ação monitoria: indaga-se se seria procedimento provisório ou definitivo; se seria um processo de cognição, de execução ou misto; ou sendo de cognição se seria uma ação condenatória, declaratória ou constitutiva.

A ação monitoria, como já foi visto, possui um procedimento especial. Tais procedimentos quase nunca são institutos de natureza processual única, pois na maioria das vezes, representam figuras híbridas, onde se somam atos executivos com atos cognitivos, em dosagens variáveis.

Na ação monitoria, vamos encontrar, segundo a estruturação que lhe dá o direito brasileiro, uma predominância de atividade de conhecimento, de conteúdo condenatório, pois a demanda termina com uma sentença condenatória ao devedor (desde que reconhecido o direito do credor) sujeita a coisa julgada e além do mais esse pronunciamento está sujeito aos meios de impugnação reservados ao processo de conhecimento.

Não podemos negar, que a executividade também se mostra presente em dosagem bastante significativa, na medida que esse tipo de ação abrevia a formação do título executivo, com a expedição de mandado monitorio para que o devedor cumpra a obrigação, sem deixar de mencionar também que o devedor

poderá se defender por meio de embargos.

Considera-se a ação predominantemente condenatória, apesar de existir uma ambigüidade na redação da lei estudada.

Do teor do artigo 1102a observa-se que a ação monitória compete a quem pretenda receber quantia em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Trata-se de uma típica ação condenatória, já que o credor deseja que o magistrado condene o réu ao cumprimento da obrigação.

Não obstante, no artigo 1102c, preceitua o legislador, seja no caso de falta de resposta do réu (caput), seja no caso de rejeição dos embargos (artigo 1102c, parágrafo 3º), que se “constituirá de pleno direito, título executivo judicial”.

Assim, conforme reza o art. 1102a, estaríamos diante de uma ação condenatória e consoante o art. 1102c, estaríamos nos defrontando com uma ação constitutiva.

Ocorre que, se for sustentada a tese de que a ação monitória é uma ação constitutiva, existirá uma grande contradição com o artigo 584, I, do Código de Processo Civil que, entre os títulos executivos judiciais, não contempla, em parte alguma, a sentença constitutiva, mas tão somente a sentença cível condenatória.

Caso o legislador desejasse dar à decisão favorável ao autor o caráter de sentença constitutiva, deveria ter incluído no rol do artigo 584, a sentença de mérito no caso de ação monitória; ou esqueceu tal fato, ou não o quis, optando, dessa forma, pela sentença condenatória.

A expressão “constituir-se-á de pleno direito título executivo judicial”, do artigo 1102c, deve ser entendida como se aplicando à própria sentença condenatória, que se baseará no documento apresentado pelo autor, revestido das

características de título extrajudicial, pela própria inércia do réu ou pela impossibilidade do mesmo em desconstituí-lo.

Se a sentença é favorável ao autor, é uma sentença condenatória, constituindo-se, ela própria, título executivo judicial, cabendo execução de sentença, já na segunda fase, pelas disposições relativas por título executivo judicial. Desfavorável ao autor, em qualquer caso, a sentença é simplesmente declaratória, já que a condenação do autor restringer-se-á ao ônus da sucumbência, custas e honorários advocatícios e, se for o caso a multa por litigância de má-fé.¹³

Entretanto, vale ressaltar a hipótese do art. 1531, do Código Civil: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por estar prescrito o direito, decair da ação.” Neste caso, a sentença desfavorável ao autor não será meramente declaratória e sim, constitutiva, pois dá direito ao réu reaver a quantia mencionada.

Em síntese, sendo ação de cognição, a ação monitória fica bem caracterizada por ser condenatória, de cognição sumária e com rito especial, tendo como principal finalidade alcançar o título executivo, de forma antecipada, sem a demora de um processo de conhecimento típico.

Importante, neste contexto, ressaltar as opiniões de alguns doutrinadores estrangeiros.

Segundo CARNELUTTI, o processo de injunção teria uma função diversa do

¹³ CORRÊA, Orlando de Assis. *Ação monitória*. 1ª ed., 2ª tir. Aide : Rio de Janeiro, 1995, p. 14.

processo de conhecimento e do processo de execução. A injunção consistiria um intermédio entre o processo de cognição e o de execução, resolvendo-se não num imperativo, mas num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo¹⁴.

Sustenta CHIOVENDA que, o decreto de injunção está compreendido na categoria dos accertamentos com prevalente função executiva e com carácter provisório, cujo escopo é a antecipação da execução forçada.¹⁵

Assevera SEGNI que, no decreto de injunção, se acumulam dois distintos provimentos jurisdicionais: um provimento especial, de natureza provisória, obtido pelo credor, no exercício de uma ação sumária, tendo esse provimento um valor imediato; e um provimento ordinário, condicionado, na sua eficácia, à falta de oposição, ou à extinção do juízo de oposição e no qual o provimento especial se transformaria, automaticamente, ao verificar-se a condição.¹⁶

Embora predominante na doutrina, que o processo de injunção deve incluir-se entre os processos de cognição no sentido amplo, é importante ressaltar que há autores que consideram o processo monitório como jurisdição voluntária, e, outros, que ele constitui um processo executivo.

Tais argumentos são inconsistentes. O processo monitório não pode ser compreendido como um processo de jurisdição voluntária pois, neste, como se sabe, a sentença proferida não adquire eficácia de *res iudicata* (coisa julgada). Também não pode ser entendido como um processo de execução, pois o mandado de pagamento, não faz nascer nenhuma execução, apenas poderá tornar-se um

¹⁴ *apud* J. E. Carreira ALVIM, op. cit., p. 48

¹⁵ *apud* J. E. Carreira ALVIM, op. cit., p. 48

¹⁶ *apud* J. E. Carreira ALVIM, op. cit., p. 49

título executivo judicial que futuramente embasará uma ação de execução.

CAPÍTULO III

REQUISITOS ESPECÍFICOS DA AÇÃO MONITÓRIA

1. OBJETO DA AÇÃO MONITÓRIA

A utilização da Ação Monitória tem como finalidade o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo. Vejamos cada um desses casos.

1.1. O PAGAMENTO DE SOMA EM DINHEIRO

A pessoa física ou jurídica que possua prova escrita que prove que é credor de determinada importância em moeda corrente do país, sem que tal documento constitua-se um título executivo judicial (art. 584, do CPC) ou extrajudicial (art. 585, do CPC), poderá utilizar-se da ação monitória, almejando receber seu crédito, desde que prove que está vencido, seja de que natureza for, exceto, à evidência de dívida de jogo, pela impossibilidade jurídica expressa em lei (CC, art. 1.477).

Para que se possa reivindicar o pagamento de soma em dinheiro, mister se faz necessário a presença dos requisitos legais atinentes à liquidez, certeza e exigibilidade da dívida que se pretende cobrar pela ação monitória.

O conceito de liquidez abrange a obrigação certa quanto à sua existência e

determinada quanto ao seu objeto. A “soma de dinheiro” é a mesma “quantia certa” que se reclama para a execução regulada pelos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil. Não se pode pedir quantia incerta, na pendência de liquidação posterior, pois na ação monitória requer-se a expedição de mandado de pagamento a ser expedido baseado na prova da inicial, não havendo estágio posterior em que se possa liquidar o *quantum debeatur*. O mandado liminar está programado a converter-se em mandado de execução por quantia certa pelo simples decurso do prazo de embargos, se o demandado permanecer inerte diante da citação injuntiva.

O conceito de certeza, vem a ser a exatidão do crédito, sem qualquer dúvida ou incerteza, sendo incontestável a sua existência.

O conceito de exigível pressupõe a condição de estar vencida a obrigação constante do respectivo documento juntado, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição. Sem tal condição, inexigível será o cumprimento da obrigação.

Ocorrendo o inadimplemento, que se constitui na falta de cumprimento de uma obrigação no tempo e modo devidos e presentes os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade da dívida que se pretende cobrar pela ação monitória, além das condições genéricas da ação, faculta-se o ingresso em juízo para o recebimento do crédito.

1.2. ENTREGA DE COISA FUNGÍVEL

Em primeiro lugar, oportuno salientar algumas diferenças existentes entre os termos “coisas” e “bens”. Os bens são as coisas imateriais e materiais que possuem valor econômico.

Os bens são coisas, porém nem todas as coisas são bens. As coisas abrangem tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa. Já a designação “bens” só se atribui às coisas existentes que proporcionam ao homem uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação, constituindo, então, o seu patrimônio. Compreendem não só os bens corpóreos como os incorpóreos, como as criações intelectuais (propriedade literária, científica e artística).

No tocante a distinção entre coisa fungível e infungível, o Código Civil, em seu artigo 50, assim dispõe: “São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

Coisa fungível é aquela que pode ser substituída, sem que traga prejuízos ao credor, por outra, da mesma espécie, da mesma qualidade e na mesma quantidade; são fungíveis, assim, um lote de gado para corte, uma determinada quantidade de sacos de grãos comestíveis ou industrializáveis, uma partida de aparelhos eletrodomésticos, da mesma marca e do mesmo modelo ou, conforme o caso, até de outra marca ou modelo, desde que equivalentes e haja concordância do credor.

Infungível será, à guisa de exemplo, um cavalo com *pedigree* ou puro por cruza, uma tela de determinado pintor, uma obra literária a ser produzida por determinado escritor, uma peça musical para trilha sonora de filme ou novela, etc., ou seja, as coisas que em virtude do seu caráter particular, não podem ser substituídas por outras sem que isso cause uma alteração do seu conteúdo.

A fungibilidade e a infungibilidade advém da natureza da coisa, mas em alguns casos podem decorrer da intenção das partes. Na verdade, o que pode

ocorrer é a possibilidade dos contratantes tornarem infungíveis coisas fungíveis, em virtude do valor sentimental que a coisa possui.

Almeja o autor da ação monitória, com base no artigo 1102a, a entrega de coisa móvel fungível que se encontre em poder de outrem, desde que se demonstre tal obrigação mediante prova escrita.

Como exemplos do ajuizamento de uma ação monitória para a entrega de coisa fungível, podemos citar o caso de alguém que tenha o direito de receber de outra pessoa, 50 (cinquenta) sacas de café e dois milheiros de tijolos. Tais bens, entre tantos outros, são fungíveis, eis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

1.3. ENTREGA DE DETERMINADO BEM MÓVEL

Os bens imóveis são insuscetíveis de serem reivindicados por ação monitória.

Segundo o art. 47 do Código Civil: "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia".

Os bens móveis são aqueles que, sem deteriorização na substância ou na forma, podem ser transportados de um lugar para o outro, por força própria ou estranha. No primeiro caso, temos os semoventes, que são os animais, e, no segundo, os móveis propriamente ditos: mercadorias, moedas, objetos de uso, títulos de dívida pública, ações de companhia, etc.

O nosso Código Civil prevê três categorias de bens móveis:

1- Móveis por natureza, são as coisas corpóreas que podem se remover sem dano, por força própria ou alheia. É importante salientar que existem bens

móveis por natureza que a lei transforma em imóveis, por exemplo, navio e avião, que podem ser hipotecados (CC, art. 825).

2- Móveis por antecipação, em função da finalidade econômica, por exemplo, as árvores, frutos, aderentes ao solo, destinadas ao corte passam a ser móveis por antecipação.

3- Móveis por determinação de lei, são os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; os direitos de obrigação e as ações respectivas; os direitos de autor.

Considera-se nos termos do art. 48 do Código Civil, como móveis para os efeitos legais: “I - Os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; II - Os direitos de obrigações e as ações respectivas; III - Os direitos de autor”.

Exige-se para o ajuizamento da ação monitória, que o bem móvel seja determinado ou seja, especificado, e que a parte prove alegado direito sobre tal bem mediante prova escrita.

Assim sendo, o “determinado bem móvel” que pode ser exigido através de ação monitória é o que se apresenta como objeto de obrigação de dar coisa certa (CC, arts. 863 a 873). Só a coisa certa móvel se enquadra no procedimento em questão. Os imóveis terão de ser alcançados pelo juízo contencioso ordinário.

Alguns autores, tais como José Carreira ALVIM, entendem que a ação monitória não se enquadra para a entrega de coisas infungíveis:

O procedimento monitório não se aplica a toda e qualquer ação, estando dele excluídas as relativas às prestações de fazer e de não fazer, de entregar coisa infungível ou coisa imóvel, restringindo-se, assim, às que tenham por objeto mediato o pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou de

determinado bem móvel.¹⁷

Data venia, discordamos pois a entrega de coisa infungível pode enquadrar-se na entrega de determinado bem móvel. Por exemplo, uma pessoa que se obriga a entregar o quadro de Leonardo da Vinci “Monalisa” a outra pessoa. Esse tipo de quadro é não é uma coisa fungível, posto que não pode ser substituído por outro da mesma espécie e qualidade, mas trata-se uma coisa infungível o que não lhe retira a qualidade de bem móvel determinado.

Em suma, quem pretender utilizar-se da ação monitória, deverá ser credor de pagamento de soma em dinheiro, de entrega de coisa fungível ou de entrega de determinado bem móvel. Não se incluem no procedimento monitório as obrigações de fazer e não fazer, que possuem procedimento próprio (CC, arts. 878 a 883).

2. NECESSIDADE DE PROVA ESCRITA

Para o ajuizamento de uma Ação Monitória é imprescindível que seja juntada a exordial uma prova escrita sem eficácia de título executivo, que evidencie a obrigação do devedor a pagar determinada quantia, a entregar coisa fungível ou a entregar determinado bem móvel.

O doutrinador José Eduardo Carreira ALVIM, entende que o termo “prova escrita” foi aplicado erroneamente, deve ser entendido como documento do qual o crédito procede, pois no processo injuntivo, a atividade probatória só existirá se for instaurado o contraditório com a oposição dos embargos.¹⁸

¹⁷ ALVIM, op. cit., p. 61

Tratando-se somente de prova escrita, fica excluída a prova documental *lato sensu*, tais como, a gravada em fita-cassete, vídeo tape, ou seja, todo sistema visual e auditivo.

A prova escrita pode ser a prova pré-constituída como a casual. Como é pacífico, a prova pré constituída é elaborada para registrar uma declaração de vontade e para demonstrar um fato provável. A prova casual é o escrito que não possui a intenção direta de documentar o negócio jurídico, mas que é suficiente para demonstrar a sua existência. A distinção essencial reside, outrossim, na finalidade que a *priori* se destina a primeira, de servir de prova do fato que está se querendo provar, finalidade essa ausente na segunda, que apenas casualmente serve para esse fim.

Tanto a prova pré-constituída, como a casual, servem para instruir a ação monitória. O mesmo não ocorre com o chamado “começo de prova por escrito”.

Nossa lei adjetiva civil entende (art. 402, I) como “começo de prova por escrito”, o escrito que falta algum requisito de ordem formal, ou deixe algo a desejar quanto ao mérito da pretensão que sobre ela se funda. Assim, por exemplo, o escrito que contém o reconhecimento de uma dívida, sem referência ao seu valor, prova a existência da dívida, mas não pode instruir a ação monitória, pois necessitará ser completada por outras a serem produzidas no curso do processo. Dessa forma, não passará de um mero começo de prova por escrito que poderá instruir apenas uma ação ordinária.

Tratando-se de prova escrita sem eficácia executiva e aparentemente idônea, esta poderá ser do próprio punho do devedor, como escrita por outra

¹⁸ ALVIM, op. cit., p. 62.

pessoa e assinada pelo mesmo ou por quem o represente. Por exemplo, um bilhete ou uma carta são hábeis para o aforamento da ação.

Também é possível o emprego da datilografia do texto ou de outro meio mecânico, desde que o documento esteja assinado pelo devedor. O doutrinador Humberto THEODORO JÚNIOR assevera que não é fundamental que o documento esteja assinado pelo devedor. Vejamos:

Não é imprescindível, portanto, que o documento, esteja assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros, como os de comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (CPC, art. 371, III). Pouco importa, outrossim, que o documento escrito não contenha a firma do devedor, se, por outro documento se obtém a certeza de que este o reconheceu como representativo de sua obrigação. O conjunto documental pode, dessa forma, gerar a convicção do juiz sobre o direito do credor, mesmo quando cada um dos escritos exibidos, não seja, isoladamente, capaz de comprová-lo.¹⁹

Se a obrigação do devedor for de pagar importância em dinheiro, deverá expressar quantia certa, a data do cumprimento da obrigação (se não estiver mencionada a data do pagamento, considere-se cobrável a qualquer tempo, depois de assinada), tal como se considera a nota promissória à vista, quando não mencionar o dia do pagamento.

Se for compromisso para entrega de coisa fungível, além da data da entrega deve mencionar o local de entrega, e, se for o caso, o modo de fazer esta entrega; deve conter a quantidade da coisa, bem como quaisquer características que facilitem sua identificação.

Se a entrega for de determinado bem móvel, deve mencionar, conforme o caso, marca, modelo, ano de fabricação, número da série, cor, etc.; tratando-se de

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 82/83.

semovente, é importante que mencione a marca, sinal, pelagem, certificado de propriedade; no caso de uma obra de arte, é importante que descreva as características pelas quais possa ser identificada.

E, acima de tudo, nos casos acima citados, deverá mencionar o nome do credor da obrigação.

Em relação à validade da prova documental, aplicam-se as disposições contidas nos artigos 364 a 395 do Código de Processo Civil. É oportuno salientar que o disposto nos artigos 390 a 395 (argüição de falsidade) somente será aplicado se o devedor infirmar nos embargos a falsidade do documento que instruiu a exordial.

É importante ressaltar alguns exemplos de documentos que poderão instruir a inicial: extratos de hotel sobre despesas feitas pelo hóspede; papeletas de consultas médicas e de internamento de cliente em hospital e relatório das despesas a ele feitas; caderneta mensal de empório; um vale; um bilhete, no qual se diga que vai devolver determinada quantia, ou entregar determinada coisa; um fax; um bilhete de rifa; um bilhete de loteria, dentre outros.

Também poderá se valer o credor da ação monitória, para recebimento de cheque que perdeu a executoriedade pela não apresentação tempestiva para pagamento, qual seja, 6 (seis) meses contados da expiração da data da apresentação do cheque, como também para qualquer título de crédito não executado tempestivamente, e ainda não prescrito como ação pessoal. (art. 117, do Código Civil).

A duplicata sem aceite, para ser executada, deve estar acompanhada de documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria (Lei nº 5.474/68,

art. 15, II, letra “c”). Logo, estando tal documento de crédito sem tais condições, não haverá eficácia do título, podendo ser exercitada a novel ação.

Os diversos exemplos poderiam ser multiplicados, o que demonstra a larga abrangência da nova ação no vasto mundo das relações negociais e jurídicas.

Entendemos que o credor que não tenha prova escrita de determinada relação, poderá propor ação cautelar preparatória da Ação Monitória, já que, como já foi visto, a mesma só poderá ser intentada se o credor tiver em seu poder, para instruir a inicial, documento escrito, comprobatório da obrigação, embora sem força executiva.

Assim, tem aplicação o disposto no art. 844, I e III, do Código de Processo Civil, que trata da ação cautelar nominada de exibição:

Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

(...)

II - de documento próprio ou comum, em poder do co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou, em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios.

III - de escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

Cabe, ainda, aplicação do disposto no artigo 861 e seguintes, que preconizam a respeito da ação cautelar de produção antecipada de prova, especialmente o art. 849, que trata da prova pericial: “Art. 846. A produção antecipada de prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.”

Finalmente, cabe ainda a justificação, prevista nos artigos 861 e seguintes, especialmente o artigo 863, que trata da juntada de documentos:

“Art. 861. Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporará, em petição circunstanciada, a sua intenção.

(...)

Art. 863. A justificação consiste na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos.”

Qualquer dessas medidas, entretanto, só poderá se utilizada pelo credor com medida preparatória, pois ao propor a Ação Monitória, o documento já deve estar em seu poder para instruir a inicial.

CAPÍTULO IV

REQUISITOS GERAIS DA AÇÃO MONITÓRIA

1. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Como em qualquer processo judicial, o processo monitorio instaura-se mediante o exercicio do direito de ação do individuo, que introduz em juízo uma demanda, que se contém na exordial, sujeita aos mesmos requisitos de forma, comuns a qualquer petição, com as aplicações decorrentes da especialidade do procedimento.

As condições da ação são os requisitos necessários ao exercicio do direito *jus postulandi*. Nos termos do artigo 2º c/c artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, são condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual. Uma delas que venha a faltar impedirá a legitimidade do exercicio desse direito e, nesse caso, o Judiciário se pronunciará no sentido, apenas, de declarar a carência da ação. A ação se extinguirá sem que o mérito seja apreciado. Vejamos cada uma delas em relação ao procedimento monitorio:

1.1. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido consiste em não encontrar a pretensão material nenhum obstáculo no ordenamento jurídico, ou seja, deve estar entre as

possíveis tutelas jurídicas oferecidas ou, pelo menos que ela não seja vedada. Assim, um credor por dívida de jogo proibido, ainda que titular de um documento escrito, não pode demandar contra o devedor para haver o seu pagamento; o credor não pode pedir a injunção do devedor, com a cominação da pena de prisão pelo não pagamento. Da mesma forma, não pode o credor injuncionar o devedor por obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar determinado bem imóvel. Em todos esses casos, faltará a possibilidade jurídica do pedido.

2. INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir é o interesse que tem o autor em obter a tutela da pretensão material. Assim, não pode injuncionar o devedor, o credor por dívida não vencida; ou por obrigação sujeita a condição, se esta não ocorreu, ou por sujeita a contraprestação, se não comprovar o implemento desta, como também o credor que juntar à inicial um título executivo para servir de base à Ação Monitória.

3. LEGITIMIDADE PARA AGIR

Legitimado ativo é o titular do direito. Em sede de ação monitória, no pólo ativo encontra-se quem for credor de outrem por quantia em dinheiro, ou pela entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

É indiferente se a pessoa é física ou jurídica, ou se está entre as que a lei empresta, por presunção, personalidade; ao empregar a expressão “quem”, o legislador referiu-se a qualquer pessoa que tenha o crédito mencionado, mas que não disponha de título com força executiva.

Dessa forma, podem propor a ação monitória a pessoa física; a pessoa

jurídica; o espólio, representado pelo seu inventariante; o condomínio, por seu síndico; a sociedade civil de qualquer natureza; a massa falida, por seu síndico, dentre outros.

Pode figurar como réu da injunção qualquer pessoa, dotada de personalidade jurídica sujeita ao cumprimento de obrigação em dinheiro, ou de entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel..

Existindo vários coobrigados, solidariamente responsáveis pela dívida, a ação monitória torna-se manejável contra todos, em litisconsórcio passivo, ou contra cada um deles isoladamente, tendo vista que, não se trata de litisconsórcio necessário.

O falido ou insolvente civil não podem ser demandados pela via do procedimento monitório porque contra eles não pode ser ajuizada execução fora do processo falimentar ou do concurso universal.

Os incapazes e os menores só poderão figurar como parte nessa ação, desde que sejam devidamente representados ou assistidos por seus representantes legais (art. 8º), sendo obrigatória à intervenção do Ministério Público no processo (art. 82, I, do CPC).

As regras acerca da representação processual em juízo (CPC, art. 12), aplicam-se à ação monitória, cabendo ao juiz, segundo o art. 13 do Código de Processo Civil, verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, marcar prazo para que seja sanado o defeito, sob pena de serem aplicadas as providências dos incisos I, II, III, do art. 13, do CPC.

Uma das maiores controvérsias no tocante a novel ação, trata-se da sua propositura contra a Fazenda Pública. Muitos doutrinadores divergem a respeito do

tema.

O doutrinador José Eduardo Carreira ALVIM entende que:

Inexiste qualquer incompatibilidade entre a ação monitória e as pretensões de pagamento de soma de dinheiro contra o Poder Público (federal, estadual, municipal), compreendidas as autarquias, nos mesmos moldes em que podem ser demandados na via ordinária, para a satisfação de suas obrigações.

Neste sentido, doutrina GARBAGNATI, para quem a pronúncia de um decreto de injunção é seguramente admissível em face da Administração Pública, nos mesmos limites em que se permite ao credor de uma soma de dinheiro exercer contra ela uma ação de condenação no âmbito de um processo ordinário de conhecimento.

O procedimento monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a Fazenda Pública ofereça embargos. Assim, se o credor dispõe de um cheque emitido pela Fazenda Pública, que tenha perdido a eficácia de um título executivo, nada impede se valha da ação monitória para receber o seu crédito; identicamente, aquele que dispõe de um empenho ou qualquer documento de crédito que atenda aos requisitos legais, dispõe de documento idôneo para instruir o pedido monitório.²⁰

Ao contrário desse entendimento, o eminente jurista José Rogério Cruz e TUCCI assevera que:

É que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no procedimento monitório, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inciso II do apontado dispositivo (art. 730 do CPC), impositiva do 'pagamento na ordem de apresentação do precatório', para concluir-se pela inadmissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta flagrante.²¹

Neste sentido, Reis FRIEDE:

Bem por isso, e em consonância com o que edita o art. 100, da Constituição Federal, entendo inadmissível o manejo, pelo particular, da ação monitória, em

²⁰ ALVIM, op. cit., p. 147/148.

²¹ TUCCI, op. cit., p. 67/68.

face da Fazenda Pública: é que, como cediço, conforme se depreende do citado dispositivo constitucional, a execução contra a Fazenda, através do precatório, pressupõe 'sentença judiciária' condenatória, albergada pelo manto da coisa julgada, o que incorrerá no procedimento monitorio.²²

Assim, também, entende Humberto THEODORO JÚNIOR:

Admite-se, na Itália, o manejo do procedimento injuntivo contra a Administração Pública, como, por exemplo, na pretensão de repetição de indébito tributário.

Pensamos que a orientação em tela não pode ser transplantada para o Direito brasileiro, em face das características de nosso regime de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria, no caso de ação monitoria não embargada.

Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, inciso II) e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, art. 320, inciso II). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público quando demandado em juízo de acerto, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitoria contra a Administração Pública. Seu único efeito, diante da impossibilidade de penhora sobre o patrimônio público, seria a de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não está sujeita a precatório sem prévia sentença e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitorio, na espécie. Forçosamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação.²³

Dessa forma, João Roberto PARIZATTO não discrepa dos entendimentos acima transcritos: "Admitir-se-á como réu, também em tal ação, pessoa física capaz ou pessoa jurídica, exceto de direito público, eis que os representantes legais dessas não detém poder de transação e não poderão figurar no pólo passivo da ação monitoria, eis que não haveria como se atender de plano, o mandado de

²² FRIEDE, op.cit., p. 24.

²³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 80.

pagamento ou de entrega de coisa.”²⁴

Segundo Vicente GRECO F^o:

Coerente com a posição sustentada em nosso ‘Execução contra a Fazenda Pública’ (Saraiva, 1986), entendemos descaber a ação monitória contra a Fazenda Pública, contra a qual deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição, para pagamento por meio de ofício requisitório, tal como previsto no art. 100 da Constituição da República, e dotação orçamentária. Contra a Fazenda não se admitem ordem para pagamento e penhora, devendo, pois, haver processo de conhecimento puro, com sentença em duplo grau de jurisdição e execução, nos termos dos arts. 100 da Constituição e 733 do Código.²⁵

Neste sentido Antônio Raphael da Silva Salvador:

A Fazenda Pública pode ser parte passiva nesta modalidade de ação?

Entendemos que não é possível essa ação contra a Fazenda, pois impossível expedir-se desde logo contra ela um mandado para pagamento ou para entrega de coisa. Os direitos da Fazenda são considerados indisponíveis, como se vê em RTFR 90/31, 121/133, 125/45 e 133/79 e RJTJESP 88/246 e 92/221. Se não se pode, nem mesmo em execução por título judicial contra a Fazenda, exigir o pagamento em vinte e quatro horas ou mesmo a penhora de bens, havendo execução especial na forma dos arts. 730 e ss. do Código de Processo Civil, como então, exigir-se o pagamento por mandado ou a entrega de coisa antes de sentença judicial e antes da execução especial a que tem direito a Fazenda?

Nos casos em que a Fazenda apresentasse seus embargos ainda teríamos uma sentença, que discutiria o direito das partes, e terminariamos com uma sentença de mérito, ainda que fosse contra a Fazenda. Mas como ficaríamos se não fossem apresentados embargos ao mandado e como poderíamos aceitar que o mandado expedido initio litis já determinasse à Fazenda que fizesse um pagamento que não poderia fazer, por depender de orçamento e de destinação apropriada da quantia, tudo a exigir precatório?

Poderia a Fazenda Pública pretender pagar o que é pedido na ação monitória não respeitando a ordem normal dos precatórios?

Evidentemente que não. A própria execução prevista no art. 730 do Código de Processo Civil resulta em citação da Fazenda para opor embargos, e só em sua falta é que será requisitado o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente. Não há, assim, como exigir-se, neste tipo de ação e nem dentro da execução contra a Fazenda Pública, o pagamento imediato.

Nem se poderia falar em obrigação da Fazenda Pública de entregar coisa certa,

²⁴ PARIZATTO, op. cit., p. 43.

²⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 52.

pois quem receber a ordem constante do mandado não tem disponibilidade do bem público. E só uma sentença, ao final de um processo de conhecimento, poderá declarar que o bem não é público e precisa ser entregue, para se fazer a execução na forma dos arts. 621 e ss. do Código de Processo Civil.

Portanto, sem sentença não há execução contra a Fazenda Pública, apoiada em título executivo judicial, que não pode se formar com simples ordem de pagamento ou entrega, como se poderá buscar na ação monitória.²⁶

Entendemos não ser possível a propositura da Ação Monitória contra a Fazenda Pública. Basta verificar-se os vários óbices que aparecerão, conforme a atitude a ser tomada pela mesma.

Primeiramente, é oportuno lembrar que não pode ser expedida uma ordem de pagamento contra a Fazenda Pública em decorrência da necessidade de ser respeitada a ordem dos precatórios (art. 100, Constituição Federal), que será baseada numa sentença com duplo grau de jurisdição. Também não pode ser expedido um mandado de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel em virtude da indisponibilidade do bem público.

Se não fosse levado em consideração esse obstáculo fulminante, o que se admite apenas para argumentar, expedido o mandado de pagamento ou de entrega de coisa, a Fazenda Pública poderia pretender pagar a dívida, mas teria que respeitar a ordem dos precatórios, não podendo desta forma cumprir o mandado de injunção. Também não poderia desrespeitar o mandamento constitucional previsto no art. 100, da Carta Magna nem mesmo o art. 730, incisos I, II, do Código de Processo Civil. Ademais disso, o precatório deverá ser baseado em sentença e no presente caso trata-se de “mandado”.

Se a mesma opusesse embargos, nesse caso, poderia se admitir o procedimento monitório, mas, todavia, não se pode pensar na condição “se

²⁶ SALVADOR, op.cit., p.27/29.

propuser embargos”. Ou aplica-se o procedimento injuntivo para todos os casos ou não se aplica.

Sendo assim, afigura-se inadmissível o aforamento de Ação Monitória contra a Fazenda Pública. Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

A ação monitoria ou de injunção tem, como escopo exclusivo, a transmudação, em título executivo, de documentos representativos de crédito aos quais a lei não confere características de liquidez, certeza e exigibilidade.

Formado o título executivo perseguido, mercê da falta de insurgimento do devedor, ou da rejeição dos embargos pelo mesmo opostos, a execução prosseguirá nos próprios autos do procedimento monitorio, com a penhora, avaliação e arrematação dos bens do requerido.

Face ao preceituado no art. 730 do Código de Processo Civil, a Fazenda Pública tem direito a execução especial, não lhe alcançando as normas previstas para as execuções comuns, sendo vedada a penhora em bens seus, a avaliação desses bens e o respectivo praceamento. Além do que, é essencial, para a formação do título sentencial contra os entes públicos, a obediência ao duplo grau de jurisdição.

Mutatis mutantis, se assim é, indevido faz-se expedir em detrimento das pessoas jurídicas de direito público mandado para que, no prazo de 24 horas [?], paguem elas os valores reclamados, como é da essência da ação monitoria.

Neste contexto, então, de todo inviável é o manejo, contra as Fazendas Públicas, de ação monitoria, objetivando a formação do título executivo.²⁷

2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Além das condições da ação, é necessário que se observe certos requisitos formais e materiais, para que haja um estabelecimento válido da relação processual.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - 1ª Câmara Cível. Ação monitoria, sua inviabilidade contra as pessoas jurídicas de direito público. Processo extinto. Sentença reformada. Apelação cível nº 96.001214-1. Nesello Madeiras S/A e Município de São Joaquim. Relator: Des. Trindade dos Santos. DJSC nº 9576, de 01/10/96, edital de publicação de acórdãos nº 392/96, p. 36.

Tais requisitos recebem, doutrinariamente, o nome de pressupostos processuais.

Inconfundíveis os pressupostos processuais com as condições da ação. Os primeiros são aquelas exigências legais sem cujo atendimento, o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. São, em suma, requisitos jurídicos para validade e eficácia da relação processual. Já os segundo, são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide.

Inobservados, porém, os pressupostos processuais, ou as condições da ação, a missão da atividade jurisdicional estará frustrada, pois, ocorrerá a extinção prematura do processo, sem julgamento ou composição do litígio.

Todo processo, inclusive o monitório, deve preencher os pressupostos processuais, ou seja, os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual (art. 267, IV). Pode ser que tais pressupostos existam, mas, de tal forma, que não atendam às mínimas condições de se desenvolver validamente.

Doutrinariamente, os pressupostos processuais costumam ser classificados em: pressupostos de existência do processo e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo. Os primeiros são os requisitos para que a relação processual se constitua validamente:

a) pressupostos subjetivos: juiz (órgão jurisdicional) e partes (autor e réu).

Não é possível a existência de um processo se não houver um juiz, órgão estatal investido de jurisdição, incumbido de prestar a tutela jurisdicional; igualmente não haverá processo, se não houver quem peça (autor) e em face de quem se pede (réu) uma prestação material. No processo

monitório, o autor é o credor e o devedor, o réu,

- b) pressupostos objetivos: a lide, pois esta é a razão maior de ser do processo. No processo monitório existe também uma lide, que é o conflito de interesses qualificado pela pretensão do credor (em ver satisfeito o seu crédito) e pela resistência do devedor em satisfazê-lo.

O segundo trata dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, a fim de que o processo possa ter curso regular até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva:

- a) pressupostos subjetivos, relativamente às partes e ao juiz e,
- b) pressupostos objetivos, relacionados com a lide.

Das partes exige-se a capacidade, no seu tríplice aspecto: de ser parte, de estar em juízo e postulatória.

A capacidade de ser parte é a capacidade de ser titular de direito material, que todas as pessoas possuem, independentemente da natureza física ou jurídica ou condição pessoal, capazes ou incapazes; até mesmo os desprovidos de personalidade jurídica própria (nascituro, espólio, massa falida). Corresponde, no direito civil, à capacidade de ser titular do direito.

A capacidade de estar em juízo é a capacidade de praticar por si mesmo atos processuais, ou seja, de estar como parte no processo, na qualidade de autor ou de réu.

Esta capacidade plena só possuem os absolutamente capazes, devendo os relativamente incapazes serem assistidos e os absolutamente incapazes serem representados por seus representantes legais (pais, tutores, curadores). Corresponde, no direito civil, à capacidade de exercer por si mesmo o direito.

Destarte, o credor (menor impúbere) pode injuncionar o devedor, mas, para tanto, deverá ser assistido pelo seu representante legal. A esta especial capacidade, dá-se o nome de capacidade processual.

A capacidade postulatória é a capacidade de postular em juízo na defesa do direito. Esta capacidade é, de regra, reconhecida aos advogados, e, com restrições aos estagiários. Para que o advogado represente a parte no processo, há de estar investido de poderes adequados, que devem ser outorgados por mandato escrito, público ou particular.

Do juiz se exige competência para processar e julgar a causa. A competência obedece à distribuição operada pelo direito positivo constitucional e infraconstitucional. A ação monitória a rigor será ajuizada no foro do domicílio do réu (art. 94, CPC), nada impede, contudo, seja a mesma ajuizada em outro foro estabelecido pelas partes (CPC, art. 111), com base em documento que sirva de base para a ação monitória.

Caberá na ação monitória, o oferecimento de exceção de incompetência. A incompetência relativa, em razão do valor ou do território, será arguída por meio de exceção (arts. 112 e 307 a 311), não podendo ser declarada de ofício (Súmula 33 do STJ). Sua arguição dar-se-á por ocasião de resposta, no caso da ação monitória, nos embargos, quando fundados em motivos preexistentes. Tratando-se de motivo superveniente aplicar-se-á a regra do art. 315 do Código de Processo Civil.

A incompetência absoluta, em razão da matéria ou da hierarquia, deve ser declarada de ofício ou a requerimento da parte, podendo ser arguída em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, independentemente de exceção (CPC, art. 113).

A exceção de incompetência será processada em apenso aos autos principais (CPC, art. 299), devendo ser oferecida em petição autônoma, sob pena de não conhecimento.

A princípio, a ação monitória deverá ser ajuizada na Justiça Comum, mas nada impede que a parte faça opção por ajuizá-la perante o Juizado Especial Cível, que deterá a respectiva competência, desde que tenha a ação valor correspondente a no máximo quarenta vezes o salário mínimo vigente no país (Lei 9.099/95), sujeitando-se, entretanto, às limitações de natureza procedimental que o rito especialíssimo impõe.²⁸

Do juiz, exige-se ainda a imparcialidade, devendo ele ser desinteressado do objeto do litígio. A imparcialidade resulta na ausência de impedimentos e ausência de suspeição. O Código de Processo Civil estabelece regras a respeito, no art. 134, sobre o impedimento, proibindo ao juiz exercer suas funções em determinados processos, e no art. 135, sobre a suspeição, afastando o juiz do processo.

Em relação aos pressupostos objetivos, da lide exige-se originalidade, ou seja, não estar pendente de julgamento em juízo (ausência de litispendência), e nem ter sido resolvida por uma decisão de mérito (ausência de coisa julgada).

Não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente e nem que, após o trânsito em julgado, volte a mesma lide a ser discutida em outro processo.

Demonstrada, pois, a ocorrência, de litispendência ou de coisa julgada (ou seja, verificada a identidade de partes, de objeto e de causa de pedir) entre dois

²⁸ No Estado de Santa Catarina, o Tribunal de Justiça, decidiu na cláusula décima-primeira, das conclusões interpretativas da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que a ação monitória não é da competência do Juizado Especial, tendo em vista a efetividade do novo procedimento. (DJSC de 11/03/96, nº 9.435).

processos, o segundo deverá ser extinto, sem apreciação do mérito.

Esses requisitos, ausência de litispendência e de coisa julgada, precisam, no processo monitorio, ser cuidadosamente considerados, tendo em vista a natureza do mandado liminar, e as distintas consequências que dele resultam, conforme sejam acolhidos ou rejeitados.

Em relação à litispendência, é proibido ao credor ajuizar uma ação monitoria e propor, concomitantemente, uma ação ordinária, para haver a mesma condenação, pois encontrará obstáculo no art. 301, parág. 1º a 3º. Isso não ocorrerá quando as ações sejam apenas análogas, caso em que, quando muito, atrairão a competência do mesmo juiz para processá-las e julgá-las na mesma oportunidade. Por exemplo, se o réu injuncionado já tiver ajuizado uma ação denegatória de débito contra o credor, não haverá litispendência, sendo aplicáveis as regras de prevenção e conexão.

CAPÍTULO V

PROCEDIMENTO MONITÓRIO

1. REQUISITOS DO ART. 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Autor deverá formular a peça vestibular em petição escrita, com pedido certo e determinado, com pretensão condenatória, pois busca um pagamento de quantia certa ou entrega de coisa.

O juiz ao receber a petição inicial, verificará se ela preenche as condições da ação e os pressupostos processuais, sob pena da exordial ser indeferida, consoante o artigo 295, CPC.

A petição também deverá estar em conformidade com os requisitos previstos no art. 282, do CPC que são:

1.1. JUÍZO COMPETENTE

A exordial deverá ser endereçada ao juízo competente. Como já foi mencionado, em alguns Estados admite-se o aforamento da presente ação nos Juizados Especiais, desde que tenha a ação valor correspondente a no máximo 40 (quarenta) salários mínimos vigente no país; outros, como o Estado de Santa Catarina, não admitem. Vejamos a seguinte decisão jurisprudencial:

... Conforme orientação do TJSC, nas conclusões interpretativas da Lei 9.099/95,

publicada no DJSC nº 9435 de 11.03.96, nota décima primeira “a ação monitória não é da competência do Juizado Especial”. No caso, o autor nomina a ação como monitória e requer seu processamento pelo Juizado Especial da citada Lei. Sendo inconciliáveis tais pedidos, concedo ao autor o prazo de cinco dias para emendar a inicial dentro da processualística que entende correta. Caso pretenda o seguimento da ação monitória, em igual prazo, deverá recolher as custas iniciais, sob pena de indeferimento da inicial. I-se. Em, 03.09.96.²⁹

Tratando-se de pretensão com apoio em direito pessoal ou mesmo de direito real sobre coisa móvel, a competência será determinada conforme a regra geral, qual seja, a do foro do domicílio do réu (art. 94, *caput*, do CPC.). Nada impede, contudo, que a mesma seja ajuizada em outro foro, seja pela qualidade ímpar de uma das partes (arts. 94 à 100) ou porque o mesmo foi estabelecido pelas partes em documento que sirva de base para a ação monitória (art. 111, do CPC).

Como já foi mencionado, caberá o oferecimento de exceção de incompetência. A incompetência relativa será arguída por meio de exceção (arts. 112 e 307 à 311, do CPC.), não podendo ser declarada de ofício. Sua argüição dar-se-á no momento oportuno para os embargos e será processada em apenso aos autos principais, devendo ser oferecida em petição autônoma. Da decisão proferida em incidente de incompetência relativa, caberá recurso de agravo no prazo de 10 dias.

No tocante a incompetência absoluta, esta deve ser declarada de ofício, podendo ser arguída em qualquer tempo e grau de jurisdição, independente do oferecimento de exceção (art. 113, do CPC.).

²⁹ BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Brusque/SC. Ação Monitória nº4117/96. Adilson Alencar Pradi e Léia Silva Coelho. Juiz: Ernesto Muniz Morestoni. DJSC 18/09/96, relação 197/96, p. 54

1.2. QUALIFICAÇÃO DO AUTOR E DO RÉU

É a qualificação do credor e do devedor.

Orlando de Assis CORRÊA entende que na primeira fase da ação monitória, a presença do cônjuge, seja no pólo ativo ou passivo, não é obrigatória, mesmo que o documento demonstre que a obrigação tem como titular o casal. Assevera que caberia, no caso, embargos de terceiros, para a defesa da meação, no caso do casal ser o emitente do documento, e só um deles for citado. Caso o processo passe para a fase de execução, se o bem penhorado for bem imóvel, aí sim, haveria necessidade de ser intimado o cônjuge.³⁰

Data maxima venia, discordamos do pensamento do autor, tendo em vista que o art. 10, parágrafo 1º, do CPC, é claro ao preceituar que ambos os cônjuges necessariamente serão citados para as ações resultantes de fatos que digam respeito aos dois ou de atos praticados por eles. Além do mais, o art. 1046, do CPC, que trata dos embargos de terceiros, dispõe que somente é caso do mesmo, quando, “quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em caso como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.”

Já foi visto que podem litigar mais de um, tanto no pólo ativo quanto no passivo, conforme o documento a instruir a ação; e, dessa forma, tanto poderá aparecer o litisconsórcio facultativo como o necessário, dependendo das circunstâncias. Tratando-se de litisconsortes necessários (art. 47, CPC), caberá ao juiz, no silêncio do autor, determinar que esse promova a respectiva citação de

³⁰ CORRÊA, Orlando de Assis. *Ação monitória* : comentários e prática forense. 1ª ed., 2ª tir. Rio de Janeiro : Aide, 1995, p. 60

todos litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Se os litisconsortes possuírem procuradores diferentes, haverá duplicação do prazo para contestar, para recorrer, e de modo geral, para falar nos autos (art. 191, CPC).

1.3. FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

O inciso III, do art. 282, do CPC, preconiza a necessidade da exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido.

Sendo assim, o autor deverá demonstrar na petição inicial, o fato constitutivo de seu crédito e o fato violador do respectivo direito. Deverá também, enquadrar essa situação concreta, documentalmente comprovada, à previsão abstrata contida na lei.

1.4. PEDIDOS

O pedido nada mais é que aquilo que se pede em juízo, constituindo o próprio núcleo da pretensão material. No âmbito monitório, basicamente são os seguintes pedidos a serem feitos: deferimento do pedido; que seja determinada a expedição do mandado monitório, para que o réu pague soma em dinheiro especificada ou entregue uma coisa fungível ou determinado bem móvel em 15 dias; a citação do réu para cumprir o mandado expedido ou para ofertar embargos; que no caso de não ser cumprido o mandado, que o mesmo seja convertido em título executivo judicial e a condenação do réu em custas e honorários advocatícios.

No tocante a citação do réu para cumprir o mandado expedido ou para

oferecer embargos, o prazo para cumprimento pelo réu somente começará a correr da juntada aos autos do processo, da cópia do mandado monitorio. A citação poderá ser feita pelo Correio, exceto nos casos do art. 222. do CPC; por precatória, se o réu residir em outra comarca; por edital, se o devedor residir em lugar incerto e não sabido, neste caso, se o réu não atender à ordem de pagamento e não apresentar embargos, terá direito a curador especial (art. 9º, II, do CPC) e, finalmente, através de oficial de justiça, de modo que essa forma só se fará, se o autor assim requerer.

Há muitas divergências no tocante à citação. O doutrinador Antônio Raphael da Silva SALVADOR preconiza que não cabe citação pelo Correio, pois há proibição dessa forma de citação para os processos de execução.³¹ Vale lembrar, que a Ação Monitoria, como já foi visto, faz parte dos processos de conhecimento e não de execução.

Em relação à citação por edital, João Roberto PARIZATTO entende ser descabível, asseverando que: “Não se admitirá na ação monitoria, a citação de forma ficta, ou seja, por edital ou por hora certa, eis que somente o réu uma vez citado, poderá acudir à determinação contida no mandado inicial, impossibilitando-se tal providência pela atuação a cargo de um curador especial à lide, que teria de ser nomeado.”³²

1.5. VALOR DA CAUSA

Será o valor da obrigação a ser cumprida. Se for em dinheiro, será o valor

³¹ SALVADOR, op. cit., p. 25.

³² PARIZATTO. op. cit., p. 51.

mencionado no documento e se for entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, será o valor que o autor atribuir a tais bens.

Caso o réu entenda que o valor da causa está alto demais, poderá apresentar impugnação ao valor da causa, em petição à parte, no mesmo prazo dos embargos. Não havendo impugnação presume-se aceito o valor atribuído na inicial.

1.6. PROVAS

Como já foi visto, a prova que deverá acompanhar a inicial é um documento escrito, cujo conteúdo evidencie a obrigação.

1.7. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A assistência judiciária é possível, tanto para o autor como para o réu, ou até mesmo para ambos, desde que presentes os pressupostos para tanto, e que estes não sejam desvirtuados pelo objeto do pedido.

2. ADITAMENTO DA INICIAL

Caso o autor não junte a indispensável prova escrita à peça vestibular, o magistrado dará a ele a oportunidade a que se refere o art. 284, do CPC, antes de indeferir a inicial. Passado o prazo legal, sem que a providência não tenha sido tomada, o pedido poderá ser indeferido, extinguindo-se o processo.

Entretanto, tal entendimento não é unânime na doutrina. Vicente GRECO Fº entende que: “Ao despachar a inicial, o juiz pode indeferí-la de plano nas mesmas hipóteses de indeferimento da inicial do processo de conhecimento e, em especial,

se não estiver acompanhada da prova escrita da obrigação”.³³

3. INDEFERIMENTO DA INICIAL

Recebida a inicial, o juiz fará exame da admissibilidade da ação. Se entender que é caso de indeferimento da petição inicial, com falhas que não podem ser sanadas (tais como, a ausência das condições da ação ou dos pressupostos processuais, inépcia da inicial), ao indeferí-la estará proferindo sentença terminativa, sem julgamento do mérito, que poderá ser atacada pelo autor através do recurso de apelação. Com a nova redação do art. 296, do CPC, dada pela Lei 8.952/94, é facultado ao juiz, em 48 horas da interposição do recurso, reformar sua decisão através do juízo de retratação. Se o magistrado confirmar sua decisão, deverá remeter os autos ao Tribunal. Caso o Tribunal mantenha a decisão do juízo *a quo*, o processo estará extinto, salvo a possibilidade de recurso especial ou recurso extraordinário; reformada a decisão, os autos voltam à comarca de origem para o prosseguimento do feito.

4. EXPEDIÇÃO DO MANDADO MONITÓRIO

A lei preconiza que, estando a inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição de mandado monitório, citando o devedor para efetuar o pagamento de soma em dinheiro ou proceder à entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel em 15 dias, sob pena de constituir-se de pleno direito o

³³ GRECO Fº, op. cit., p. 52

título executivo. Esse pronunciamento judicial deve atender ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, ou seja, deverá ser fundamentado.

No mandado deve constar, expressamente, a importância devida, e que será objeto de condenação, ou a coisa a ser entregue, com as especificações que couberem, e o modo e o local de entrega. Assemelha-se o mandado monitorio ao mandado do processo de execução, sendo assim, é imprescindível que o réu saiba, com exatidão, qual a obrigação que está sendo exigida dele, seja para cumprí-la, seja para atacar o pedido por meio de embargos.

Esse é o momento da cognição sumária que no processo monitorio ocorre. O juízo da probabilidade da existência do direito é mera deliberação feita com o objetivo de emitir ou não o mandado, com um pronunciamento que serve somente para desencadear para o réu o ônus de embargar, caso pretenda resistir.

Trata-se de uma imposição legal e não de uma mera faculdade, sendo assim torna-se difícil imaginar a negativa do juiz em determinar a expedição do mandado, sem motivo plausível. Entretanto, se ocorrer indeferimento da petição inicial caberá recurso de apelação.

5. NATUREZA DO MANDADO MONITÓRIO

Existe muita discussão a respeito da natureza jurídica do mandado monitorio: seria uma sentença, uma decisão interlocutória ou um despacho citatório? Tal discussão repercute outras divergências na doutrina: seria cabível algum recurso contra o pronunciamento judicial que expede o mandado injuntivo?

Vicente GRECO Fº entende que:

Se a inicial estiver em ordem, o juiz determinará a citação do réu (isso não está expresso na lei, mas é óbvio que não pode haver processo sem citação, que será feita nos termos gerais do Código, inclusive, se for o caso, pelo correio), com a determinação de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Esse ato é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio de providência do art. 588 ...³⁴

Segundo Reis FRIEDE:

É erro supor-se que essa decisão preambular que determina a expedição de mandado ostenta a natureza de sentença condenatória, como pretende José Rogério Cruz e Tucci .

Mesmo diante da possibilidade do mandado inicial se converter em mandado executivo (na hipótese de não serem opostos os embargos), não tenho mais a mínima dúvida de aquele pronunciamento judicial caracteriza-se, autenticamente, como sendo uma decisão interlocutória que, por isso, desafia recurso de agravo.

Não posso conceber como sentença ato judicial que não põe termo ao processo (art. 162, parág. 2º, do Código de Processo Civil) e, o que seria mais grave, praticado liminarmente, sem audiência da parte suplicada, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.³⁵

Segundo Antônio Rafael da Silva SALVADOR:

Quando o juiz defere a inicial, fundamentando a sua decisão, para determinar a expedição do pagamento ou de entrega da coisa, estará proferindo decisão interlocutória, capaz de atingir o direito do réu. Este, se o desejar, poderá agravar de instrumento, mesmo ainda não citado, pois pode preferir atacar desde logo a decisão, não aguardando o momento em que poderia discutir o direito do autor através dos chamados embargos.

Isto é, o réu ainda não citado não precisa agravar da decisão que defere o mandado pedido na inicial, podendo discutí-lo no momento próprio dos embargos.

No entanto, se preferir abreviar essa discussão, poderá agravar de instrumento, com a vantagem de que o seu primeiro julgador é o próprio juiz.

³⁴ GRECO Fº, op. cit., p. 52/53.

³⁵ FRIEDE, op. cit., p. 24.

Diante de sua presença nos autos, para agravar, mesmo assim será necessário o prosseguimento do mandado de pagamento ou de entrega de coisa, que não tem apenas função citatória.³⁶

Segundo José Rogério Cruz e TUCCI:

A decisão preambular, por outro lado, na hipótese de determinar a expedição do mandado, ostenta natureza híbrida, condicionada a atitude a ser tomada pelo réu.

Se, porventura, o réu atacar, dentro do lapso de 15 dias, o comando judicial, o processo será extinto por sentença terminativa (...). Nessa hipótese, o provimento liminar insere-se na categoria das interlocutórias.

Se o réu, pelo contrário, não cumprir a respectiva ordem e se os embargos, a que alude a segunda parte do *caput* do art. 1102c, não forem opostos, a tempo e hora, formar-se-á o título executivo judicial, e, por via de consequência, o mandado de pagamento ou de entrega inicialmente deferido converte-se em mandado de citação válido para todos os atos executivos (penhora ou depósito da coisa, avaliação etc.)

Assim, é de observar-se que, nessa situação, a decisão preambular, embora atacável por agravo, sob o prisma ontológico, equipara-se a verdadeira sentença condenatória, uma vez que passa a gozar de eficácia executiva plena e imediata.³⁷

Em contrapartida, outros doutrinadores entendem não ser possível a interposição de recurso. Conforme José Eduardo Carreira ALVIM:

Dada as características desse procedimento, o juiz, ao reconhecer como hábil a prova exibida pelo autor para instruir a ação monitória, emite *decisão* que importa no reconhecimento (que pode ou não ser final) da existência do crédito e, portanto, do *mérito* da pretensão substancial. Essa decisão tem sobre o aspecto processual, forma de *interlocutória*, mas, sob o material o conteúdo de decisão definitiva (sentença), tudo dependendo do comportamento do devedor. O mandado de pagamento ou de entrega, quando impugnado (embargado), perde temporariamente a sua força monitória, guardando apenas a eficácia de um ato citatório do devedor. Nesse caso, tem natureza de decisão não terminativa do feito. Não oferecidos os embargos, transmuda-se na decisão que extingue o processo, com julgamento do mérito da causa.

A não ser que se admita - o que é inexplicável - que, no processo monitório, o juiz profira, *initio litis* e *inaudita altera parte*, sem contraditório, uma sentença provisória, que se tornará "definitiva", dependendo do comportamento negativo do

³⁶ SALVADOR, op. cit., p. 23/24.

³⁷ TUCCI, op. cit., p. 63.

demandado (deixar de oferecer embargos), não é possível enquadrar esse ato no elenco do art. 162, não sendo “*stricto sensu*” nem uma sentença, nem uma decisão e nem um despacho. É um *tertium genus* de um provimento: decisão com força de sentença, definitiva ou não definitiva, conforme não haja, ou haja, embargos. Essa peculiar característica exclui qualquer possibilidade de vir tal decisão a ser impugnada através de recurso (agravo ou apelação), pois a defesa far-se-á necessariamente por meio de embargos.³⁸

Conforme Cândido Rangel DINAMARCO:

Na primeira fase (monitória) dificilmente o juiz pronunciará alguma decisão interlocutória porque o único ato do juiz previsto para essa fase é o próprio mandado. O mandado não é sujeito a recurso algum: o meio adequado a impugná-lo, segundo clara disposição legal e conforme é da essência do sistema, são os embargos previstos no novo art. 1102c do Código de Processo Civil.³⁹

Ernane Fidélis dos SANTOS entende que:

O provimento judicial que defere a inicial não tem nenhum efeito declaratório de direito nem de qualquer condenação. Não é sentença nem decisão interlocutória, porque, na verdade, nada decide. Certo é que o juiz, fazendo exame dos fatos, expede o provimento adequado, parecendo revelar decisão jurisdicional, mas esse não é o sentido do processo de conhecimento. Em qualquer despacho ordinatório, há sempre teor decisório, mas nunca no sentido de solucionar questões entre as partes e sim de reconhecer-lhes prerrogativas processuais, garantidas pelas leis.⁴⁰

Entendemos que a expedição do mandado monitório não constitui um despacho de mero expediente, pois o juiz, após *summária cognitio*, emite um juízo de valor acerca da existência do crédito. Também discordamos do doutrinador José Rogério Cruz e Tucci que afirma que o mandado monitório é uma sentença condicional, isto é, somente produzirá efeitos se não for oposto embargos. Nosso sistema sempre foi contrário à existência de sentenças condicionais, vale lembrar o disposto no art. 460, parág. único, do CPC, que assim dispõe: “A sentença deverá

³⁸ ALVIM, op. cit., p. 86/87

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995, p. 246/247.

⁴⁰ *apud* PARIZATTO, op. cit., p. 49

ser sempre certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

Também não pode ser considerado uma sentença condenatória, pois conforme o art. 162, parág. 1º, do CPC: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.” No procedimento monitório, o mandado injuntivo não põe termo ao processo, muito pelo contrário, é um ato proferido no começo.

Finalmente, discordamos dos autores que entendem que o mandado monitório é uma decisão interlocutória. Vale ressaltar o previsto no art. 162, parág. 2º, do CPC: “Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.” Entendemos que o mandado monitório não parece ser uma “questão incidente” que altere o andamento normal do procedimento. O juiz ao dispor da probabilidade não está resolvendo, no curso da causa, uma questão incidente que surgiu entre os litigantes, pois o mandado monitório é expedido sem que o réu tome conhecimento.

Entendemos que somente a jurisprudência, com o decorrer do tempo, poderá dar a resposta a essa divergência doutrinária.

A identificação da natureza jurídica é mister para verificar-se a recorribilidade do provimento. A interposição de recurso contra a expedição do mandado monitório, na prática, mostra supérflua ante a possibilidade do réu oferecer embargos, irrestritos quanto à matéria de defesa, conservado por estes o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Não teria cabimento o réu interpor recurso, pagar custas processuais se pode oferecer embargos no próprio processo. Tal conduta vai de encontro com as finalidades da novel ação, qual seja, facilitar o acesso do credor ao título executivo.

6. AS POSSÍVEIS REAÇÕES DO RÉU PERANTE O MANDADO MONITÓRIO

6.1. NÃO CUMPRE A OBRIGAÇÃO E NÃO PROPÕE EMBARGOS

Na inércia, o réu tornar-se-á revel, precluirá seu direito de defesa, não podendo mais discutir a veracidade das alegações do autor, nem a validade do documento que instruiu a inicial. Poderá intervir no processo a qualquer momento, conforme dispõe o art. 322, do CPC, mas receberá o processo no estado em que se encontra.

A revelia do procedimento monitorio é mais intensa do que a revelia do procedimento comum, pois a falta de oposição de embargos, transforma de pleno direito o mandado inicial em título executivo, podendo o autor promover desde logo a sua execução que começará nos mesmos autos.

É importante ressaltar que o processo monitorio não admite, na falta de embargos, a retratação do juiz *ex officio* ou a pedido no tocante às questões já decididas. Superado o prazo dos embargos, qualquer decisão contrária ao mandado monitorio, seria uma violação do devido processo legal. Em suma, resta precluso qualquer propósito de alterar o mandado inicial, no caso do não oferecimento dos embargos.

Poderá o revel apelar da sentença proferida? Esse entendimento não tem sido uniforme na doutrina. A divergência decorre de outra discussão, qual seja: no caso da não oposição de embargos, o mandado inicial converte-se automaticamente em título executivo judicial ou é necessário mais um pronunciamento do magistrado fazendo a conversão expressamente?

Para os que entendem que não necessita outro pronunciamento judicial,

não caberá apelação se não forem opostos embargos, pois aquele mandado inicial passará a ser automaticamente título executivo judicial, preclusa, portanto, qualquer nova indagação que se queira fazer. Neste sentido entende José Eduardo Carreira ALVIM:

...a revelia, no processo monitório, não gera julgamento antecipado da lide (art. 320, II), nos exatos termos do art. 330, II, porquanto, ao verificar-se (a revelia) o mandado inicial já teria sido expedido e o devedor citado para cumpri-lo, a ausência de embargos apenas converte esse mandado em título executivo judicial. Inexistindo sentença, não existe, conseqüentemente, apelação, sendo tal decisão irrecorrível.

(...)

Os embargos cumprem, a um só tempo, o papel que desempenha a defesa e o recurso do título. No fundo, não é que o devedor contumaz não disponha de recurso, mas que inexistente nesta fase, oportunidade processual para exercê-lo.⁴¹

João Roberto PARIZATTO: “Face à menção explícita do art. 1102c, do CPC, no sentido de que não sendo opostos embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, tem-se a desnecessidade de qualquer sentença ou determinação do juiz em tal sentido.”⁴²

Francisco Fernandes de ARAÚJO discorda desse entendimento:

O título executivo judicial constituir-se-á de pleno direito se não forem opostos embargos.

Pleno direito ou *pleno iure*, no sentido técnico do Direito, quer exprimir, especialmente, tudo o que ocorre juridicamente por determinação legal ou em virtude de princípio jurídico, independentemente da vontade da parte interessada.

(...)

E todas as expressões significam o resultado jurídico que surge automaticamente pelo evento do fato jurídico ou motivado indicado em lei, *sem que se torne necessária a intervenção da parte ou da autoridade judiciária.*

⁴¹ ALVIM, op. cit., p. 121.

⁴² PARIZATTO, op. cit., p. 65.

(...)

Acontece, porém, que ao definir o que são títulos executivos judiciais, o legislador sempre se refere à existência de uma sentença anterior (art. 584, I, II, III e IV, CPC).

(...)

A rigor, portanto, o juiz deverá proferir sentença, ainda que concisa, convertendo o mandado inicial em mandado executivo, para que haja, efetivamente, um título executivo judicial a dar suporte à posterior execução.

Mas a sentença, nesse caso, excepcionalmente não ensejará a interposição de recurso, embora o réu, mesmo não opondo embargos e tornando-se revel tenha o direito de intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra (art. 322, CPC).⁴³

Segundo Reis Friede:

E se o devedor nem cumprir a obrigação nem embargar? Mesmo assim, é necessária a sentença? Parece que sim, pois a ausência de embargos não significa, por si só, a consolidação do título executivo. Deve o juiz proferir a sentença complementar diretamente nos autos da ação monitória?

Assim se faz necessário porque a configuração da contumácia é necessária. Pode não se dar, se há nulidade de citação ou inexistência da citação, o que o juiz verificará.⁴⁴

A praxe forense demonstra que o magistrado, com a não oposição dos embargos, profere outro pronunciamento judicial convertendo o mandado inicial em mandado executivo e condenando o réu ao cumprimento da obrigação. Vejamos:

SENTENÇA: Vistos, etc.... O requerido foi citado e não apresentou embargos. Diante deste quadro, nesta ação monitória converto o mandado inicial em executório para que José Laurentino pague a Vidraçaria Cristal S/A Com. e Ind. a importância de R\$ 501,02, com a atualização monetária desde o ajuizamento (30.06.96) e juros de mora na taxa de 6% a.a. contados da citação (16.07.96). Arcará o réu com todas as despesas processuais e verba honorária que fixo em

⁴³ ARAÚJO, op. cit., p. 70/71.

⁴⁴ FRIEDE, op. cit., p. 30.

20% sobre o valor total do débito. Após passar em julgado, caso pretenda a execução, verta a autora cálculo conforme as balizas do CPC. Baixa no mapa estatístico - PE 3655. Custas ex lege. Int-se.⁴⁵

SENTENÇA: - Vistos, etc.... O Requerido se viu citado e não apresentou embargos. Assim sendo, ancorado no art. 1102c, converto o mandado inicial em executivo nesta ação monitória - autos nº 3.604 - em que são partes Vonpar Refrescos S.A. e Ricardo da Rocha, já qualificados. Arcará o Requerido com todas as despesas processuais e verba honorária que fixo em 15% sobre o valor do débito. Caso pretenda a execução, após passar em julgado este, num decêndio, apresente a Requerente cálculo conforme os ditames do Código Buzaid. Baixa na estatística. Intime-se..⁴⁶

Realmente, na interpretação literal do texto da lei, percebe-se a previsão do recurso de apelação; mas, entendemos que não foi esse o espírito do legislador ao editá-la, pois o que se pretende é dar maior celeridade ao sistema processual que se encontra há muito tempo atravancado. Além do mais, o réu ainda poderá se manifestar no momento da oposição dos embargos à execução, alegando a matéria definida no art. 741, do CPC.

O doutrinador José Rogério Cruz e TUCCI entende que se o réu não opuser embargos ao mandado, nos embargos à execução poderá alegar além das matérias previstas no art. 741, do CPC, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, pois a falta de oferecimento dos embargos ao mandado produzirá uma preclusão de menor calibre, tendo em vista que a formação do título se dará de modo unilateral, uma vez que não adveio de um processo judicial onde se viabilizou o mais amplo contraditório entre as partes.⁴⁷

⁴⁵ BRASIL. 1ª Vara Cível da Comarca de Brusque/SC. Ação Monitória nº 3655. Vidraçaria Cristal S/A Com. e Ind. e José Laurentino. Juiz: José Carlos Carstens Kolher. DJ 09/09/96, relação 260/96, p. 59.

⁴⁶ BRASIL. 1ª Vara Cível da Comarca de Brusque/SC. Ação Monitória nº 3604/95. Vompar Refrescos S/A e Ricardo da Eocha. Juiz: José Carlos Carstens Kolher. DJ 26/08/96, relação 239/96, p. 47

⁴⁷ TUCCI, op.cit., p. 68/69.

Data maxima venia, ousamos discordar do ilustre Mestre, pois entendemos que não se pode permitir que numa execução por título executivo judicial seja a lide rediscutida, como se os embargos à execução, neste caso, obedecessem o disposto no art. 745, da lei Adjetiva Civil, que, refere-se apenas aos embargos opostos à execução baseada em título executivo extrajudicial.

6.2. CUMPRE A OBRIGAÇÃO

Cumprindo a obrigação requerida, isto é, feito o pagamento ou apresentado o recibo de entrega do bem, o escrivão fará conclusos os autos ao magistrado, que intimará o autor para se manifestar; se houver concordância. Em seguida, é proferida sentença terminativa, extinguindo o processo, e determinando o arquivamento do feito, com baixa na distribuição.

Para incentivar o devedor ao cumprimento da obrigação, a lei o dispensa dos encargos da sucumbência, ou seja, custas e honorários advocatícios (art. 1102c, do CPC). Tal medida não vem sendo bem aceita por alguns doutrinadores. Francisco Fernandes de Araújo, entende que a medida não se mostra justa para o autor, pois teve de contratar advogado e pagar custas iniciais para o ajuizamento da ação.⁴⁸

Entendemos que esse dispositivo fere o necessário equilíbrio entre as partes, desrespeitando direitos do autor para beneficiar o réu. A Constituição Federal diz em seu art. 5º, que “todos são iguais perante a lei”. Por outro lado, reza o Código de Processo Civil, em seu art. 125, I, que o juiz deverá assegurar às

⁴⁸ ARAÚJO, op.cit., p. 75.

partes igualdade de tratamento.

Pode ocorrer ainda, a transigência entre as partes. Para isso, deverão formular pedido de homologação ao juiz da causa. Este acordo, após homologado, colocará fim ao processo ou, caso seja acordado que o pagamento será feito em parcelas, o processo será suspenso até o seu cabal cumprimento e, após, os autos irão conclusos ao juiz para sentença extintiva do feito. Vejamos a seguinte decisão: “SENTENÇA: Vistos, etc... homologa-se, por sentença, o acordo firmado pelas partes para a produção dos seus jurídicos e legais efeitos. Processo suspenso para o cumprimento do acordo. Dê-se baixa na estatística. Fpolis, 28.05.96”.⁴⁹

A faculdade de transigir é admissível a qualquer tempo, inclusive em grau de recurso, hipótese em que o pedido de homologação deverá ser formulado ao Relator.

6.3. OFERECE EMBARGOS

Os embargos são um ataque à pretensão do autor, com o intuito de demonstrar a improcedência do pedido monitorio. O oferecimento dos embargos não exige garantia do juízo, ou seja, não é necessário oferecer bens à penhora (1102c, parágrafo 2º, CPC).

Aplicam-se as regras dos arts. 297 a 303, do Código de Processo Civil, sendo possível alegar nos embargos toda a matéria de defesa. Pode ser arguído também, no mesmo prazo dos embargos, as exceções de incompetência, suspeição ou impedimento do juiz, em peça autônoma.

⁴⁹ BRASIL. 5ª Vara Cível da Comarca da Capital/SC. Ação Monitoria nº 2395073207.5. José Antônio Vasconcellos Costa e Ronaldo Barleta Basílio. Juiz: DJ 02/09/96, relação 44/96, p. 46.

Os embargos do procedimento monitorio divergem dos embargos à execução. Sendo uma espécie de contestação, os embargos monitorios são processados nos próprios autos, independem de prévia segurança, não estão sujeitos a preparo e o prazo para seu oferecimento é de 15 dias. Além do mais, neles podem ser arguidas qualquer matéria de defesa, o que difere dos embargos do processo de execução, pois neles somente podem ser alegadas as matérias previstas no art. 741 do Código de Processo Civil.

O prazo para o oferecimento dos embargos é de 15 dias. Tal prazo difere do prazo dos embargos à execução que são de 10 dias. Interpostos fora do prazo legal estabelecido no art. 1102c, do Código de Processo Civil, serão considerados intempestivos.

Há muitas discussão doutrinária no tocante a natureza jurídica dos embargos: seria uma ação autônoma ou uma contestação?

A utilização do termo “embargos” daria a entender que se trata de uma ação autônoma; mas, é importante ressaltar que essa expressão não é um termo unívoco, ou seja, significa várias coisas diferentes. Não é do nome que se poderá tirar com certeza a natureza jurídica desse instituto. A doutrina diverge: ação ou contestação?

Entendemos que os embargos na ação monitoria possuem natureza de contestação. Não parece ser admissível entender como ação, pois estaria dificultando o acesso à justiça pelo demandado. A garantia de acesso à justiça não é uma garantia exclusiva de quem propõe a ação, deve ser interpretada como uma garantia que protege o demandado em face de quem a ação é proposta. O réu não está se defendendo de uma ação de execução, ele não está diante de um credor que possui título executivo e sim, de um credor que possui prova escrita. Exigir-se

que ele proponha a ação, tendo que arcar com os ônus decorrentes da propositura da ação e das custas processuais, é impor um ônus excessivo a quem já está sofrendo com um procedimento que já é muito acelerado, que permite a expedição de uma decisão com base em cognição sumária, estará tratando de forma muito desigual as partes.

Além do mais, o próprio art. 1102c, parágrafo 2º, do CPC, preconiza que os embargos serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário, e não estarão sujeitos a preparo, nem condicionados à segurança do juiz, peculiaridades que os diferencia completamente dos embargos à execução evidenciando a diversidade da natureza.

Sendo contestação, após o oferecimento dos embargos, a parte contrária será intimada para impugná-los no prazo de 10 dias.

O oferecimento dos embargos suspendem a eficácia do mandado inicial, isto é, a lei não tira a eficácia, ela suspende os efeitos que não se produzirão por ora.

Apresentados os embargos e escoado o prazo de resposta do autor, caberá ao juiz designar audiência de instrução e julgamento para a produção das provas requeridas pelas partes, desde que entenda necessária tal realização.

Vale ressaltar que consoante o art. 331 c/c art. 125, IV, do Código de Processo Civil, será designada antes da audiência de instrução e julgamento, a audiência de conciliação entre as partes, no intuito de conciliá-las, evitando dessa forma, desgaste de tempo e dinheiro, antecipando sobremaneira o objetivo da ação.

Nem sempre é necessária a produção de provas em audiência. Também não se realizará audiência se os embargos apresentados pelo réu versarem

exclusivamente sobre matéria de direito.

Não sendo realizada audiência, o juiz poderá julgar o processo conforme ele se encontra. Com o julgamento antecipado da lide, o magistrado deverá agir com muita prudência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio do contraditório.

Na sentença poderão ocorrer três situações.

Os embargos poderão ser totalmente rejeitados e o mandado contido na decisão recupera sua eficácia que fora suspensa nos termos do art. 1102c, tornando-se definitiva tão logo a sentença passe em julgado. Neste caso, alguns autores entendem que não é necessário nenhum pronunciamento judicial convertendo o mandado monitório em mandado executivo. Em contrapartida, outros, entre eles, o Prof. Sérgio BERMUNDES entende que se oferecidos e rejeitados os embargos, o juiz prolata uma sentença complementar de eficácia ao mandado monitório.⁵⁰

Dessa sentença proferida caberá o recurso de apelação por parte do réu; entretanto, esse entendimento não é pacífico na doutrina.

Francisco Fernandes de ARAÚJO entende que não teria sentido sujeitar-se tal decisão a recurso, pois a lei afirma, com todas as letras, que, rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial. Assevera para esse tanto, que o legislador não iria usar palavras inúteis e sem efeito, não cabendo, dessa forma, nenhum recurso para o réu.⁵¹

⁵⁰ *apud* Reis FRIEDE, op. cit., p. 30.

⁵¹ ARAÚJO, op. cit., p. 80/81.

Em detrimento desse entendimento, Antônio Raphael da Silva SALVADOR assevera que:

Se o réu apresentar embargos ao mandado, haverá uma sequência de atos, instrutórios ou não culminando, com uma sentença que, evidentemente, é apelável. Essa apelação não terá só efeito meramente devolutivo, mas sim o duplo, pois não se enquadra em nenhuma das exceções contempladas no art. 520, I a IV, do Código de Processo Civil.⁵²

Os embargos também poderão ser acolhidos na sua totalidade, o que desconstitui integralmente a decisão preliminar e dá ensejo ao recurso de apelação por parte do autor.

Finalmente, podem ser parcialmente acolhidos. Nesse caso, caberá recurso de apelação para ambas as partes, inclusive o adesivo.

7. SENTENÇA E RECURSOS

A sentença proferida nos autos do processo monitorio, em todos os casos possíveis, deverá ser fundamentada em virtude do disposto no art. 458, do Código de Processo Civil.

No tocante aos recursos, das decisões interlocutórias proferidas caberá recurso de agravo e das sentenças caberá apelação. O mandado, como já foi mencionado, não está sujeito a recurso algum pois o meio de impugná-lo, conforme clara disposição legal e segundo a essência do sistema, são os embargos previstos no art. 1102c, da lei Adjetiva Civil.

Os embargos de declaração serão admissíveis da sentença que possua

⁵² SALVADOR, op. cit., p. 36.

obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535). Admitir-se-á na 2ª instância, a interposição de embargos infringentes, recurso especial e extraordinário e embargos de divergência.

8. EXECUÇÃO

No caso de revelia do réu ou se os embargos forem rejeitados por sentença, após o respectivo trânsito em julgado, constituir-se-á nos termos do art. 1102c, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, o respectivo título executivo judicial representado pela sentença com trânsito em julgado (CPC, art. 584, I), que possibilitará o prosseguimento da ação em forma de execução, para a satisfação do crédito reclamado ou a entrega da coisa objeto da ação.

A lei menciona que dessa decisão o devedor será intimado. Surge aí mais uma divergência doutrinária pois alguns autores entendem que a denominação correta seria “citação” e não “intimação”. Francisco Fernandes de ARAÚJO assevera que o termo intimação está no lugar da citação em decorrência da natureza especial da ação monitória.⁵³

No caso de obrigação de pagar quantia em dinheiro, a intimação será para que o devedor pague em 24 (vinte e quatro) horas ou nomeie bens à penhora (art. 652, do CPC), sob pena de esta ser efetuada sob tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios. Feita a penhora, o devedor será intimado para, se quiser, embargar a execução no prazo de 10 dias, com base no art. 741, prosseguindo-se como nos demais casos de execução.

⁵³ ARAÚJO, op. cit., p. 83/84.

Tratando-se de entrega de coisa certa ou incerta (determinado bem móvel ou coisa fungível), o devedor terá 10 dias a partir da intimação, para satisfazer a obrigação (arts. 621 à 631, do CPC), ou, seguro o juízo, pelo depósito da coisa objeto da obrigação, apresentar embargos, no prazo de 10 dias, contados do termo de depósito, prosseguindo-se o processo até final satisfação, inclusive com possibilidade de recurso contra a decisão que julgar os embargos opostos à execução.

Tendo em vista que da sentença que julga improcedente os embargos opostos na ação monitória, cabe recurso de apelação, este deve ser recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (art. 520, CPC), não sendo possível, dessa forma, a execução provisória da sentença, face ao disposto no art. 587, do Código de Processo Civil. Orlando de Assis CORRÊA critica a redação da lei, pois no art. 520, do referido diploma legal, que trata do efeito meramente devolutivo da apelação, deveria ter inserido, o recurso interposto de sentença condenatória deste processo, para que na fase de execução não se precisasse esperar o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau.⁵⁴

⁵⁴ CORRÊA, op.cit., p. 59.

CONCLUSÃO

Nos dias atuais, percebe-se facilmente, a imensa crise que assola o Poder Judiciário. O descrédito da população no Direito e na Justiça, em virtude da angústia das longas esperas, ocasionou o total desprestígio das instituições jurídicas brasileiras, fato este que, como operadores jurídicos que somos, nos assusta e envergonha.

Em decorrência da morosidade do Judiciário, é necessário tratar certas situações de direito material com procedimentos mais adequados e ágeis. É por isso que se incluiu a Ação Monitória entre as espécies de tutela jurisdicional diferenciada, na medida que facilita o acesso do credor ao título executivo.

Todavia, acreditamos que com o número de execuções embargadas, e levando-se em consideração o rol de títulos executivos extrajudiciais, a adoção da demanda de natureza monitória poderá não obter o resultado que se espera.

A presente monografia tratou de um tema novo para os operadores jurídicos, suscitando algumas dúvidas, não discutidas. Não se pretendeu esgotar o assunto, mesmo porque trata-se de assunto bastante complexo e novo, o que exigiria um estudo bem mais aprofundado que os limites deste trabalho permitiram.

Entretanto, acreditamos que foi possível transmitir algumas das maiores divergências em relação a matéria ora estudada. Em algumas controvérsias não buscamos a resposta certa, pois isso ficará a cargo da jurisprudência que com o tempo firmará seu entendimento, respondendo, assim, as principais dúvidas a respeito da interpretação e da aplicação da Lei 9.079/95, orientando os principais

operadores do direito no sentido de lapidar com eficiência e presteza as mesmas antes de sua adequação final ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS:

1. PARIZATTO, João Roberto. *Da ação monitória* : de acordo com a lei nº 9.079, de 14-7-95. 1ª ed. São Paulo : Editora de Direito Ltda, 1996, 104p.
2. ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Ação monitória* : comentários à lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995. 1ª ed. Campinas : Copola Livros, 1995, 96p.
3. FRIEDE, Reis. *Principais inovações no direito processual civil brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996, 152p.
4. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário de língua portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Nova Fronteira, 1986.
5. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, 78p.
6. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento monitório*. 2ª ed. Curitiba : Juruá Editora, 1996, 158p.
7. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996, 232p.
8. SALVADOR, Antônio Rafael da Silva. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional diferenciada*. 1ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995, 79p.

9. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Disponibilidade do rito da ação monitória. *Jornal Síntese*, Rio de Janeiro, junho de 1996, p. 4-5
10. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. 1ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996, 66p.
11. CORRÊA, Orlando de Assis. *Ação monitória : comentários e prática forense*. 1ª ed., 2ª tir, Rio de Janeiro : Aide, 1995, 133p.
12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995, 325p.
13. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 11ª ed. 2º Vol. São Paulo : Saraiva, 1987, 511p.
14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. 5º Vol. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1994, 663p.
15. LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Manual de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo : Editora Atlas, 1981, 185p.

LEGISLAÇÃO

1. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988.
2. BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Rio de Janeiro, 1916.
3. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973.
4. BRASIL. Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995. Introduz a Ação monitória no Ordenamento jurídico brasileiro. Brasília, 1995.