

CYBELE OLIVEIRA

PROCEDIMENTO MONITÓRIO

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP

São Paulo, 2006

CYBELE OLIVEIRA

PROCEDIMENTO MONITÓRIO

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Professor Doutor Sergio Seiji Shimura.

PUC/SP

São Paulo, 2006

Banca Examinadora

El procedimiento no es pura forma. Es el punto de choque de conflictos, de ideales, de filosofías. Es el Cabo de las Tempestades donde la Rapidez y la Eficiencia deben confluir y entrelazarse con la Justicia; es también el Cabo de Buena Esperanza donde la Libertad Individual debe enlazarse con la Igualdad.

MAURO CAPPELETTI *Proceso, Ideologías, Sociedad.*

Aos Professores Sérgio Seiji Shimura, orientador impecável, e Paulo de Barros Carvalho, sem o apoio dos quais este trabalho jamais teria sido realizado.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, por me ter ensinado o valor do trabalho, da ética, do esforço e da disciplina, como virtudes essenciais para a consecução de qualquer objetivo.

Ao meu pai, por ter impresso em meu coração a sensibilidade para a arte e para o lúdico, o valor da espiritualidade e da emoção, sem os quais nenhuma jornada adquire sentido.

A Kamille Santos de Oliveira Miranda, pela doce e amorosa presença em minha vida.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho, em especial aos queridos amigos Sandra Halley e Paulo Jorge de Oliveira Carvalho, por todo o suporte técnico e afetivo com que me cercaram.

A Professora Maria Garcia, pela valiosa amizade, constante incentivo e apoio.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade investigar a disciplina do procedimento monitório no ordenamento jurídico brasileiro, o qual foi introduzido, como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, através da Lei 9.079, de 14 de julho de 1995. Para tanto, foi empreendida uma ampla pesquisa bibliográfica com o objetivo de analisar os mais remotos antecedentes históricos da tutela jurídica sob análise, bem como a transformação por esta sofrida no decorrer dos tempos, além de algumas experiências alienígenas satisfatórias em relação ao tema, sobretudo a italiana e a alemã.

No que tange ao perfil impresso pelo legislador pátrio a esse procedimento especial de jurisdição contenciosa, seus principais aspectos polêmicos também foram analisados, não apenas no que se refere à natureza jurídica de alguns pronunciamentos judiciais passíveis de serem emitidos durante a tramitação desta modalidade procedural, como outros temas que têm gerado muita dissensão, sobretudo aqueles relacionados à adequação dessa tutela em face de algumas pessoas, como, por exemplo, a Fazenda Pública. A nova disciplina conferida ao cumprimento das sentenças, introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, afetou sobremaneira o procedimento ora analisado, de modo que também foi objeto de análise, ainda que de forma sucinta, por fugir aos escopos fundamentais que nortearam a execução desse trabalho.

Palavras-chave: ação monitória; procedimento monitório, mandado de injunção, procedimento injuncional; tutela jurisdicional diferenciada.

ABSTRACT

This work aims at investigating the regular procedure of tutelage in the juridical order of Brazil, which was introduced as a form of differentiated juridical tutelage by the Law 9079, from July 14, 1995. A wide bibliographical research was made with the objective of analysing the former historical records of the juridical tutelage, which is the subject of this analysis, as well as the changes it suffered with the years, besides some successful foreign experiences concerning this issue, especially the ones in Italy and Germany.

As for the defined profile by the national legislator to this procedure of contentious jurisdiction, its main polemic aspects were also analysed, not only in relation to the juridical nature of some juridical procedures likely to be released during the development of this procedure form, but also other topics which have brought in a lot of discussion, especially those related to the suitability of this tutelage when faced, for instance, to the Public Administration. The new regulation given to the fulfilment of the sentences introduced in the juridical order by the Law 11232, from December 22, 2005, has affected tremendously the procedure here analysed. Therefore it was also object of analysis, although in a brief way, once it was not relevant to the frame which guided the accomplishment of this work.

Key-words: Procedure of injunction; Differentiated juridical tutelage; Action of injunction.

SUMÁRIO

Introdução	10
I. A CRISE PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA	12
1.1. O aumento da litigiosidade como decorrência da vida em sociedades de massa	12
1.2. A técnica da tutela jurisdicional diferenciada e da sumarização dos procedimentos	16
1.3. A busca da efetividade do processo	21
II. A GÊNESE E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO	24
2.1. Os interditos do direito romano	24
2.2. O <i>mandatum de solvendo cum clausula iustificativa</i> do direito medieval comum	26
2.3. A ação decendiária nas Ordenações do Reino	29
2.4. A ação decendiária no Direito Brasileiro	31
III. ESPÉCIES DE PROCEDIMENTO MONITÓRIO	34
3.1. Procedimento monitório puro	34
3.2. Procedimento monitório documental	38
IV. PERFIL ATUAL DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO EM FACE DA LEI N. 9.079/95	46
4.1. Da natureza do procedimento monitório	46
4.2. Características do procedimento monitório	50
4.2.1. A técnica da sumarização do procedimento	50
4.2.2. A celeridade na formação do título executivo	55
4.2.3. A inversão e a eventualidade do contraditório	61

4.3. O procedimento monitório como opção do autor	66
4.4. Hipóteses de cabimento	69
4.5. O procedimento monitório e os pressupostos processuais	73
4.6. O procedimento monitório e as condições da ação	78
4.6.1. A legitimidade <i>ad causam</i>	81
4.6.2. O interesse de agir	82
4.6.3. A ausência de utilidade do procedimento monitório em face de incapazes	84
4.6.4. A inviabilidade do procedimento monitório em face do falido e do insolvente civil	86
4.6.5. O procedimento monitório e a Fazenda Pública	88
4.6.6. A possibilidade jurídica do pedido	93
4.7. A exigência de prova escrita para a concessão do mandado monitório	95
4.7.1. O documento eletrônico	101
4.7.2. O documento estrangeiro	102
4.8. A competência no procedimento monitório	104
4.9. A propositura da demanda monitória	107
4.10. Natureza jurídica do mandado monitório	110
4.11. A cientificação do réu	115
4.12. Cumprimento voluntário do mandado de pagamento ou entrega	118
4.13. Oposição de embargos ao mandado	120
4.13.1. Natureza jurídica dos embargos	121
4.13.2. Embargos ao mandado e ônus da prova	125
4.13.3. O julgamento dos embargos e o meio de impugnação	127
4.14. Inércia do réu: formação do título executivo judicial	129
4.15. A execução do mandado de pagamento ou entrega	130
4.16. O procedimento monitório e a antecipação de tutela	136
Conclusão	138
Bibliografia	140

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é discorrer sobre a disciplina, em nosso ordenamento jurídico, do Procedimento Monitório, o qual veio a lume através da Lei 9.079 de 14 de julho de 1995. O instituto sob exame representa, ao lado de outros instrumentos recentemente introduzidos na legislação processual pátria, uma verdadeira onda renovatória no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo precípuo é acelerar a marcha procedural, de modo a tornar efetivo o acesso à Justiça ou, mais especificamente, conferir acesso à Jurisdição, enquanto atividade estatal, direcionada à declaração do direito e à sua realização no mundo empírico.¹

As ondas renovatórias caracterizam-se, segundo abalizada doutrina, em movimentos direcionados ao efetivo acesso à Jurisdição, que inclui assistência judiciária aos necessitados, representação de interesses meta-individuais, reformas estruturais, orgânicas e funcionais no conjunto das instituições judiciárias, introdução de mecanismos idôneos à obtenção de provimentos jurisdicionais, bem como a implementação de técnicas e instrumentos adequados à obtenção de tutela jurisdicional efetiva.²

O instituto sob exame, largamente utilizado nos países de tradição romano-germânica, teve sua origem histórica na Idade Média, mais especificamente através do Direito Canônico, que adotou as chamadas técnicas de cognição sumária, visando acelerar a formação de títulos executivos judiciais e diminuir a morosidade na atribuição dos bens da vida. O *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* pode ser considerado o antecedente remoto dos atuais procedimentos de injunção do direito comparado e de nossa atual ação monitória, os quais serão analisados com vagar nos capítulos subseqüentes.

¹ ARMELIN, Donaldo. O acesso à Justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Junho, 1989, p. 171.

² MARCATO, Antonio Carlos Marcato. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 16-18.

A presença da ação decendiária no direito luso-brasileiro e a adoção do instituto por alguns códigos estaduais anteriores ao CPC de 1939 serão oportunamente analisadas, bem com as modalidades de procedimentos de injunção que se encontram no direito comparado, quais sejam, o puro e o documental. Tendo em vista as similitudes que apresenta com o modelo adotado pelo legislador brasileiro, o *procedimento d'ingiunzione* do ordenamento jurídico italiano será objeto de maior atenção.

Ainda, sem a pretensão de solucionar polêmicas, levantaremos as atuais controvérsias acerca da natureza jurídica de alguns pronunciamentos e atos processuais, os quais, pela hibridez e dessemelhança com os institutos tradicionais, podem levar o intérprete a certa perplexidade.

I

A CRISE PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA

1.1. O aumento da litigiosidade como decorrência da vida em sociedades de massa

A ascensão das chamadas sociedades de massa, enquanto fenômeno social, tem feito aumentar o número de conflitos de interesses levados à apreciação do Poder Judiciário. O virtual acesso a uma ampla gama de bens de consumo, na maioria das vezes não proporcional ao respectivo poder de adquiri-los, associado a inúmeros outros fatores, tem aumentado as pretensões resistidas, bem como o número de lides levadas à resolução pela função jurisdicional.

As sociedades de consumo constituem fenômeno que abrange inúmeros países do mundo ocidental. De acordo com Arruda Alvim,

“no continente europeu, provavelmente já na década de 20 ou antes, era detectável o fenômeno da ascensão das massas, no sentido de que, com essa ascensão, já se percebia a turbulência social que envolvia e acompanhava o fenômeno. Aquelas ascenderam da marginalização social, principalmente por causa da revolução industrial, por isso que, deixando de integrar o rol dos que se encontravam nas periferias das sociedades e respectivas civilizações, não alcançadas, de fato, pelo aparelho do Estado, iniciaram um processo para forçar a entrada nos quadros melhores da civilização, com o que se evidenciou, de um lado, a insuficiência do aparato estatal, e, de outro, uma quase falência do sistema tradicional”³.

³ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado da do direito material. In: TEIXEIRA,

Esse sistema tradicional poderia ser classificado como individualista, burguês, voltados para as camadas privilegiadas das sociedades.

O direito processual civil, calcado no proceduralismo francês, se por um lado teve o mérito de abolir formalidades e inserir princípios tidos como fundamentais, como o da publicidade, e que tanto influenciou os diversos ordenamentos da Europa continental⁴, por outro lado refletia a filosofia essencialmente individualista dos direitos, decorrente da concepção adotada nos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove.⁵

Entre os princípios que presidiram a formação da ciência jurídica europeia do século XIX, encontrava-se aquele mediante o qual cabia ao Poder Judiciário a missão de tão somente cumprir a lei, lei essa perante a qual “todos os homens eram iguais”, independentemente das injustiças concretas e de toda a sorte de discriminações sociais que a ordem jurídica estivesse a produzir em razão desses princípios.⁶

O acesso à justiça não era uma preocupação do Estado, muito embora ele fosse teoricamente considerado um “direito natural”, portanto anterior a própria existência estatal. Na política do *laissez-faire*, o Estado mantinha uma posição passiva, de modo que somente aqueles que pudessem enfrentar os custos do processo, a ele tinham acesso. Os demais cidadãos, muito embora fossem considerados formalmente iguais, eram abandonados à sua própria sorte. A neutralidade estatal deita suas raízes nas idéias liberais advindas da Revolução Francesa, em que o direito à jurisdição significava tão somente o direito formal de propor e contestar uma ação, independentemente da desigualdade social e econômica havida entre os litigantes. Bastava tão somente proporcionar ao jurisdicionado o direito de ir a juízo, pouco importando se este possuía condições materiais, “reais”, de usufruir deste direito.⁷

Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.171.

⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 886.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.9.

⁶ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 123.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Na Europa e nos Estados Unidos, perceptivelmente a partir da Segunda Guerra Mundial, verificaram-se pressões sociais pela reivindicação de novos direitos, bem como pela chamada igualdade de oportunidades, igualdade material, na medida em que se tomou consciência de que as liberdades públicas nada mais eram do que privilégios burgueses. O direito ao efetivo acesso à justiça, assim como os direitos sociais e econômicos, passaram a ganhar atenção na medida em que as reformas do *welfare state* procuraram armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e cidadãos.⁸

No Brasil, a ascensão das massas, com toda a problemática a ela inerente, como a massificação do conhecimento, dos bens culturais, do comportamento etc, se fez acompanhar de grandes êxodos populacionais para os grandes centros urbanos, o que ocasionou o inchado de tais centros, gerando verdadeiros conglomerados urbanos, os quais na maioria das vezes, não estavam estruturados para receber tais contingentes, o que fez aumentar ainda mais o número de conflitos entre seus membros. A imensa massa de miseráveis, não alcançada pela atuação estatal, e cujo nascimento remonta a abolição da escravatura, ainda hoje reclama o pagamento de uma incomensurável dívida social, nos mais variados quadrantes da sociedade.

A jurisdição nacional, a partir da Proclamação da República, foi moldada de acordo com o ideário filosófico, político e legislativo francês, e estava organizada para atender uma pequena parcela privilegiada da sociedade. Esta, além de ter ciência de alguns direitos subjetivos – ou, quando não, da possibilidade de consultar um profissional para tanto -, poderia arcar com os custos e a demora da prestação jurisdicional. As demais camadas da sociedade, além de desconhecerem seus direitos subjetivos, não tinham acesso à tutela do Estado, uma vez que tal tutela implica necessariamente a presença de um advogado habilitado, o que envolve o dispêndio de numerário, o pagamento das custas e taxas processuais, bem como a habitual demora do provimento jurisdicional etc. Ademais, conforme assinala Mauro Cappelletti,

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11.

referindo-se ao sistema norte-americano, porém com evidente aplicação ao plano nacional, existe uma

“declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas (...). Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”.⁹

No que tange ainda à problemática brasileira, podemos citar uma série de outros fatores conjunturais e históricos que, por si só, extrapolam aqueles que são inerentes à função jurisdicional, muito embora a ela estejam, em última análise, intimamente vinculados. Entre tais fatores podemos destacar a subordinação da política econômica nacional ao capital externo (que impede o investimento em reformas estruturais, tão importantes para o desenvolvimento nacional), a histórica concentração de renda, a insensibilidade de parte da elite nacional (preocupada tão somente com a manutenção dos históricos privilégios do qual é beneficiária), o baixo nível cultural e educacional de expressivo contingente da população brasileira, a falta de perspectivas de grande parcela da população, as condições miseráveis em que se encontra um grande número de brasileiros, a desigualdade no que tange ao acesso a oportunidades, o nivelamento distorcido da informação que provém dos meios de comunicação (controlados por setores da elite reacionária), os serviços públicos precários, insuficientes, insatisfatórios e, em algumas hipóteses, inexistentes, para citar apenas alguns dos notórios problemas que são de domínio público. O potencial de consumo da sociedade, insuflado pela mídia em todas as suas modalidades, e contido para boa parte da população (em decorrência de fatores financeiros), é uma fonte geradora de insatisfação e violência. A dívida social, nos dizeres de Calmon de Passos, é longa e deprimente, e uma análise aprofundada, a qual não faremos no presente trabalho, passa necessariamente pela formação histórica da sociedade brasileira.¹⁰

⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O problema do acesso à justiça no Brasil. *RePro* 39: 81.

Muito embora esses fatores não façam parte do objeto que nos cumpre analisar no presente trabalho, a remissão a eles serve para demonstrar que boa parte dos conflitos de interesses resultantes dos problemas acima apontados são geradores de meios alternativos de solução de controvérsias, que escapam ao monopólio jurisdicional que o Estado reservou para si. Trata-se de um potencial de conflitos que não chega à apreciação estatal. São geradores da chamada litigiosidade contida, a qual demonstra a incapacidade estatal (que se espalha nos diversos quadrantes em que o Estado atua) para a resolução de todos os conflitos, o que leva os cidadãos à procura de soluções menos ortodoxas, quando não ilícitas.¹¹

O alto custo dos processos, aliado a morosidade e a ineficiência da prestação jurisdicional, favorece o surgimento de meios extrajudiciais de solução de controvérsias, muitas vezes inadequados à proteção efetiva das pessoas envolvidas¹². O fator tempo, gerador para a parte do chamado “dano marginal” - aquele que decorre da demora da prestação jurisdicional, na feliz expressão de Andréa Proto Pisani - é um dos principais obstáculos à tutela dos direitos. Aliás, a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável não pode ser considerada efetiva.

Nesse sentido, e com o evidente propósito de, senão solucionar, ao menos minimizar os inúmeros problemas intimamente relacionados à precária prestação jurisdicional brasileira, foram sendo paulatinamente engendradas uma série de reformas procedimentais, com o objetivo precípuo de acelerar a concessão da tutela jurisdicional, mediante a adoção de novas técnicas procedimentais. À adoção de tais técnicas convencionou-se chamar, ainda que com certa impropriedade técnica, tutelas jurisdicionais diferenciadas.

1.2. A técnica da tutela jurisdicional diferenciada e da sumarização dos procedimentos

¹¹ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 21.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 25.

As exigências decorrentes de uma sociedade urbana e de massas têm demonstrado que o procedimento ordinário, exacerbadamente moroso e complexo, se mostra inadequado para tutelar uma gama de situações que reclamam celeridade e eficiência processual. Muito embora ofereça vantagens em relação ao procedimento sumário, na medida em que é capaz de trazer ao processo todo o conflito de interesses qualificador da lide, gera na maioria das vezes o chamado dano marginal, aquele que decorre da excessiva duração do processo. A crise que atingiu o sistema processual está intimamente relacionada à existência de organizações judiciais anacrônicas, desprovidas de recursos e de criatividade, bem como de uma legislação processual inadequada e distorcida. Isso gera uma grande insatisfação em relação à prestação jurisdicional, que pode ser qualificada como ineficiente, morosa, ineficaz, e sem a devida efetividade.¹³O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 pode ser considerado um diploma marcadamente individualista, que foi editado em um momento em que já se esboçavam os dados referentes à necessidade de um outro sistema, de caráter social, destinado a conviver com tal sistema individualista, bem como destinado a minimizar as desigualdades latentes no plano material, respeitando a essência do princípio da igualdade.¹⁴

O *ordo judiciorum privatorum*, a ordem natural dos juízos, característica do procedimento ordinário e que, de um modo geral, exclui deste a possibilidade de concessão de medidas liminares, o torna um instrumento processual de índole extremamente conservadora, na medida em que preserva por longos e longos anos o *status quo* anterior à propositura da demanda.¹⁵ A própria necessidade de cognição plena, precedida pela realização do contraditório, faz com que o provimento judicial final somente possa ser concedido após assegurar-se às partes, com a observância das formas e prazos predeterminados em lei, a possibilidade de fazerem valer todas as suas

¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 889.

¹⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. O Código de processo civil, suas matrizes ideológicas, o ambiente sócio-político em que foi editado e as duas décadas que se lhe seguiram, com suas novas necessidades – A complementação do sistema processual – Processo e procedimento, no sistema constitucional de 1988. *RePro* 70: 35.

¹⁵ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120.

alegações, defesas e provas, o que permite que à declaração contida na sentença seja atribuída a autoridade de coisa julgada material. Esta, por sua vez, se encontra intimamente vinculada com a possibilidade de execução posterior, sobretudo levando-se em consideração que, tradicionalmente, existe uma absoluta coincidência entre cognição definitiva e executoriedade, desde que, evidentemente, a sentença que atue como título executivo judicial seja definitiva.¹⁶

A passividade e a imparcialidade que, tradicionalmente, o procedimento ordinário impunha ao magistrado, impedindo-lhe de conceder a regulamentação provisória ao estado de fato da lide, foi uma consequência natural dos princípios que nortearam a formação da ciência jurídica européia do século XIX, sobretudo aquele segundo o qual cabia tão somente ao Judiciário a função de cumprir a lei, lei essa perante a qual todos os homens eram formalmente iguais, independentemente das injustiças concretas e de toda sorte de discriminações sociais que a ordem jurídica estivesse a produzir em razão desses princípios.¹⁷

O estudo do que vem a ser as tutelas jurisdicionais diferenciadas surge da necessidade de superação das limitações inerentes ao processo de conhecimento ordinário e de sua adequação ao mundo contemporâneo.¹⁸ O que se pretende, na atualidade, é a plena realização dos direitos, como uma garantia inerente ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). Em outras palavras, busca-se, tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial, desenvolver formas de procedimentos sumários através dos quais a ordem jurídica assegure a realização efetiva de cada direito subjetivo, protegendo-o, quando necessário, por meio de alguma forma de tutela preventiva. As recentes alterações e inovações introduzidas em nosso Código de Processo Civil visam justamente atingir esse desiderato.

A doutrina vem utilizando a expressão tutela jurisdicional diferenciada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários

¹⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24.

¹⁷ Ibid., p. 123.

¹⁸ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada : tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141-142.

procedimentos, estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais, de natureza plenária ou sumária.¹⁹ Cunhada inicialmente por Andréa Proto Pisani, em estudo publicado em 1973 (*Tutela Giurisdizionale Differenziata e Nuovo Processo Del Lavoro*), as tutelas diferenciadas podem ser consideradas inerentes à própria história dos institutos processuais, na medida em que, segundo o próprio autor, para diferentes necessidades de tutela corresponderiam diferentes formas de sua prestação. A tutela jurisdicional diferencia-se na medida em que ordenamento jurídico confere formas de proteção ao direito material diversas daquelas já existentes, proporcionando alternativas ao demandante em face do processo de cognição exauriente, ou inserindo nos diversos modelos processuais medidas que os capacitem a proporcionar tutelas jurisdicionais adequadas.²⁰

A técnica da tutela jurisdicional diferenciada, segundo abalizada doutrina, pode ser compreendida de duas maneiras distintas. A primeira se refere à existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, elaborados em função das especificidades da relação jurídica de direito material. Nesse sentido, todas as tutelas seriam diferenciadas, na medida em que cada uma delas está voltada para a resolução de conflitos relativos ao direito material. Em outras palavras, formas de tutela jurisdicional diferenciadas já existem, na medida em que são diversos os instrumentos processuais indispensáveis à sua concretização.²¹ No Brasil, o Código de Processo Civil disciplina no Livro IV os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária, todos dotados de peculiaridades decorrentes da relação jurídica de direito material que visam proteger²². Ademais, cumpre ressaltar o expressivo repertório de legislação esparsa que não apenas disciplina específicas relações jurídicas de direito material, como também, muitas vezes, dispõe acerca dos procedimentos adequados à tutela de tais relações em juízo.

¹⁹ TUTTI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória*. 2^a ed. ver. e ampl. |São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 15.

²⁰ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada : tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 136.

²¹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *RePro* 65: 45.

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23-24.

A segunda acepção de tutela jurisdicional diferenciada refere-se à regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, cujo objetivo principal é evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.²³ Andrea Proto Pisani cunhou tal expressão para indicar a reunião de vários procedimentos, em contraposição ao procedimento ordinário, com o intuito deliberado de acelerar a marcha procedural, assegurando desta forma a efetividade do provimento jurisdicional. Assim, derivaria ela de uma antecipação no *iter* procedural do processo de cognição plena e exauriente, marcado pela cognição sumária, e caracterizada pela simplificação ou abreviação da marcha procedural.²⁴

Nessa sentido, por tutela jurisdicional diferenciada entende-se tanto as tutelas que podem ser realizadas mediante cognição sumária, porque aptas desde logo a realizar o direito afirmado pelo litigante, quanto qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao processo comum.²⁵ Importa na precipitação temporal dos efeitos da decisão final, ou seja, na diminuição da duração do processo, com vistas a substituir, na medida do possível, a utilização do procedimento ordinário como solução de todos os litígios.

A adoção de tipos de tutela diferenciada tende a favorecer o pólo ativo da relação jurídica processual, uma vez que é concebida com o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Porém, há que se ressaltar que a adoção de tais técnicas, muito embora tenha por escopo a celeridade da prestação jurisdicional, não importa na imutabilidade dos provimentos por meio das obtidos, desde que evidentemente haja impugnação tempestiva pelo pólo passivo da relação jurídica processual. Isso porque as decisões emergentes de procedimentos cuja cognição seja meramente superficial possibilitam o reexame judicial, em processo de cognição plena e exauriente, tal como ocorre no procedimento monitório, o qual será objeto de detida análise posterior.

²³ *Ibid.*, p. 23.

²⁴ ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *RePro* 65:49.

²⁵ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada : tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

1.3. A busca da efetividade do processo

A busca incessante de um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, ou seja, de um “processo de resultados”, nos dizeres de Giuseppe Chiovenda, tem sido o lema dos processualistas contemporâneos.²⁶ A máxima “*todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter*” tem norteado inúmeros trabalhos em sede doutrinária, o que tem influenciado sobremaneira a atividade legislativa, bem como a prática jurisprudencial. Temas como acesso à justiça, assistência judiciária aos necessitados, gratuidade da prestação jurisdicional, celeridade processual, oralidade, informalidade, instrumentalidade do processo e, principalmente, efetividade do processo, entre outros, têm sido freqüentes, todos desenvolvidos com o objetivo de engendrar alterações no sistema processual que proporcionem aos jurisdicionados não apenas o direito formal de levar determinada pretensão em juízo, mas sobretudo garantir uma prestação jurisdicional qualificada, como decorrência do devido processo legal.

O Estado reservou para si a função de dizer o direito, impedindo aos jurisdicionados que façam justiça com as próprias mãos, ou seja, qualificando a autotutela como crime, seja quando utilizada pelo particular (*exercício arbitrário das próprias razões*, art. 345 CP), seja quando utilizada pelo próprio Estado (*abuso de poder*, art. 350 CP). Assim, cabe ao Estado conferir aos cidadãos instrumentos adequados à tutela de todas as situações de vantagem previstas no ordenamento jurídico. A função jurisdicional caracteriza-se como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões²⁷, podendo ser considerada não apenas como um poder, mas sobretudo um dever, no sentido de que a tutela há que ser prestada de forma célere, adequada, qualificada, tempestiva e acessível à todos os cidadãos.

O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, estabelece que “nenhuma lei excluirá da

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela Jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *RePro* 79: 65-66.

²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 24-25.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo atualmente compreendido como o princípio garantidor do acesso à justiça. Para a plena consecução da missão social de eliminar conflitos e fazer justiça, é necessário ter consciência dos objetivos motivadores de todo o sistema processual (sociais, políticos, jurídicos), bem como dos obstáculos que a experiência demonstra estarem impedindo que a qualidade dos serviços proporcionados seja satisfatória.

José Carlos Barbosa Moreira, ao desenvolver o tema, delineou um “programa básico” destinado a conferir efetividade à prestação jurisdicional, no qual asseverou que:

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática , o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia”..²⁸

Visando atingir tais desideratos, o sistema processual brasileiro tem sido submetido a profundas reformas, destinadas à criação de um processo de resultados, cujo escopo fundamental é conferir efetividade à prestação jurisdicional. Tais reformas estão inseridas em um contexto maior ao qual

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *RePro* 77: 168.

convencionou-se chamar *ondas renovatórias*, e que consistem numa série de medidas destinadas a conferir acesso efetivo à prestação jurisdicional. As ondas renovatórias nada mais são do que tendências do moderno Direito ligado à família romano-germânica.²⁹

Trata-se de um movimento caracterizado, cronologicamente, pela assistência judiciária aos necessitados, pela representação dos interesses supra-individuais, pela necessidade de reformas estruturais, orgânicas e funcionais no conjunto geral de instituições judiciárias e no direito material e pela inserção de técnicas e instrumentos de ordem processual destinados à obtenção de tutela jurisdicional efetiva.

No Brasil, além das tutelas diferenciadas anteriormente mencionadas, foram inseridas na legislação processual uma série de outras alterações e inovações, todas com o propósito de, senão erradicar, ao menos minimizar os chamados pontos de estrangulamento de que padece a sistemática processual nacional. Entre tais modificações podemos citar, somente a título exemplificativo, a ampliação da possibilidade de concessão da tutela antecipada e sua efetivação no processo de conhecimento ordinário (art. 273), o aumento do rol de títulos executivos extrajudiciais (art. 585), a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, bem como das obrigações de entregar coisa (art. 461 e 461-A), a maior eficiência conferida à sistemática recursal, o incentivo à conciliação como uma forma privilegiada de resolução de conflitos (art. 331), a implementação dos Juizados Espaciais (Lei nº 9.099/95), o depósito extrajudicial (art. 890), a arbitragem (Lei nº 9.307/96), entre diversas outras alterações engendradas com o propósito de conferir efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

²⁹ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16-19.

II

A GÊNESE E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

2.1. Os interditos do direito romano

O *interdictum* do direito romano era um procedimento especial decorrente do poder de *imperium* do pretor e caracterizado pela celeridade e informalidade com que era concedido, em comparação com as ações do processo formal.³⁰ Os interditos eram ordens emanadas do pretor, cuja finalidade precípua era proteger o possuidor contra turbação ou perda indevida da posse.³¹ Através deles, expedia-se um comando, a pedido de um particular, com a finalidade de que outro particular fizesse (interdito restitutório e exibitório) ou deixasse de fazer algo (interdito proibitório).³²

No direito pretoriano, o interdito era considerado uma remédio excepcional, cujo traço marcante era o fato de que, em regra, não se realizava uma *cognitio* acerca da existência ou inexistência do direito de uma das partes, mas, tão somente, buscava-se manter o estado atual das coisas. A cognição realizada pelo pretor era sumária, por meio da qual se examinava tão somente os pressupostos de fato. A partir daí concedia-se (*edere* ou *editio interdicti*), ou denegava-se (*denegatio interdicti*) o interdito postulado. Uma vez deferido o interdito, duas hipóteses emergiam: ou a ordem era acatada, pondo fim à controvérsia; ou a parte interessada poderia provocar a instauração de um procedimento ordinário, perante o *iudex privatus*.³³

³⁰ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 3^a ed. São Paulo: Milesi Editora, 1981, p. 113.

³¹ *Ibid.*, p. 113.

³² TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31-32.

A sumariedade da cognição, característica dos interditos do direito romano, que eram concedidos com base em um juízo de verossimilhança, impediam que a ordem por meio deles emanada se tornassem definitivas. Caso não fossem cumpridos, em razão do entendimento de que não se encontravam presentes os pressupostos de fato para a sua concessão, havia a necessidade de se instaurar um procedimento pela via ordinária, com o objetivo de se investigar as razões que deram origem à concessão da ordem. Daí o caráter condicional do *interdictum*.³⁴

É importante observar que, tendo em vista a provisoriação dos interditos, a execução somente poderia se dar por meio da *actio iudicati*, através da qual o credor, que não obtivera a satisfação da *obligatio iudicati* pelo condenado, requeria ao pretor a *manus injectionem* (execução sobre a pessoa do devedor) e, em momento histórico posterior, a *missio in bona rei servanda causa* (execução sobre o patrimônio do devedor). Nesse sentido, pode-se afirmar que, durante toda a evolução do direito romano, a sentença de natureza condenatória, proferida no processo de conhecimento, era o único título que possuía eficácia executiva.³⁵

Assim, muito embora desde o período formulário os romanos já se valessem da técnica da *summaria cognitio*, a execução propriamente dita, ou seja, a transformação no mundo empírico necessariamente se desenvolvia através da *actio iudicati*, que pressupunha a existência de sentença de natureza condenatória obtida através de processo de conhecimento de cognição plena.³⁶ Daí o entendimento de boa parte da doutrina de que o antecedente mais remoto do procedimento monitório é o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

³⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34.

2.2. O *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* do direito medieval comum.

Na Idade Média, a partir da fundação do *studium civile* de Bolonha, as fontes jurídicas romanas passaram a ser estudadas ao lado do direito canônico. A atividade processual do período era marcada pela formalidade, lentidão e, sobretudo, pela excessiva quantidade de expedientes processuais, que tornavam a prestação jurisdicional extremamente morosa e ineficiente. Os atos processuais eram realizados, na sua maioria, através da forma escrita.

Em meados do século XIV, com o propósito de acelerar a marcha procedural, o Papa Clemente V editou duas bulas, *Saepe contingit* (1306) e *Dispendiosam* (1311) que estabeleceram a *cognitio summaria*. Suas características fundamentais eram a oralidade, a concentração dos atos processuais e a brevidade dos lapsos temporais. A sumarização tinha por objetivo a simplificação do rito, ou seja, a aceleração procedural, e se tornou conhecida como “processo sumário indeterminado”.

Nesse mesmo período, ao lado do “processo sumário indeterminado”, foram criados os “processos sumários determinados”, que também eram caracterizados pela cognição superficial, pela aceleração da marcha procedural e pela oralidade. Porém, diferenciavam-se do processo ordinário sobretudo pela sua finalidade e conteúdo.³⁷ O *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* pode ser considerado um processo sumário determinado, pelas específicas finalidades que continha.

Nesse sentido, muito embora os romanos tenham feito uso dos interditos, o antecedente mais remoto do procedimento monitório é o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*. Para os créditos que não constassesem de documentos, estabeleceu-se no direito medieval italiano o uso de não citar em juízo o devedor, mas de obter diretamente do juiz a ordem de

³⁷ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

prestação que ensejava a execução, isto é, o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*.³⁸

Tratava-se de um tipo de procedimento que utilizava uma técnica acelerada de cognição, e que foi introduzido no direito medieval, ao lado de outras técnicas de sumarização dos procedimentos, com o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional, a qual, já naquela época, apresentava sérios problemas relativos aos excessivos expedientes processuais de que se poderiam valer as partes, o que ocasionava uma excessiva lentidão para a concessão da prestação jurisdicional.

Os limites da cognição judicial, para a expedição do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* eram reduzidos. A cognição era sumária, uma vez que, no momento em que o magistrado emitia a ordem, eram desconhecidas as eventuais defesas que poderiam ser opostas pelo devedor. Esse procedimento era utilizado nas hipóteses em que o credor, que não portasse um título executivo, solicitasse ao juiz a emissão de um comando apto a compelir o devedor a cumprir determinada prestação. Uma vez presentes os pressupostos, o magistrado determinava a expedição do *mandatum de solvendo*, dirigido ao devedor para que esse pagasse ao credor. Em virtude da ausência de prévia cognição exauriente e de contraditório, o comando era acompanhado de uma cláusula (*clausula iustificativa*), por meio da qual se conferia ao réu a possibilidade de apresentar exceções dentro de determinado prazo.³⁹

Caso o réu ofertasse, dentro do prazo estabelecido, oposição ao mandado, este ficaria sem efeito, e seria considerado como simples citação (*transit in vim simplicis citationes*). A partir daí o procedimento estaria convertido em ordinário, com cognição plena e exauriente (*plena inquisitio*).⁴⁰

Na eventualidade do réu não ofertar pagamento, tampouco impugnar o mandado contra ele expedido, a ordem judicial tornava-se definitiva, ensejando

³⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação Monitória. *RePro* 79: 77-78.

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34.

a execução forçada. O pagamento espontâneo, por sua vez, colocava fim ao litígio.⁴¹

É interessante observar que o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, criação do direito medieval italiano do século XIV, assemelhava-se a formas processuais germânicas⁴², tal como o *indiculus commonitorius* do processo franco.⁴³

O processo alemão do período franco desenvolvia-se perante o “Tribunal popular”; porém, havia também o “Tribunal do Rei e seus agentes”, para o qual determinadas categorias poderiam pleitear que avocassem processos que estivessem em curso perante o “Tribunal popular”. Caso o requerimento fosse atendido, o juiz expedia o *indiculus commonitorius* ao adversário do requerente, a fim de que este cumprisse a determinação em favor do autor, ou apresentasse oposição perante o “Tribunal do Rei”.⁴⁴

Porém, a ausência de oposição por parte do demandado não ensejava a criação de um título executivo, passível de aparelhar eventual execução. O *indiculus commonitorius* data do século XII, período em que nem se cogitava acerca da existência de títulos executivos entre os germânicos. O propósito do comando era ordenar o réu a efetuar o pagamento da prestação, bem como citá-lo para comparecer perante o tribunal que emitiu a ordem. Caso não adimplisse, ao menos a competência estaria atraída para o “Tribunal do Rei”.⁴⁵

De qualquer forma, há quem entenda que o *indiculus* influenciou os praxistas italianos na elaboração do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, o que pode ter seus fundamentos, face à semelhança entre os dois

⁴¹ Segundo Chiovenda, “notificado ao devedor o *mandatum*, se ele negligenciava a oposição no prazo, o *mandatum* executava-se sem nada mais. Se, ao contrário, o devedor se opunha, a oposição tolhia qualquer efeito ao *mandatum*, que se resolvia *in vim simplicis citationis*, quer dizer: dava lugar a um processo ordinário. A cognição na primeira fase era incompleta, visto como, no momento em que expedia a ordem, o juiz ignorava se o devedor tinha exceções a opor, e só conhecia de modo superficial os fatos constitutivos da ação (pelo qual se dá também ao mandado a denominação de *praeceptum executivum sine causae cognitione*). CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*.v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 255-257.

⁴² De acordo com James Goldschmidt “el procedimiento monitorio procede del bedingter Mandatsprozess del Derecho común, el que a su vez tiene sus antecedentes en los praecepta (*mandata*) de solvendo cum clausula iustificativa italianos, y mediadamente en los indiculi commonitorri frances”. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução espanhola de Leonardo Prieto Castro. 2ª ed. alemã. Barcelona: Labor, 1936, p. 418.

⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação Monitória. *RePro* 79: 77-78.

⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

institutos, sobretudo no que tange à emissão, *initio litis*, de um comando em favor do requerente.

2.3. A ação decendiária nas Ordenações do Reino

O primeiro grande ordenamento jurídico lusitano foram as *Ordenações Afonsinas*, editadas em 1446, no reinado de Afonso V. Anteriormente a esse período, inúmeras normas jurídicas portuguesas eram observadas no reino, porém, predominavam os *forais*, que eram leis escritas, particulares e variadas, que regiam os distritos e os conselhos do rei. As *Ordenações Afonsinas* foram influenciadas pelo *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, pelo direito germânico inserido na Lei das Sete Partidas, pelo direito canônico e pelos antigos costumes e assentos da Chancelaria.⁴⁶

Não obstante as *Ordenações Afonsinas* tenham sido influenciadas pelo *ius commune*, o qual já contava com os chamados “processos sumários determinados”, como o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, somente a partir das *Ordenações Manuelinas* foi introduzido um novo tipo de procedimento, o qual se denominou *ação de assinação de dez dias*. Essa demanda poderia ser ajuizada pelo credor para haver do devedor quantia certa ou coisa determinada, desde que portasse os documentos adequados para a instruir o feito. Os documentos aptos a aparelhar o procedimento eram as escrituras públicas, os alvarás de pessoas privilegiadas⁴⁷ e as sentenças as quais não comportasse procedimento executivo. Eram equiparadas às escrituras públicas, para fins de ajuizamento da ação de assinação de dez dias,

⁴⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35.

⁴⁷ De acordo com José Eduardo Carreira Alvim, citando Pereira e Souza, “as pessoas privilegiadas eram os cardeais, arcebispos, bispos, abades mitrados, fidalgos, doutores, desembargadores, cavaleiros das ordens militares e negociantes, somente no que respeitava ao seu comércio. Os escritos dessas pessoas deviam ser feitos e assinados de próprio punho, exceto os arcebispos, bispos e fidalgos de primeira grandeza, como infantes, duques, marqueses, condes e comerciantes matriculados, que podiam ser feitos por secretários particulares, desde que eles os assinassem. Os escritos particulares de pessoas não-privilegiadas só dispunham do procedimento de assinação de dez dias, se fossem por elas reconhecidos”. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória*. *RePro* 79: 77-78.

os termos judiciais e os escritos particulares, sendo reconhecidos pessoalmente pela parte ou em caso de revelia.⁴⁸

Na *ação de assinação de dez dias*, o réu era citado para, nesse termo, pagar ou apresentar quitação da dívida, ou, ainda, apresentar embargos destinados a impugnar a pretensão. A citação era pessoal, se presente o réu; por carta citatória (a atual precatória), se ausente em lugar certo; ou por edital, se ausente em lugar incerto. Caso não comparecesse, apesar de citado, a obrigação era reconhecida à sua revelia, concedendo-se ao devedor os dez dias da lei para cumpri-la. O mandado, a carta ou o edital de citação deveriam conter essa cominação.⁴⁹

Em 1581, Felipe I ordenou que fossem refundidas as *Ordenações do Reino*, o que ocorreu no ano de 1595, muito embora somente em 1603, já no reinado de Felipe II, viessem a entrar em vigor as *Ordenações Filipinas*, que regularam a vida do Brasil-Colônia e Império⁵⁰ praticamente sem alterações de monta, convivendo com a legislação extravagante que a completava.⁵¹ As *Ordenações Filipinas* determinavam, no livro 3, título 25, que o réu, citado para pagar ou entregar a coisa a que estava obrigado em tais hipóteses, deveria provar nos dez dias subseqüentes “qualquer razão que tiver para não cumprir o que assim pela escritura ou alvará se mostrar ser obrigado”.⁵²

Nos embargos, o réu poderia alegar, além do pagamento, qualquer defesa que tivesse, como a nulidade do instrumento, ilegitimidade da parte, ausência de causa da obrigação, compensação, compromisso, falta de

⁴⁸ *Ibid.*, p. 77-78.

⁴⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 33.

⁵⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que o Brasil Colônia estava integrado ao Reino Unido de Portugal e Algarves, de modo que mesmo proclamada nossa independência política, em 1822, aqui continuaram a projetar efeitos as *Ordenações Filipinas*, bem como os Assentos da Casa de Suplicação, conforme aliás o autorizava o Decreto de 20.10.1823. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 212.

⁵¹ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36.

⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37.

implemento do contrato, falta de numeração do dinheiro, simulação, transação, prescrição, falsidade, entre outras alegações.⁵³

A ação decendiária vigorou em nosso país plenamente até o advento, em 25 de novembro de 1850, do Regulamento nº 737.⁵⁴

2.4. A ação decendiária no direito brasileiro

O Regulamento n. 737, de 25.11.1850, destinado a regular as causas comerciais, disciplinou, no Capítulo I, Título IV, relativo aos procedimentos especiais, a *ação de assinação de dez dias* (arts. 246 a 269).

O art. 246 do mencionado diploma legal estabelecia que a *ação decendiária* consistia na assinação judicial de dez dias para o réu pagar, ou dentro desse mesmo prazo alegar e provar, por meio de embargos, a defesa que tivesse, indicando, no artigo subsequente, os documentos que o credor poderia utilizar para instruir sua pretensão.⁵⁵

De um modo geral, manteve-se a mesma disciplina dada ao instituto pelas *Ordenações Filipinas*, salvo no que tange à ampliação dos documentos aptos a instruírem a demanda, que incluiu: contratos comerciais, letras de câmbio e outros títulos comerciais, tais como as letras com força igual às de câmbio, notas promissórias ou escritos de transações comerciais, conhecimentos de frete, apólices ou letras de seguro, faturas e contas de gêneros vendidos em grosso, de acordo com o art. 247, §§ 2º a 7º do referido Decreto.⁵⁶

Por força do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, o Regulamento n. 737 passou a regular as causas cíveis, o que se manteve até o advento da

⁵³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95.* 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 33.

⁵⁴ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36.

⁵⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36-37.

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49-50.

Constituição de 1891, que autorizou os Estados-membros a legislar sobre matéria processual. A partir de então, o Regulamento n. 737 passou a vigorar tão somente naqueles Estados que não adotaram um código de processo civil próprio.

Com a edição, por algumas unidades da federação, dos chamados códigos estaduais, em virtude da dualidade legislativa, a ação decendiária ou ação de assinatura de dez dias foi acolhida por alguns diplomas legais, como pelos Códigos de São Paulo e da Bahia, mantendo o mesmo perfil do direito português. O Código Judiciário de Santa Catarina, de 1928, a exemplo de outros estados, não contemplou qualquer modelo similar.⁵⁷

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.39), que entrou em vigor em 1º de março de 1940, a ação decendiária deixou de ser disciplinada pelo ordenamento jurídico nacional.

Há quem sustente que, sob a égide desse diploma legal, continuou existindo um processo de índole monitória, muito embora não se confundisse com a ação decendiária, quer pelos seus aspectos estruturais, quer pelos seus fundamentos históricos. Cuidava-se da ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato (arts. 302-310). Nessa ação o réu era citado para cumprir uma prestação de fazer ou não fazer, sob pena de, não cumprindo a injunção, ser-lhe cominada multa. Caso não cumprisse o preceito, tampouco contestasse, seria condenado; caso viesse a contestar, a ação prosseguiria pelo rito ordinário.⁵⁸

Como é cediço, o preceito cominatório se faz presente quando se objetiva a que o réu cumpra uma prestação de fazer ou não fazer e decorre, em regra, de relações jurídicas emanadas do direito obrigacional, ou em decorrência da sujeição de outrem ao exercício de um direito real por seu titular.⁵⁹

⁵⁷ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 68.

⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49-50.

⁵⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 69-71.

A pretensão cominatória, a nosso ver, não guarda relação com o preceito monitório ou injuncional, uma vez que trata-se de preceito coativo, que se utiliza, na maioria das vezes, de pena pecuniária, sem prejuízo de outros tipos de sanção. O objetivo da cominação é assegurar o cumprimento do comando judicial.⁶⁰

O próprio vocábulo nos esclarece acerca das diferenças fundamentais entre os instrumentos processuais. Cominar é ameaçar com pena ou castigo, no caso de infração ou falta de cumprimento de ordem ou mandado. A cominação é estatuída por lei processual. Monir, por outro lado, tem o sentido de admoestar, de avisar, de intimar, enquanto injungir consiste na ação de ordenar, de impor uma obrigação ou ordem.⁶¹

Nesse sentido, o procedimento monitório ou injuncional também é conhecido como procedimento intimatório, a exemplo do que se verifica na legislação argentina, que acolheu o *juicio de apremio*, expressão que pode ser traduzida como mandado compulsório, ordem intimatória.⁶² A admoestação do réu para comparecer em juízo para ofertar o pagamento ou entregar determinada coisa, com a possibilidade de oferecer embargos caso entenda não ser exigível o cumprimento da prestação, não se confunde com a imposição de multa, muito embora haja quem defenda a possibilidade de cumulação dos preceitos, como se verá adiante.

O Código de Processo Civil de 1973 também não previu o procedimento monitório. A própria ação cominatória também foi extinta. A tutela das obrigações de fazer e não fazer passou a ocorrer pela via do processo comum de conhecimento, destituída de qualquer comando *initio litis* para o réu. E o procedimento monitório somente veio à lume com a promulgação da Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995, da qual passaremos a tratar.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 69-71.

⁶¹ *Ibid.*, p.70.

⁶² *Ibid.*, p. 70.

III

ESPÉCIES DE PROCEDIMENTO MONITÓRIO

3.1. Procedimento monitório puro

O procedimento monitório puro é caracterizado pela circunstância de a demanda vir fundada sobre fatos meramente afirmados, mas não documentalmente provados. O objetivo é atribuir ao credor um título executivo de forma mais ágil e célere, o que é possibilitado em razão da natureza do crédito - que envolve o pagamento de pequenas somas pecuniárias ou a entrega de bens fungíveis - bem como pelo caráter unilateral das afirmações, marcado pela exclusão do contraditório e pela ausência de debates.

O provimento emanado *inaudita altera parte*, em virtude das características supra mencionadas, fica suspensivamente condicionado à oposição tempestiva do devedor que, uma vez oferecida, priva o provimento da possibilidade de adquirir qualquer eficácia. Em razão disso, não se admite a execução provisória na pendência do prazo para o oferecimento da oposição, ou no curso da apreciação desta, uma vez que não preexiste qualquer provimento dotado de eficácia executiva.⁶³

O procedimento monitório puro, adotado tanto pela legislação alemã quanto pela legislação austríaca sob a denominação de *Mahnverfahren*, consiste em um requerimento feito pelo autor da ação, com base tão somente em alegações unilaterais. Dispensa a produção de prova documental, contentando-se com as declarações emitidas pelo suposto credor. Em regra, é admitido para tutelar créditos de pequeno valor, ou para a entrega de determinadas coisas fungíveis. Parte da premissa de que, tendo em vista a simplicidade ou a pequena complexidade da controvérsia de direito material,

⁶³ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38-39.

reconhecida pelo reduzido valor do crédito, há que se admitir a mera postulação destituída de instrução probatória.

Calamandrei, ao analisar o procedimento monitório puro do direito austríaco (*Mahnverfahren*), de acordo com a versão que lhe deu a lei n. 67, de 27 de abril de 1873, alterada pela *Gerichtsentlastungsnovelle* de 1º de junho de 1914, nº 118, assevera que esta modalidade procedural está limitada ao exercício de créditos de valor mínimo. Segundo o autor,

"los caracteres más salientes de la estructura procesal de este procedimiento son los siguientes. En virtud de la simple petición (Gesuch), escrita u oral (§ 4), del acreedor, el juez competente (que es, em todos los casos, el Bezirksgericht [§2]) libra, sin oír al deudor (§5), uma ordem condicionada de pago (ein bedingter Zahlungsbefehl), dirigida al deudor, com la advertência de que el mismo puede hacer oposición (Widerspruch) dentro Del término de 14 días a contar de la notificación (§ 6). Si el deudor no hace oposición dentro de ese término, la orden de pago adquiere fuerza de título ejecutivo (§ 15), contra el cual no está admitido outro remédio que la restitución in integrum, cuando el deudor pruebe no haber podido hacer oposición dentro del término a causa de um suceso imprevisto o inevitable (§ 14). Si el deudor hace oposición dentro del término (y basta a tal fin que declare al juez, oralmente o por escrito, que hace oposición a la orden de pago, sin necesidad de aducir los motivos de ello [§ 8]), la orden de pago pierde, por el solo efecto de tal declaración, toda su fuerza (§ 9). La proposición de la oposición, que hace caer la orden de pago emanada sin contradictorio, no basta por si sola para abrir el juicio en contradictorio; a tal objeto, es necesaria uma nueva petición del acreedor, presentada em las formas ordinárias, cuando el acreedor no la haya acumulado, a prevención, com la petición de orden de pago (§ 19)".⁶⁴

O direito alemão, por sua vez, estabelece no Livro VII, §§ 688 a 703, da *ZPO*, o procedimento monitório puro, por meio do qual as alegações do credor,

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitório*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 30-31.

independentemente da apresentação de prova documental, dão ensejo à expedição de um mandado judicial de pagamento. De acordo com o § 688, é cabível para as pretensões atinentes a quantia líquida em dinheiro, sem qualquer limitação quanto ao valor.⁶⁵ Trata-se de um procedimento simples, sem debates, destinado a criar um título executivo para créditos provavelmente incontestáveis. Origina-se diretamente do *praeceptum* ou *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, do direito medieval italiano.⁶⁶

É interessante observar que o *Mahnverfahren* alemão desfruta de grande utilidade prática, sendo amplamente difundido pela simplicidade, rapidez e informalidade dos quais é revestido. Basta lembrar que o interessado pode adquirir formulários para o seu ajuizamento em papelarias, o que facilita em muito o acesso à prestação jurisdicional.⁶⁷

Muito embora existam na Alemanha duas modalidades de procedimento monitório, quais sejam, o puro (*Mahnverfahren*), que dispensa a produção de prova documental, e o documental (*Urkundenprozess*), cuja demanda deve vir fundada sobre fatos documentalmente provados, há uma diferença abissal no que tange à utilização de ambos. De acordo com dados não muito recentes, porém bastante esclarecedores, o *Urkundenprozess*, em 1989, era pouco utilizado, sendo que das causas distribuídas ao *Amtsgericht* e ao *Landgericht*⁶⁸, apenas 0,57% e 2,2%, respectivamente, referiam-se a ele. O *Mahnverfahren*, por sua vez, apresentou grande aplicabilidade, na medida em que, no mesmo período, foram requeridas 5,3 milhões de avisos de intimação para pagar (*Mahnbeschied*), sendo que destas apenas 11% foram impugnadas. Deixando de lado importantes aspectos sócio-culturais, que fogem aos objetivos desse trabalho, entre as possíveis explicações para a maciça utilização do procedimento monitório puro, podemos citar o fato de que ao devedor, no

⁶⁵ ARMELIN, Donald. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 34.

⁶⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

⁶⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. A nova ação monitória. *Reforma do Código de Processo Civil*. Obra coletiva, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, 459.

⁶⁸ De acordo com Celso Anicet Lisboa, “o *Amtsgericht* e o *Landgericht* são dois órgãos judiciais alemães, que não possuem uma exata correspondência com a estrutura judiciária brasileira. Pode-se afirmar, porém, que o primeiro seria uma espécie de Juizado Especial Cível, enquanto que o segundo seria um órgão de primeira instância da Justiça comum (equivalente às varas cíveis).” LISBOA, Celso Anicet. O mandado monitório objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitória. *Repro* 83: 56.

Urkundenprozess, está assegurada uma ação de indenização, caso a sentença (executada provisoriamente) seja reformada.⁶⁹ O *Mahnverfahren*, por sua vez, muito embora tenha a função de formar o título executivo de forma mais célere, tem sua eficácia suspensivamente condicionada à oposição ofertada pelo devedor, que, uma vez levada a cabo, tem o condão de instaurar um procedimento comum.

Esse desempenho, provavelmente, também se deve à edição da Lei alemã de 3 de dezembro de 1976, que teve por objetivo a simplificação e a celeridade do processo judiciário alemão, e que surtiu efeitos em relação ao *Mahnverfahren*, com modificações que levaram à sua simplificação e efetividade. O procedimento, muito embora tenha sido mantido quanto à sua estrutura, foi destinado a tutelar exclusivamente dívidas em dinheiro (ZPO, § 688), pois a experiência demonstrou que somente tais créditos eram reclamados. Foram introduzidos também métodos de elaboração eletrônica dos dados relativos ao processo, bem como a explicitação de disposições legais objeto de controvérsias, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. Ainda, a legislação tedesca adequou o sistema processual alemão às exigências do comércio internacional e às regras internacionais de execução de sentenças estrangeiras, relacionadas às dívidas pecuniárias, o que, de um modo geral, conferiu maior efetividade a essa modalidade procedural.⁷⁰

Entre as características principais do *Mahnverfahren* alemão, podemos citar a competência do *Amtsgericht*, Tribunal de 1^a Instância de âmbito municipal, independentemente do valor atribuído à causa, para conhecer dessa modalidade procedural (muito embora, em regra, a competência do *Amtsgericht* seja para valores até DM 3.000); a facultatividade da escolha desse procedimento pelo interessado; a apreciação inicial pelo *Rechtspfleger*⁷¹, que examinará as questões relativas às condições gerais do processo, a capacidade do requerente, a competência do juízo (em regra, territorial), as

⁶⁹ *Ibid.*, p. .

⁷⁰ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

⁷¹ O *Rechtspfleger* não é juiz, mas um mero auxiliar, que se limita a examinar os aspectos formais do requerimento. Caso o seu juízo de admissibilidade seja positivo, ele irá submeter o requerimento ao conhecimento do juiz; caso seja negativo, hipótese em que não seja encaminhado ao juiz, a parte disporá de duas semanas para reclamar junto ao magistrado, que analisará a reclamação proferindo decisão irrecorrível. MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.

condições específicas de procedibilidade do *Mahnverfahren*, bem como os fundamentos do pedido e a prova do recolhimento das despesas judiciais; a utilização, conforme anteriormente mencionado, de impressos para a notificação e envio e, também, para a contranotificação, caso o destinatário deseje contrariar o pedido; o deslocamento da lide para a esfera jurisdicional (*Amtsgericht*), na eventualidade de ser oposta contranotificação; a expedição de ordem de execução (*Vollstreckungsbescheid*), independentemente de outras formalidades, caso a contranotificação não seja oposta; o processamento totalmente informatizado; e a desnecessidade de advogados para o oferecimento da notificação e da contranotificação. Cumpre assinalar que os casos mais usuais, na Alemanha, de utilização do procedimento monitório puro são aqueles envolvendo compras a varejo, cobrança de serviços, posse de bens referentes a fornecimentos e semelhantes.⁷²

3.2. Procedimento monitório documental

O procedimento monitório documental, para que possa ser manejado, exige que a pretensão do suposto credor esteja amparada em prova documental, apta a formar o convencimento do magistrado, a fim de que este expeça, com base em um juízo de verossimilhança, o mandado de pagamento. Em outras palavras, essa modalidade procedural reclama a produção de instrução probatória hábil a formar superficialmente o convencimento do juiz, de modo que o mandado de injunção possa ser expedido.

A prova documental, nessa modalidade, pode ser considerada verdadeira condição de procedibilidade, no sentido de que a concessão do mandado somente poderá ser obtida mediante a apresentação de documento hábil a aparelhar a pretensão monitória.⁷³

⁷² BENETI, Sidnei Agostinho. A nova ação monitória. *Reforma do Código de Processo Civil*. Obra coletiva, coordenação de Sávio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 459.

⁷³ Nesse sentido, há entendimento jurisprudencial evidenciando que “o processo monitório exige um juízo de probabilidade e de verossimilhança para uma decisão positiva inicial no sentido da expedição do mandado, devendo a prova documental ser suficiente para

Por documento hábil entende-se todo aquele instrumento dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz, acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor⁷⁴, ainda que de maneira provisória e superficial, face à possibilidade de posterior impugnação a ser oferecida pelo réu por meio de oposição. Assim, instrumento hábil é todo e qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória.⁷⁵

É importante observar que o documento, para ser considerado apto, deve firmar certeza, liquidez e exigibilidade quanto ao crédito.⁷⁶ Caso este dependa do implemento de uma condição, ou mesmo da verificação de uma contraprestação, excluída estará esta via procedural, em face da manifesta ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, qualificado, na espécie, pela ausência de necessidade da tutela jurisdicional.

Calamandrei, referindo-se a esta modalidade procedural, asseverou que,

“esta forma de procedimiento no encuentra justificación lógica más que en aquellos casos en los cuales existe en alto grado la probabilidad de que la declaración definitiva de certeza coincida con la declaración provisional; o sea, en otras palabras, en aquellos casos en los que la naturaleza de las pruebas en las cuales el actor apoya su demanda sea tal que haga, ya que no cierto, al menos verosímil, el fundamento de la demanda misma; por eso la aplicabilidad de este procedimiento está limitada no solamente a las acciones de condena relativas al pago de sumas de dinero o a la entrega de determinadas cantidades de cosas fungibles, sino que está limitada, además, y de ello deriva el nombre de proceso

determinar, objetivamente, o convencimento sobre existência da obrigação líquida, certa e exigível sem necessidade de qualquer dilação probatória”. (2º TACivSP, 5ª Câm., Ap. 510655, rel. Juiz Laerte Sampaio, j. 14.4.1998, BolAAP 2079/4, supl.).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁶ Essa é a posição de Salvatore Satta, mencionado por Carreira Alvim. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 54.

documental, a aquellas acciones cuyos hechos constitutivos pueden ser probados mediante documentos".⁷⁷

O ordenamento jurídico italiano disciplina, nos arts. 633 a 656 do Código de Processo Civil, o *procedimento d'ingiunzione*, considerado uma híbrida junção dos modelos puro e documental⁷⁸, cabível nas hipóteses em que o suposto credor possua prova escrita do débito ou nas lides que envolvam o pagamento de honorários por prestações judiciais ou extrajudiciais e, ainda, na hipótese de valores legalmente aprovados para determinadas profissões.⁷⁹

O procedimento de injunção italiano contempla tão somente um único esquema procedural, independentemente da demanda vir fundada em fatos documentalmente provados (art. 633) ou simplesmente alegados (art. 633, ns. 2 e 3).⁸⁰

O requerimento inicial do autor deverá ser dirigido ao juiz competente que, caso venha a acolhê-lo, após o exame da documentação trazida a juízo, expedirá uma ordem para o pagamento de determinada quantia pecuniária ou para entrega da coisa reclamada. Caso o magistrado entenda não estarem presentes os pressupostos autorizadores da concessão do mandado, poderá rejeitá-lo, mediante decisão justificada, o que não impossibilita que a demanda seja novamente proposta, seja através do próprio procedimento de injunção, seja por meio do procedimento ordinário.⁸¹

A ordem de pagamento apenas é emitida após a análise dos pressupostos genéricos de admissibilidade de qualquer ação, bem como do

⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitório*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 35.

⁷⁸ De acordo com Andrea Proto Pisani "la disciplina Del nostro procedimento per ingiunzione (Che risale allá 1.9 luglio 1922, n. 1035 e al r.d. 24 luglio 1922, n. 1036, successivamente modificati dal r.d. 7 agosto 1936, n. 1531) costituisce uma híbrida fusione di questi due modelli per molti versi diversissimi se non antitetici. In particolare il nostro legislatori ha previsto um unico schema procedural sia com riferimento ad ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti provati documentalmente (art. 633, n. 1) sia com riferimento ad ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti meramente affermati (art. 633, nn. 2 e 3, 635, 636, ma v. anche l'art. 634, comma 2.º)". PISANI, Andréa Proto. "Sentenze d'un anno", In *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 293. Apud CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46-47.

⁷⁹ LOPES, João Batista. Aspectos da ação Monitória. *RT* 732: 77.

⁸⁰ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 45.

⁸¹ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46-47.

juízo sumário e provisório acerca dos elementos de convicção trazidos aos autos, por meio dos documentos ou alegações apresentadas.⁸²

Nesse sentido, levando-se em consideração a possível consequência decorrente da concessão do mandado, qual seja, a convolação da ordem inicial em título executivo judicial, exige-se, para sua emissão, uma pretensão particularmente qualificada.⁸³

Uma vez que o mandado seja expedido, o réu será citado para, em 40 dias, efetuar o pagamento ou oferecer oposição, com a advertência de que, na ausência de impugnação, proceder-se-á à execução forçada. Seja o procedimento de injunção puro ou documental, a ordem de pagamento é expedida *inaudita altera parte*, e não perde a sua eficácia na eventualidade de ser oferecida oposição, mas tão somente na hipótese desta ser acolhida.

É possível que o prazo de 40 dias seja reduzido para 10 dias, ou ampliado para 60 dias, caso se comprove justo motivo.⁸⁴

Na eventualidade de ser oferecida oposição, o procedimento se converterá em ordinário, o que dará ensejo à prolação de uma sentença, sujeita aos meios usuais de impugnação, entre eles a apelação.⁸⁵

Esse procedimento possibilita a execução provisória tanto na pendência do prazo para oferecimento da oposição quanto durante a sua tramitação, conforme dispõe os arts. 642, 647 e 648 da legislação processual italiana⁸⁶, desde que o autor preste caução.⁸⁷

A legislação italiana ainda prevê a chamada oposição tardia (*opposizione tardiva*), passível de ser oferecida até o décimo dia do primeiro ato de execução (art. 650), desde que o réu comprove que não houve o tempestivo conhecimento da demanda, em razão da irregularidade da citação,

⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.

⁸³ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 63.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 45.

⁸⁷ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 47.

ou em virtude da ocorrência de caso fortuito ou de força maior. Nesse caso, é possível a suspensão da execução.⁸⁸

Ainda, há que se mencionar que a legislação italiana contempla a possibilidade de concessão de tutela antecipada monitória, nos termos do art. 186 ter., do Código de Processo Civil.⁸⁹

O direito francês, sob influência do direito alemão⁹⁰, também contempla em seu ordenamento jurídico um modelo monitório documental conhecido como *injonction de payer*, por meio do qual o magistrado, após um superficial exame formal da petição inicial (*requête*), determina a expedição da ordem de pagamento (*ordonnance portant injunction de payer*), nos termos do art. 1.407 do *Code de Procédure Civile*.⁹¹

Poderão ser reclamados por meio desse procedimento os créditos de natureza contratual determinada, somas líquidas em dinheiro, cláusulas penais, bem como obrigações resultantes de aceite ou emissão de letra de câmbio, subscrição de nota promissória, endosso ou aval de qualquer desses títulos ou aqueles decorrentes de cessão de crédito.⁹² O Decreto 88-209, de 04.03.1988, estendeu a aplicação do procedimento de injunção às obrigações de fazer e não fazer, nos termos dos arts. 1.425-1 a 1.425-9, instituindo a chamada *injonction de faire*.⁹³

Na legislação portuguesa, o procedimento de injunção foi introduzido pelo Decreto lei 404, de 10 de dezembro de 1993, com o objetivo de efetivar a princípio constitucional de acesso à justiça, contemplado como garantia constitucional no art. 20 da Constituição portuguesa.⁹⁴ O modelo acolhido pela

⁸⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁰ Manuel Serra Domingues, citado por José Rogério Cruz e Tucci, assevera que “mientras en Alemania el juicio monitorio está funcionando con excelentes resultados, en gran parte determinados por el pragmatismo de los juristas alemanes; y en Francia la institución se encuentra en clara progresión; en Italia la defectuosa estructura de la organización judicial ha determinado que aun siendo importante la utilización de juicio monitorio o se haya elevado todavía dicho procedimiento a um primer plano, pese a lo cual su utilidad es reconocida por todos los juristas”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitória no novo processo civil português e espanhol. *Repro* 103: 111.

⁹¹ *Ibid.*, p. 110-111.

⁹² CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38.

⁹³ *Ibid.*, p. 37.

⁹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitória no novo processo civil português e espanhol. *Repro* 103: 112.

legislação lusitana apresenta influência das duas tradicionais espécies desse procedimento (puro e documental) e reserva-se para créditos pecuniários de pequeno valor.⁹⁵ É recomendável, mas não imprescindível, que o autor apresente prova documental juntamente com a petição inicial, que somente será examinada na eventualidade do réu oferecer oposição. O demandado, a exemplo do que ocorre na experiência alemã, será notificado por um secretário do tribunal, e a legislação portuguesa prevê que a demanda poderá ser apresentada por meio de um formulário apropriado. O suposto devedor disporá de sete dias para efetuar o pagamento ou oferecer oposição, findo o qual o secretário judicial, nos termos do art. 5º do Decreto-Lei, aporá no requerimento de injunção a fórmula “Execute-se”.⁹⁶

É interessante observar que a determinação inicial de pagamento emitida pelo secretário judicial não constitui um provimento de natureza jurisdicional, uma vez que o devedor poderá, em sede de execução, apresentar defesa com a mesma amplitude que lhe é permitida no processo de conhecimento, de modo que não há que se falar em eficácia preclusiva decorrente de sua inércia.⁹⁷ Porém, caso seja oferecida oposição, ou ainda na eventualidade de ser instaurado algum incidente processual, os autos serão distribuídos e conclusos ao juiz da causa, nos termos do art. 2º do mencionado decreto.⁹⁸

A Lei espanhola n. 1, promulgada em 7 de janeiro de 2000, com entrada em vigor em 08 de janeiro de 2001, instituiu a chamada *Ley de Enjuiciamiento Civil*, um moderno e ambicioso diploma processual que substituiu a legislação secular de 1881. Esta novel legislação introduziu no direito espanhol o *proceso monitorio* (arts. 810 a 816), instrumento processual até então estranho na tradição processual daquele país.

A exemplo do modelo adotado no direito português, a legislação espanhola optou por um procedimento dotado de uma fase preliminar

⁹⁵ Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei 404/93 “Para os fins de aplicação do presente diploma, considera-se injunção a providência destinada a conferir força executiva ao requerimento destinado a obter o cumprimento efectivo de obrigações pecuniárias decorrentes de contrato cujo valor não exceda metade do valor de alçada do tribunal de 1ª instância”. *Ibid.*, p. 116.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 113.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 113.

extrajudicial, que dispensa a intervenção de advogados, uma vez que nessa fase o credor tão somente notifica o devedor para que este efetue o pagamento de determinada quantia pecuniária, a qual não poderá ultrapassar, nos termos do art. 810 da mencionada lei, cinco milhões de pesetas.

Optou-se claramente por um modelo monitório documental, e a legislação espanhola, de forma extremamente profícua, estabeleceu detalhadamente como instrumento apto todo o documento, qualquer que seja o suporte físico (incluindo, portanto, o eletrônico), demonstrativo de crédito líquido e exigível. A prova escrita destinada a demonstrar o crédito deverá ser assinada pelo devedor ou, caso tenha sido construída sem a participação deste, deverá revelar relação negocial habitual entre as partes.⁹⁹

A petição inicial, devidamente instruída com os documentos comprobatórios do crédito, poderá consubstanciar-se em formulário preenchido pelo próprio credor (art. 813), no qual deverá constar a origem do crédito, bem como o requerimento para pagamento. O suposto devedor será cientificado para, no prazo de 20 dias, efetuar o pagamento ou *dar razones*.

Uma vez que seja validamente citado, o devedor poderá ofertar o pagamento - mediante depósito da quantia em juízo ou pagando diretamente ao credor - , o que irá determinar a extinção da obrigação e o consequente arquivamento do expediente judicial, nos termos do art. 817 da mencionada lei.¹⁰⁰

No mesmo período, o devedor poderá oferecer oposição escrita ou oral, o que dará ensejo a um processo de conhecimento, cuja sentença de procedência ou improcedência, transitada em julgado, terá força de coisa julgada material (art. 816).

⁹⁹ O art. 810 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha estabelece que a comprovação do crédito poderá ser feita: "a) mediante documentos, quaisquer que sejam a sua forma e classe ou o suporte físico em que se encontrem, que estejam firmados pelo devedor ou com seu carimbo, lacre ou marca, ou com qualquer outro sinal, físico ou eletrônico, proveniente do devedor; b) mediante faturas, recibos de entrega, certidões, telegramas, telefax ou quaisquer outros documentos que, mesmo unilateralmente criados pelo credor, sejam daqueles que habitualmente documentam os créditos e dívidas atinentes à relação existente entre credor e devedor". TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação monitória no novo processo civil português e espanhol. *Repro* 103: 114-115.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 115.

Caso o devedor mantenha-se inerte durante o período destinado ao pagamento ou ao oferecimento de oposição, será proferido um despacho que constituirá um título executivo judicial, passível de aparelhar imediata execução, e revestido dos seguintes efeitos: plena eficácia de coisa julgada, que impedirá o credor renovar sua pretensão em posterior processo de conhecimento ou em subsequente ação monitória; impossibilidade do devedor discutir o débito a que estará obrigado a pagar; incidência de juros moratórios.¹⁰¹

No Brasil, a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, introduziu no ordenamento jurídico pátrio o procedimento monitório, em moldes bastante assemelhados ao *procedimento d'ingiunzione* italiano. O legislador nacional, face às características sócio-culturais e históricas de nosso país, adotou tão somente o modelo monitório documental, o qual, conforme anteriormente exposto, reclama a produção, por parte do autor, da chamada “prova escrita” do crédito, para que possa ser utilizado.

No capítulo subsequente, faremos a análise dessa modalidade procedural, servindo-nos, para tanto e na medida do possível, da experiência alienígena, com o objetivo de delinear os aspectos estruturais e tentar solucionar os chamados “pontos nevrálgicos” do instituto sob comento.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 115.

IV.

PERFIL ATUAL DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO EM FACE DA LEI 9.079/95

4.1. Da natureza do procedimento monitório

O procedimento monitório foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, com o manifesto propósito de conferir efetividade à prestação jurisdicional. A inovação foi inserida na sistemática processual pátria como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, cujo escopo precípua é acelerar a marcha procedural, conferindo aos jurisdicionados mecanismos aptos à resolução dos conflitos de interesse de maneira mais célere e eficaz.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a tutela jurisdicional diferenciada é a proteção concedida mediante o oferecimento de meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária. A razão primordial que leva o legislador a instituir esses mecanismos mais céleres é a tempestividade, de que deve ser dotada a boa prestação jurisdicional.¹⁰²

O procedimento monitório constitui, de acordo com o perfil que lhe imprimiu o legislador pátrio, uma modalidade de procedimento especial de jurisdição contenciosa. Sua natureza contenciosa é aferível *prima facie*, uma vez que pressupõe não apenas a existência de um conflito de interesses, como também não requer a existência de um título executivo, mas visa justamente à constituição deste. Não há que se confundi-lo com os atos executivos propriamente ditos, que emergem como resultado do procedimento monitório,

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 735.

na medida em que este inexoravelmente antecede aqueles para a formação do título executivo judicial.¹⁰³

O procedimento monitório tem natureza de processo de conhecimento condenatório, pois objetiva a formação de um título executivo judicial. Não se busca a execução de um título, o que o autor ainda não possui, mas sim a constituição célere deste. Portanto, não se pode afirmar que o procedimento monitório tenha natureza de processo de execução, pois não se propõe a efetivar uma sanção traduzida por um título executivo, mas sim a formação desse título, de que seguirá a execução.¹⁰⁴

Muito embora existam opiniões em contrário, não apenas no sentido de considerar o procedimento monitório como uma modalidade encartável no processo de execução¹⁰⁵, como também no sentido de o inserir no rol daqueles procedimentos pertencentes à jurisdição voluntária, nos parece que a natureza contenciosa dessa modalidade procedural não deixa dúvidas. É cediço que o propósito do procedimento monitório, na qualidade de tutela jurisdicional diferenciada, é justamente acelerar a formação do título executivo, razão pela qual com o processo de execução não se confunde.

O que justifica a utilização do procedimento monitório é precisamente e inexistência de um título executivo apto a aparelhar a execução.

O posicionamento segundo o qual o procedimento monitório se enquadra no rol dos procedimentos de jurisdição voluntária, com a devida vênia, não nos afigura razoável, na medida em que o conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, resta inconteste quando da utilização desse instrumento processual. Nesse sentido, considera-se superada na doutrina a tese de escritores austríacos de que o procedimento monitório seria espécie de jurisdição voluntária.¹⁰⁶

De acordo com o posicionamento de Carnelutti, o procedimento monitório é considerado um *tertium genus*, ou seja, um terceiro gênero situado

¹⁰³ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 29-33.

¹⁰⁴ FARES, Ali Taleb. Procedimento monitório: natureza jurídica e via para cobrança de cheque prescrito. *RT* 825: 98.

¹⁰⁵ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio. Da natureza executiva do procedimento monitório. *Repro* 116: 75.

¹⁰⁶ LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitória. *RT* 732: 77.

entre o processo de conhecimento e o processo de execução forçada. Segundo esse entendimento, trata-se de um tipo de processo cuja estrutura peculiar decorre de função diversa daqueles atinentes ao processo de conhecimento e de execução.¹⁰⁷ Para os adeptos desse entendimento, o procedimento monitório não tem natureza de processo de conhecimento, porque não produz o resultado característico deste, que é o julgamento do mérito. De acordo com esse posicionamento, o monitório não é mero procedimento dentre os muitos de que se pode revestir o processo de conhecimento, mas deve ser qualificado como um processo diferenciado, dotado de duas fases: uma fase inicial, dita monitória, e uma final, de natureza executiva.¹⁰⁸

Chiovenda considerou o procedimento monitório como um procedimento específico, gerador de sentença de prevalente função executiva, ao lado de outros procedimentos com idêntico escopo.¹⁰⁹ Segundo o autor, cuida-se de um procedimento sumário que objetiva preparar a execução, daí sua prevalente função executiva.¹¹⁰ Partindo da classificação fundada na natureza dos pronunciamentos judiciais (declaratória, constitutiva e condenatória), Chiovenda assinala que, por ser incompleta a cognição do juiz quanto aos argumentos dos litigantes, as declarações com prevalente função executiva gozam, no momento em que são expedidas, de um caráter provisório, distinguindo-se, assim, das sentenças condenatórias.¹¹¹

No presente trabalho adotamos a posição de Calamandrei¹¹², para quem o procedimento monitório pode ser considerado uma modalidade do processo

¹⁰⁷ Ibid., p. 30.

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 742.

¹⁰⁹ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho/96, p. 31.

¹¹⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 100-101.

¹¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54-55.

¹¹² De acordo com o autor “Ya se advirtió que en las legislaciones modernas solamente las acciones de condena pueden ser ejercitadas mediante el procedimiento monitorio; la providencia jurisdiccional (objeto inmediato de la acción) que el actor trata de obtener mediante este procedimiento, tiene en cada caso el carácter de un mandato (inyunción, orden de pago), dirigido por el juez al deudor para que lleve a cabo una determinada prestación; esto es, de un mandato enteramente similar a aquél que está típicamente contenido em toda sentencia de condena. Esta finalidad de preparación para la ejecución forzada, que es característica de las acciones de condena, se encuentra de modo aun más evidente en el proceso monitório, em

de cognição, de natureza condenatória, dotado de um proceder especial, por meio do qual o magistrado exerce a função jurisdicional. De acordo com o autor, entre a injunção expedida no procedimento monitório e a sentença de condenação proferida no procedimento ordinário, a diferença que se verifica refere-se muito mais ao nome do que à substância, uma vez que ambas se prestam a um pronunciamento dirigido ao obrigado, bem como visam dar início à execução.¹¹³ A especialidade do procedimento tem por escopo acelerar ao máximo o reconhecimento do direito, com vistas à formação do título executivo.¹¹⁴

No direito italiano atual tem prevalecido o entendimento de que o procedimento monitório documental tem natureza de processo de conhecimento, uma vez que, substancialmente, a demanda objetiva uma decisão condenatória contra o devedor. Ademais, o pronunciamento emanado pelo magistrado está sujeito não apenas aos meios de impugnação reservados ao processo de conhecimento, como também visa à formação da coisa julgada material, senão, no mínimo, à preclusão endoprocessual.¹¹⁵

De acordo com Edoardo Garbagnati, a única peculiaridade emergente do processo de natureza monitória é a de criar mais rapidamente, mediante um procedimento especial, o título executivo. Inequívoca, portanto, a sua natureza de processo de conhecimento. Segundo o autor, o decreto de injunção constitui um provimento jurisdicional declaratório, em sentido amplo, guardando na substância identidade com a sentença definitiva de mérito proferida em razão de um processo de cognição e, mais precisamente, com a uma sentença condenatória, a despeito da forma especial de seu procedimento.¹¹⁶ Portanto, podemos afirmar que o procedimento monitório é aquele que veicula uma

*armonía con la función típica del mismo, que en otras ocasiones hemos analizado, de suerte que se puede decir que entre la injuncción del procedimiento monitorio y la sentencia de condena del procedimiento ordinario, la diferencia, bien sea por lo que se refiere al mandato de prestación dirigido al obligado, bien sea por lo que se refiere al inicio del estadio de ejecución, es más de nombre que de sustancia.” CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 95.*

¹¹³ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 105-106.

¹¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 56.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹¹⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 102-103.

pretensão de natureza condenatória, de rito especial e de cognição sumária, cujo objetivo é a obtenção imediata de um título executivo.¹¹⁷

No presente trabalho, o vocábulo procedimento está sendo utilizado para significar a estrutura da relação jurídica processual, que por meio dele assume uma configuração definida. Procedimento, nesse sentido, pode ser caracterizado como um *iter* a ser seguido para se atingir determinada meta, que preestabelece os atos, suas formas, os prazos, as posições subjetivas ativas e passivas, a dimensão temporal, e tudo o mais que a relação jurídica processual, vale dizer, o processo, deverá ter em sua manifestação em concreto.¹¹⁸ Nesse sentido, pode-se considerá-lo como o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo. É a manifestação externa deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. É a coordenação de atos processuais que se sucedem, ou seja, o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.¹¹⁹

Pensamos, adotando essa linha de raciocínio, que o processo pode ser caracterizado como uma entidade jurídica complexa, e que pode ser analisado não apenas através dos atos processuais que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento), como pela relação existente entre os seus sujeitos (relação jurídica processual).

E é precisamente enquanto seqüência especial de atos processuais, na qualidade de tutela jurisdicional diferenciada, que o procedimento monitório será analisado.

4.2. Características do procedimento monitório

4.2.1. A técnica da sumarização do procedimento

¹¹⁷ SHIMURA, Sérgio Seiji. Ação Monitória. *Ajuris* 66: 261-277.

¹¹⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 92-93.

¹¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

Em estudo clássico, Kazuo Watanabe analisou a cognição sob a perspectiva de dois planos distintos: o horizontal, que se refere à amplitude, à extensão; e o vertical, relativo a profundidade do conhecimento empreendido pelo juiz. No plano horizontal, de acordo com o autor, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, como as questões processuais, as condições da ação, o mérito e as questões de mérito. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial), segundo a extensão permitida.¹²⁰ No plano vertical, a cognição pode ser classificada, de acordo com o seu grau de profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).¹²¹

A cognição é completa quando apta a abranger todos os possíveis fundamentos de interesse do autor ou do réu; é exauriente quando comporta indagações tão profundas capazes de eliminar todas as possíveis dúvidas e incutir no espírito do julgador certeza quanto ao direito afirmado pelas partes.¹²² Tradicionalmente, a solução do conflito de interesses é buscada por meio de um provimento que se assente em cognição *plena* e *exauriente*, ou seja, em um procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Em tese, a decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com elevado índice de segurança quanto à certeza do direito controvertido.¹²³ E o procedimento ordinário foi concebido justamente com esse propósito.

Porém, a experiência tem demonstrado que, se por um lado, o procedimento ordinário oferece reconhecidas vantagens em relação aos

¹²⁰ Segundo Dinamarco “a delimitação da área sujeita a cognição (plano horizontal) é dada em primeiro lugar pela relevância jurídico-material da questão a investigar, porque não teria utilidade alguma a discussão em torno de pontos estranhos à categoria jurídica em que se enquadra o litígio. Ao disciplinar de modo abstrato cada uma das *fattispecie* que institui, o direito material condiciona a constituição, modificação ou extinção de relações ou direitos a determinados requisitos gerais ou especiais – sendo irrelevante discutir sobre outros, que portanto seriam impertinentes. Por isso, se levado a um ponto extremo o conceito de pertinência, nenhuma cognição seria completa e todas, limitadas (plano horizontal)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 38.

¹²¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 83-84.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 37.

¹²³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 85.

procedimentos sumários, na medida em que é capaz de trazer ao processo todo o conflito de interesses qualificador da lide, por outro, as necessidades e contingências atuais da nossa realidade têm revelado suas enormes desvantagens, sobretudo no que tange à morosidade e a complexidade, o que o torna, em certa medida, inadequado às exigências de uma sociedade urbana e de massas.¹²⁴ A incapacidade do procedimento ordinário de responder às necessidades e interesses da sociedade atual tem levado não apenas os estudiosos do direito processual, como também os legisladores, a admitir a adoção de técnicas de sumarização do procedimento, o que na verdade não é um movimento novo.

A cognição sumária, em regra, dispensa o contraditório antecipado, de modo que a decisão pode ser proferida em momento inicial da lide, relegando o exercício da ampla defesa a momento posterior. A iniciativa para que a cognição plena se realize é normalmente ônus daquele que suportou os efeitos do provimento sumário. Num primeiro momento, a cognição realizada pelo juiz é sumária, porque parcial, na medida em que ele somente tem acesso à parte dos fatos, aqueles deduzidos pelo autor. Também pode ser sumária a cognição, ainda que o contraditório se realize antes da concessão do provimento. Nessa hipótese, a sumariedade se verifica não mais em razão do conhecimento de apenas parte dos fatos, mas pela maneira superficial que a atividade cognitiva se desenvolve.¹²⁵ A cognição sumária pode ocorrer devido a uma antecipação no *iter* procedural do processo de cognição plena e exauriente ou de processo autônomo de cognição sumária, não-cautelar, e também no processo de execução específica, constituindo-se em duas alternativas diferentes: uma é antecipação dos efeitos da tutela definitiva, outra é a própria tutela definitiva, podendo haver união das duas técnicas, como acontece com a medida provisional prevista no inciso VIII do art. 888 do Código de Processo Civil.¹²⁶

Cognição sumária, todavia, não implica em ausência de cognição, pois o conceito de sumário se refere a uma dimensão cognitiva escalonada, já que a

¹²⁴ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120.

¹²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

¹²⁶ ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *RePro* 65: 49-50.

profundidade admite graus. O escalonamento se dá no plano vertical, uma vez que a cognição sumária traduz um conhecimento de superfície. Cuida-se de um juízo de probabilidade, capaz de detectar o *vero*, ainda que por mera semelhança.¹²⁷ O vocábulo fica reservado à cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo.¹²⁸

O procedimento monitório, na qualidade de tutela jurisdicional diferenciada, pode ser considerado como um procedimento que adota a técnica de cognição sumária, cujo escopo precípuo é acelerar a formação do título executivo judicial, e com isso, dar início à execução forçada. A summariedade da cognição constitui o instrumento estrutural por meio do qual a lei busca esse desiderato, seja em virtude da natureza do direito material discutido em juízo, seja pela particular aptidão da prova que serve de fundamento para a concessão da tutela monitória.¹²⁹

A finalidade do procedimento monitório é simplificar o largo e dispendioso processo de cognição plena e exauriente, de modo a se obter a condenação mediante uma redução do *iter* procedural, que se baseia unicamente no conhecimento dos fatos constitutivos da pretensão proposta.¹³⁰ A cognição que contém é drasticamente reduzida, limitando-se o juiz a verificar se os fatos alegados pelo autor estão amparados em documento idôneo, se a matéria comporta essa espécie procedural, se a propositura da demanda está regular etc. A celeridade e as limitações impostas à cognição, tanto no plano vertical quanto no horizontal, são os fatores que lhe conferem a qualificação de tutela jurisdicional diferenciada.¹³¹

De qualquer forma, é importante observar que a limitação da cognição no âmbito do procedimento monitório cinge-se apenas à matéria fática agitada pelo requerente, permanecendo totalmente inalterada a regra *iura novit curia*, ou seja, o magistrado deve examinar, a exemplo do que ocorre no

¹²⁷ ROCHA, José Taumaturgo da. Ela, a ação monitória, vista por nós, os brasileiros. *Repro* 84: 20-21.

¹²⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 91.

¹²⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 42-43.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 743.

procedimento comum, os pressupostos de admissibilidade da atividade jurisdicional, bem como a idoneidade da prova escrita. Assim, a despeito de tratar-se de técnica sumária, o órgão jurisdicional, quanto às questões de direito, tem toda a liberdade de valoração e, por isso, a não apresentação de defesa pelo demandado não implica automático deferimento da ordem de pagamento.¹³² E isso se dá em razão de que, no sistema processual brasileiro, não obstante a ocorrência da revelia, o magistrado deverá encontrar elementos de convicção nas provas produzidas pelo autor, para que possa proferir uma decisão de procedência da ação. É o que sobressai da análise do art. 277, § 2º, do CPC, que estabelece que: “reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos”. Dessa forma, o fato de o réu não ter apresentado defesa para impugnar as alegações formuladas pelo autor na petição inicial, não implica, necessariamente, a procedência da ação, uma vez que o magistrado deverá, face ao princípio constitucional da motivação (CF, art. 93, IX), fundamentar sua decisão, o que forçosamente o levará a analisar não apenas a credibilidade dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados pelo autor, mas sobretudo o conjunto probatório carreado aos autos.¹³³

No procedimento monitório respeita-se tal princípio, pois ao expedir o mandado de pagamento o magistrado emite um juízo de probabilidade calcado na verossimilhança do direito afirmado pelo autor¹³⁴, bem como na idoneidade da prova escrita juntada aos autos. Caso verifique que a demanda formulada não se reveste da verossimilhança necessária, nem está instruída com documento merecedor de fé quanto ao seu conteúdo, o magistrado poderá indeferir o pedido de emissão do mandado monitório. O mesmo se diga quando o processo não se revestir dos requisitos de admissibilidade da atividade jurisdicional, quais sejam, as condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública que autorizam o conhecimento *ex officio* e geram a extinção do processo sem julgamento de mérito.

¹³² TUCCI, José Rogério Cruz e. Apontamentos sobre o procedimento monitório. *Repro* 70: 24-25.

¹³³ FARES, Ali Taleb. Procedimento monitório: natureza jurídica e via para cobrança de cheque prescrito. *RT* 825: 100-101.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 100.

Dessa forma, estando o processo em termos, o juiz está autorizado a emitir o mandado de pagamento ou de entrega de coisa, conforme se trate de pecúnia ou bem móvel. Caso não preencha os requisitos estabelecidos em lei, a petição inicial será indeferida (art. 295) e o processo extinto sem julgamento de mérito (art. 267, I), salvo na hipótese em que seja passível a emenda a inicial (art. 284).

4.2.2. A celeridade na formação do título executivo

O procedimento monitório, conforme anteriormente exposto, tem natureza jurídica de processo de conhecimento condenatório, uma vez que a demanda colima uma decisão que condene o réu ao pagamento de determinada quantia pecuniária, à entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. O art. 1.102a do Código de Processo Civil é expresso no que se refere à necessidade de instrução da petição inicial com prova escrita destituída de eficácia de título executivo, o que faz com que o procedimento sob análise não se confunda com o processo de execução autônomo de título executivo extrajudicial.

É cediço que o escopo último do procedimento monitório é o de acelerar ao máximo o reconhecimento do direito, visando à formação de um título executivo judicial.¹³⁵ O brocado *nulla executio sine titulo* prevê que nenhuma execução forçada é cabível sem o título executivo que lhe sirva de base. O art. 583 do Código de Processo Civil estabelece que “*toda a execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial*”.¹³⁶

O título executivo, nessa ordem de idéias, não só é a base da execução, como sua condição necessária e suficiente. Necessária porque não é admissível execução que não se baseie em título executivo e suficiente porque, uma vez que exista o título, pode-se desde logo iniciar a execução, sem que

¹³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Questões práticas de processo civil*. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 123.

¹³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – processo de execução e processo cautelar*. 38^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38-39.

haja a necessidade de promover uma ação de conhecimento condenatória, tendente a comprovar o direito do credor.¹³⁷ Se alguém é detentor de título executivo extrajudicial, não tem interesse na ação de conhecimento. A finalidade da ação condenatória é a formação de título executivo que torne o autor habilitado à execução nos mesmos autos¹³⁸ e, se ele já dispuser de título com força executiva, não tem interesse na obtenção de sentença condenatória.¹³⁹

O título executivo extrajudicial constitui prova pré-constituída da causa de pedir da ação executória autônoma. Esta consiste na alegação, realizada pelo credor na inicial, de que o devedor não cumpriu, espontaneamente, o direito reconhecido pela relação obrigacional.

Sem querer adentrar na discussão referente à natureza jurídica do título executivo, podemos afirmar que a doutrina, no que tange ao tema, delineou basicamente duas teorias que disputam a primazia, tanto na literatura processual quanto na própria legislação: uma delas entende ser o título executivo um documento, uma prova legal ou integral do crédito; outra prefere afirmar que ele é um ato.¹⁴⁰

Pensamos, com a melhor doutrina, que o título executivo pode ser analisado de acordo com duas dimensões distintas: uma relativa ao plano material e outra referente ao plano processual. No plano material, sobreleva a declaração (relativa) de certeza, tanto obtida através do órgão jurisdicional e de cognição prévia, quanto alcançada mediante o consenso das partes. No plano processual, porque imprescindível à vista da natureza dos atos do juiz, interessa o documento, dotado de certos requisitos formais. E é nesse documento que se baseia toda a execução, nos termos do art. 583 do CPC.¹⁴¹

Em profundo estudo sobre o tema, Sérgio Shimura asseverou que:

¹³⁷ *Ibid.*, p. 39.

¹³⁸ A teor do que dispõe o art. 475-I e ss do Código de Processo Civil, inseridos pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, a execução de título executivo judicial dar-se-á nos mesmos autos do processo de conhecimento, sem solução de continuidade.

¹³⁹ SHIMURA, Sérgio Seiji. Ação Monitória. *Ajuris* 66: 267.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 491.

¹⁴¹ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 125-126.

“no conceito de título executivo, refletem-se as duas idéias, podendo distinguir-se um título executivo processual, como documento, e um título executivo substancial, como negócio jurídico documentado. Na verdade, o título que se reclama como pressuposto da execução forçada é tanto título-documento como título-direito. Isso porque há de se considerarem os requisitos formais e os requisitos substanciais: quer dizer que o título há de satisfazer a uma certa forma e ter um certo conteúdo. Não é só prova, nem só documento, mas sim um ‘fato complexo’”.¹⁴² O mesmo autor, ao defender o aspecto documental do título executivo, colaciona exemplo bastante expressivo, que se refere ao contrato de locação de imóvel que, desprovido de forma escrita (art. 585, IV), não ostenta força executiva, sendo irrelevante a tipicidade do ato.¹⁴³

No que tange ao procedimento monitório, existem autores que consideram a “prova escrita” apta a aparelhar o procedimento em questão como “título monitório”, classificando-a como uma espécie paralela ao título executivo extrajudicial. De acordo com esse entendimento, o título monitório é o documento escrito sem eficácia de título executivo.¹⁴⁴ Alguns chegam a concebê-la como “título quase-executivo”, “pré-título” ou ainda como “subtítulo executivo”.¹⁴⁵ Francesco Carnelutti é o principal responsável pela elaboração dessa teoria, a qual vem sendo adotada por alguns teóricos brasileiros, e que considera o título monitório, ao lado do título executivo, como uma espécie integrante do mesmo *genus comune*. Essa compreensão parte da premissa de que o procedimento monitório se aproxima em muito do processo de execução. Nesse sentido, o procedimento monitório seria um *tertium genus*, ou seja, uma categoria intermediária entre a cognição e a execução forçada.¹⁴⁶

¹⁴² SHIMURA, Sérgio Seiji. *Título executivo*. 2^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137.

¹⁴³ ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 125-126.

¹⁴⁴ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69.

¹⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 62.

¹⁴⁶ De acordo com Carnelutti, “o processo de injunção difere do processo de execução em que não serve para a atuação imediata da relação jurídica correspondente à pretensão, senão para

Com a devida vênia, não nos parece adequado tal entendimento, por uma série de razões. A primeira delas se refere ao fato de que o procedimento monitório se apresenta como uma faculdade do autor, que poderá optar entre ajuizar a demanda utilizando essa via procedural ou o procedimento comum (ordinário ou sumário). Ademais, a lei não faz nenhuma menção à existência de títulos monitórios. Como é cediço, os títulos executivos têm sua existência condicionada a expressa previsão legal, que os enumera de forma exaustiva (*numerus clausus*), de modo que somente estando de posse de um deles é que o exequente poderá dar início à execução forçada.¹⁴⁷

Uma outra dificuldade que se apresenta quando da utilização da teoria do “título monitório” refere-se à equivocada compreensão de que, para a obtenção da tutela monitória, seria necessária a apresentação de um único documento, que contivesse em si todos os elementos necessários para a caracterização da relação jurídica de direito material que lhe serviria de base.¹⁴⁸ Ora, o conceito de prova escrita tem significação mais ampla do que de documento escrito. Em tese, o conceito de prova escrita refere-se ao meio empregado para a aferição da veracidade da afirmação acerca de um fato e, nesse sentido, a prova escrita refere-se ao documento escrito. Porém, ao ser utilizada a expressão “prova escrita”, e não “documento escrito” (ou mesmo título monitório), o legislador possibilitou ao magistrado exercer a cognição sumária e o respectivo juízo de verossimilhança por meio da análise de um conjunto probatório escrito, e não necessariamente de um único documento escrito. Nesse sentido, o juízo de verossimilhança pode ser extraído do exame

atuar mediamente através da formação daquele título executivo em que consiste a injunção; desse outro ponto de vista, portanto, demonstra-se a diferença específica entre ambas as espécies de título, no sentido de que o título injuntivo não serve direta, mas indiretamente, para a atuação da pretensão; precisamente o título injuntivo serve para obter o título executivo; assemelha-se, portanto, a um desses bônus que se empregam no comércio como meios preparatórios para a entrega de um bilhete de teatro ou de transporte; em relação ao processo de execução poderia se chamar um título executivo indireto, ou também um subtítulo executivo". CARNELLUTTI, Francesco. *Instituições de processo Civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Book, 2000, p. 326.

¹⁴⁷ FARES, Ali Taleb. Procedimento monitório: natureza jurídica e via para cobrança de cheque prescrito. *RT* 825: 108-109.

¹⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

conjugado da somatória de vários documentos que, isoladamente, talvez jamais possibilitessem conclusão favorável ao autor.¹⁴⁹

A natureza condenatória do procedimento monitório é reiterada pelo entendimento jurisprudencial consolidado no que tange ao contrato de abertura de crédito em conta corrente. Discutia-se até recentemente se o instrumento em questão poderia ser considerado título executivo extrajudicial. A questão, atualmente, resta completamente pacificada, a teor do que estabelece a Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça: “*O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo*”.¹⁵⁰

O contrato de abertura de crédito consiste em instrumento pelo qual uma das partes compromete-se a fornecer, até certo limite, crédito à outra, que, por sua vez, obriga-se a devolver aquilo que vier a tomar emprestado, acrescido de determinada remuneração. Tal documento não traz a indicação do valor que o cliente do banco tomou efetivamente emprestado. O instrumento sequer tem como indicar se o cliente efetivamente utilizou o crédito que lhe foi posto à disposição. O contrato é anterior à eventual ocorrência concreta do empréstimo, de modo que não se trata de documento que contenha a representação de obrigação líquida.¹⁵¹

Diversamente do que se verifica no contrato de mútuo, em que o aperfeiçoamento se dá não só pelo consenso das partes, mas pela entrega da coisa fungível ao mutuário, o contrato de abertura de crédito realiza-se pelo puro consenso. O credor nada entrega, de imediato, ao cliente. Coloca à sua disposição “soma de dinheiro por determinado tempo ou por tempo indeterminado”, com a obrigação de que o credor deverá restituir soma equivalente, caso venha a utilizar o crédito que lhe foi concedido.¹⁵²

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 2. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65-66.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 65.

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato de abertura de crédito e sua natureza de título executivo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 275.

Antes da pacificação do tema, havia quem entendesse que a apresentação conjunta do contrato de abertura de crédito com o extrato discriminado da conta corrente eram documentos suficientes para conferir eficácia executiva ao contrato de abertura assinado por duas testemunhas.¹⁵³ O STJ, em sentido contrário, consolidou o posicionamento de que o contrato de abertura de crédito, desde que acompanhado de demonstrativos detalhados, funciona como **prova escrita** para a obtenção de tutela monitória. É o que estabelece a Súmula 247 do STJ: “*O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo do débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória*”.¹⁵⁴

Como reflexo do entendimento jurisprudencial que nega eficácia de título executivo ao contrato de abertura de crédito, foi criada a “cédula de crédito bancário”, por meio da Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, que nada mais é do que um título de crédito (art. 26), revestido de eficácia de título executivo (art. 28), que é constituído previamente à efetiva utilização do crédito, e que representa, nos termos do diploma legislativo que o criou, “*dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º*” (art. 28). Trata-se de um título executivo extrajudicial cuja definição do valor pode dar-se posteriormente à adesão do devedor, que o assina antes da existência dos extratos ou planilhas de débito.¹⁵⁵

O tema é interessante por corroborar a natureza condenatória do procedimento monitório, que visa justamente à constituição célere do título executivo judicial e que pressupõe - para sua utilização - a instrução da demanda com prova escrita desprovida de tal eficácia, nos termos do art. 1102a, do Código de Processo Civil. Caso o autor da ação disponha de título executivo extrajudicial apto a ensejar a propositura de uma ação de execução autônoma, afastada estará a possibilidade de utilização do procedimento monitório, em face da ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, caracterizado pela ausência de necessidade e utilidade da

¹⁵³ *Ibid.*, p. 281-282.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 66-67

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 66.

tutela jurisdicional. Dentro da noção de utilidade, tem-se a idéia de adequação do procedimento a ser utilizado e, nesse sentido, se o autor dispõe de um título executivo, o processo de conhecimento é uma via inadequada, pelos seus próprios objetivos. Essa situação autoriza o magistrado a indeferir a petição inicial, segundo dispõe o art. 295, V, do Código de Processo Civil, o que ocasionará a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, do mesmo diploma legal.

4.2.3. A inversão e a eventualidade do contraditório

O princípio do contraditório, garantido constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico, compreende não apenas a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, como também a possibilidade destas reagirem aos atos que lhes forem desfavoráveis. Os contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, de modo a serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.¹⁵⁶

Trata-se de uma garantia fundamental da justiça e regra essencial do processo, segundo a qual todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz suas razões antes que ele profira uma decisão. Às partes devem ser dadas as possibilidades de desenvolverem suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias. Qualquer dispositivo legal que contraste com essa regra deve ser considerado inconstitucional e por isso inválido.¹⁵⁷

O princípio do contraditório também é conhecido como princípio da paridade de tratamento ou bilateralidade da audiência, e vem disciplinado em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

¹⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

¹⁵⁷ MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? *RePro* 17: 110.

acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Alçado à categoria de preceito constitucional, indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, enquanto distribuição de justiça organizada. O brocardo romano *audiatur et altera pars* surge imposto por um princípio inerente à própria justiça, na sua nota típica de alteridade ou bilateralidade. O princípio de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido (*memor inauditus damnari potest*) decorre do próprio princípio da isonomia e é o seu fundamento político.¹⁵⁸ Segundo um velho provérbio alemão, a alegação de um só homem não é alegação – o juiz deve ouvir ambas as partes.¹⁵⁹

O contraditório é considerado uma das garantias mais importantes do ordenamento processual e consiste na efetiva outorga de oportunidades de participação às partes na formação do convencimento do juiz. Possibilita-se, dessa forma, que a cada fato novo ocorrido no processo, possa a parte acerca dele se manifestar, de modo que das teses e antíteses desenvolvidas pelas partes, possa o magistrado desenvolver a síntese.

O princípio da audiência bilateral está intimamente ligado ao exercício do poder, e é constituído por dois elementos: informação e reação.¹⁶⁰ Possibilita aos litigantes a dedução de suas pretensões e defesas, mediante a utilização de todos os mecanismos processuais disponíveis no ordenamento jurídico. É considerado o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional, inseparável da função estatal de administração da justiça.¹⁶¹

Em regra, por meio do princípio do contraditório, toda decisão somente será proferida depois de ouvidas ambas as partes, senão ao menos após serem dadas todas as oportunidades para que estas se manifestem acerca das alegações formuladas pela parte contrária. Nesse sentido, tradicionalmente, no

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatcky Editor, 1975, p. 91.

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70.

¹⁶⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

¹⁶¹ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70-71.

procedimento ordinário, o juiz somente profere seu julgamento após ouvir as alegações de ambas as partes.

Porém, a prática demonstrou que muitas vezes o demandado nada tinha a opor à pretensão do autor, ou simplesmente se abstinha de ofertar defesa. Essas situações impuseram aos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, sobretudo aqueles de tradição romano-germânica, a necessidade de estabelecer casos em que é menos provável a oposição do réu, de modo a permitir-se, em relação a eles, a obtenção de provimentos *inaudita altera pars*, assegurando-se à parte contrária a possibilidade de impugnar posteriormente tal provimento e provocar, dessa forma, o contraditório em relação a ele.¹⁶²

Considerando o contraditório como decorrente da possibilidade da parte exercitar o seu direito de defesa *lato sensu*, participando na formação do resultado do processo, basta que estejam presentes dois requisitos, para que o princípio seja respeitado: a ciência da demanda proposta e a oportunidade para o exercício do direito de defesa, ainda que sob a iniciativa do próprio réu.¹⁶³ Não se considera violada a garantia da audiência bilateral quando o contraditório é postergado ou diferido para um momento posterior à formação do provimento judicial liminar, desde que os direitos do réu sejam salvaguardados por uma ampla possibilidade de participação que restitua ao procedimento a verdadeira dimensão do contraditório.¹⁶⁴

E é exatamente o que ocorre com o procedimento monitório, por meio do qual o magistrado expede, após realizar uma cognição sumária acerca dos elementos trazidos pelo autor, bem como uma análise superficial da prova escrita carreada aos autos, um mandado de injunção *inaudita altera pars*. A decisão sobre a expedição da ordem de pagamento ou entrega de coisa ocorre sem a participação do réu. O contraditório, dessa forma, surge somente por opção do demandado, no prazo para pagar ou entregar, sendo diferido para oportunidade subsequente à ordem. Essa primeira fase, marcada pela summariedade da cognição, é dirigida à emissão de um provimento jurisdicional

¹⁶² MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52-53.

¹⁶³ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 32-33.

¹⁶⁴ Esse é o posicionamento de Roger Perrot, citado por José Rogério Cruz e Tutti. TUCCI, José Rogério Cruz e. Apontamentos sobre o procedimento monitório. *Repro* 70: 26.

apto a converter-se em título executivo judicial. A decisão sobre a expedição da ordem de pagamento ou entrega de coisa ocorre sem a participação do réu. O contraditório surge somente à opção deste, no prazo para pagar ou entregar, sendo, dessa forma, deferido para oportunidade subsequente à ordem.¹⁶⁵

Muito se discute, na doutrina, se nesse caso estamos diante da inversão do contraditório ou da eventualidade do contraditório. Em princípio, os autores concordam que a estrutura procedural desenvolve-se inicialmente com um provimento exarado pelo juiz, *inaudita altera parte*, sem contraditório e com cognição sumária.

Calamandrei, em estudo clássico, afirmou que a especialidade desse procedimento reside na inversão do contraditório, uma vez que a iniciativa de provocá-lo é transferida do autor para o demandado, o que pode ser feito por meio da oposição de embargos. O procedimento monitório se contrapõe ao ordinário na medida em que este se inicia com a citação do demandado, de modo que o magistrado somente irá emitir seu pronunciamento após ouvir o adversário do autor ou declarar sua contumácia. Isso não ocorre nos procedimentos em que ocorre inversão do contraditório, nos quais a iniciativa de sua provocação fica a critério do demandado. De acordo com o mestre da Universidade de Florença:

*“podemos decir así que hemos llegado a aislar una categoría de procedimientos especiales de cognición, los cuales se distinguen de todos los otros procedimientos por estos dos caracteres fundamentales: 1º, por la finalidad, que es la de dar vida, con mayor celeridad de la que pueda conseguirse en el procedimiento ordinario, a un título ejecutivo; 2º, por el medio, que es el de invertir, haciéndola pasar del actor al demandado, la iniciativa del contradictorio (por lo que podemos, en general, denominarlos procedimientos con inversión de la iniciativa del contradictorio”.*¹⁶⁶

Francesco Cornelutti, opondo-se a Calamandrei, destacou que o traço característico do procedimento monitório não está na inversão do contraditório,

¹⁶⁵ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 33.

¹⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitório*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 25-26.

mas sim em sua eventualidade, haja vista que este somente será instituído se o réu oferecer oposição. Nesse sentido, só eventualmente o procedimento monitório se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional. Para Calamandrei, esse posicionamento apenas confirmou sua tese, uma vez que a eventualidade é decorrência da inversão do contraditório.¹⁶⁷

De qualquer forma, nos parece bastante pertinente o posicionamento de Eduardo Talamini que, ao desenvolver o tema, asseverou que nenhum dos enfoques acima mencionados daria qualquer conotação especial ao procedimento monitório, tendo em vista que, no âmbito dos interesses disponíveis, o contraditório é sempre eventual. Abre-se a possibilidade para manifestação da parte, que tem o ônus de oferecer impugnação, produzir provas, manifestar-se tempestivamente acerca dos atos e fatos ocorridos no processo. Nesse sentido, de acordo com o autor, no processo de conhecimento pelo rito comum (sumário ou ordinário) também há essa eventualidade. Daí, inclusive, a possibilidade de revelia. Aquilo que se convencionou chamar de inversão do contraditório é inerente à própria estrutura dialética de qualquer processo: uma parte manifesta-se e a outra tem o ônus de impugnar tal manifestação, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis de sua desídia.¹⁶⁸

O que realmente ocorre no procedimento monitório é o *diferimento* do contraditório. Ao réu somente se dá ciência da ação que em face dele foi ajuizada após o magistrado ter emitido uma ordem de pagamento ou de entrega de coisa em favor do autor.¹⁶⁹ Em outras palavras, o que ocorre é que a decisão sobre a expedição da ordem de pagamento ou entrega de coisa se dá sem a participação do réu no processo. O contraditório surge à opção deste, no prazo para pagar ou entregar, sendo deferido para oportunidade subsequente à ordem.¹⁷⁰

¹⁶⁷ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 103-104.

¹⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 118.

¹⁷⁰ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 33.

Ainda que o contraditório seja postergado, não há que se falar em constitucionalidade, ou afronta às garantias do processo, uma vez que não haverá nenhuma constrição à esfera patrimonial do réu antes de esgotada a possibilidade de oposição de embargos.¹⁷¹ Há que se ter presente que a garantia do contraditório também incide nos procedimentos que comportam decisões proferidas *inaudita altera parte*, não se delineando violada a garantia da audiência bilateral, quando o contraditório é *posticipato* ou *differito* para um momento sucessivo à formação do provimento judicial liminar. Trata-se, tão somente, de uma estrutura processual adequada à concepção moderna que comprehende o direito à prestação jurisdicional célere e eficaz como decorrência do mandamento constitucional que assegura o devido processo legal.¹⁷²

4.3. O procedimento monitório como opção do autor

Como se analisou anteriormente, o autor que dispuser de título executivo, seja judicial, seja extrajudicial, não tem interesse jurídico para intentar ação utilizando o procedimento monitório, uma vez que já possui o resultado que esse procedimento visa oferecer.

O mesmo não há que se falar quando o autor dispuser de prova escrita destituída de eficácia de título executivo e pretender utilizar o procedimento comum para requerer a tutela jurisdicional. Isso porque, na esfera do processo de conhecimento, o autor é livre para optar pelo procedimento especial monitório ou pelo procedimento comum. Pode-se afirmar que há plena fungibilidade entre as vias procedimentais disponíveis na seara do processo de conhecimento, ficando o autor livre para optar por aquela que, segundo o seu entendimento, melhor lhe aproprou. Isso significa que a existência dessa modalidade procedural no CPC não implica a indeclinabilidade de sua utilização. Continua à disposição do credor de obrigação por soma determinada

¹⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117-118.

¹⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. Apontamentos sobre o procedimento monitório. *Repro* 70: 26.

de dinheiro, de entrega de coisas fungíveis ou móveis infungíveis individualizados, o rito comum, ordinário ou sumário, conforme o caso.¹⁷³

O processo é instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para obtenção de um bem da vida. Nesse sentido, é imperioso que haja, quando evidentemente for possível, uma flexibilização desse instrumento, permitindo ao cidadão a escolha, dentre os mecanismos oferecidos pelo Código de Processo Civil, aquele que melhor atenda ao seu alegado direito, haja vista que nem sempre o titular de uma pretensão deseja fazer uso da tutela jurisdicional diferenciada que o sistema processual coloca ao seu dispor, tendo em vista a sua individual situação fática em torno do direito material.¹⁷⁴

A disponibilidade do rito se dá em virtude do mesmo objetivo que é perseguido tanto no procedimento comum, quanto no procedimento monitório especial. Em outras palavras, o procedimento monitório e a ação de cobrança pelo procedimento ordinário têm em comum a mesma finalidade: ambas se destinam a formar o título executivo. Em tendo o mesmo desiderato, nada impede que o autor se socorra de um ou de outro remédio jurídico postos à sua disposição.¹⁷⁵

A diferença entre a disponibilidade existente entre o procedimento comum e o procedimento monitório especial, e a indisponibilidade existente entre este e o processo de execução resta clara. Não há que se falar em disponibilidade de rito na segunda hipótese pela evidente falta de interesse de agir do autor, uma vez que, se já possui título executivo, seja judicial ou extrajudicial, não poderá movimentar a máquina judiciária de maneira inútil.

No que tange ao processo de conhecimento, o princípio da disponibilidade de rito também se aplica por uma forte razão: aquela atinente à renúncia, por parte do autor, do resarcimento das despesas efetivadas para a cobrança de seu crédito, caso opte pela adoção do procedimento monitório.¹⁷⁶

¹⁷³ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 45.

¹⁷⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da ação monitória: opção do autor. *Repro* 83: 16.

¹⁷⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 171-172.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 16.

Com efeito, estabelece o art. 1.102c, § 1º, do Código de Processo Civil que, cumprindo o réu o mandado inicial de pagamento, ficará isento de custas e honorários advocatícios. Cuida-se de incentivo para que o réu cumpra a obrigação da forma mais célere possível, de modo a se evitar a morosidade do procedimento ordinário. Isso implica em verdadeiro ato de renúncia, que pressupõe uma atitude inconteste por parte do titular do direito, o que restará expresso caso venha a ajuizar a ação pelo procedimento em questão.¹⁷⁷

Nesse sentido, observada a aplicação do princípio da disponibilidade do rito, ao magistrado é vedado determinar, de ofício, que o pedido deverá tramitar sob o procedimento monitório, uma vez que, caso o faça, estará impondo ao autor uma perda parcial de seu crédito, e ao Judiciário não é permitido transacionar com o direito da parte. Ademais, há que se respeitar o autor que abdicou expressamente do benefício legal do rito mais célere, ao ajuizar a demanda sob outro rito.¹⁷⁸

Assim, ao titular de uma pretensão que se enquadre nas hipóteses previstas para a utilização do procedimento monitório, deve ser observado o princípio da disponibilidade de rito, no que tange especificamente à seara do processo de conhecimento, assegurando-se a este a possibilidade de optar tanto pelo procedimento especial quanto pelo procedimento comum. Ao réu, a seu turno, não cabe discutir essa opção, na medida em que o seu direito de defesa em nada é afetado pela escolha do autor. Aliás, a opção pelo procedimento ordinário preserva o réu de eventual ordem de pagamento a ser emanada pelo magistrado, caso o procedimento monitório tivesse sido manejado e deferido.

Portanto, a instituição do procedimento monitório deve ser compreendida como um *plus*, um reforço em relação ao procedimento ordinário, a que deverá optar o jurisdicionado se lhe parecer conveniente¹⁷⁹, ficando ao seu alvitre a adoção de um ou outro mecanismo procedural.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82.

4.4. Hipóteses de cabimento

O Capítulo XV, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil, ao disciplinar o procedimento monitório entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, estabelece no art. 1.102a¹⁸⁰ que:

“A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

O preceito em questão delimita o procedimento monitório às obrigações de dar. Compreende tanto o pagamento de soma em dinheiro, como a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. O direito pátrio aproximou-se da disciplina estabelecida pelo direito italiano, que alude a soma líquida em dinheiro ou de uma determinada quantidade de coisas fungíveis, ou à entrega de uma coisa móvel determinada (art. 633).¹⁸¹

As lides sujeitas a procedimentos especiais não comportam a utilização dessa modalidade procedural. O mesmo se diga em relação às causas que tenham por objeto bens ou direitos não-patrimoniais ou referentes a obrigações de fazer, não-fazer ou de entregar bens imóveis, que possuem disciplina especial.¹⁸²

A teor do que dispõe o art. 461-A, inserido no Código de Processo Civil através da Lei 10.444/2002, as obrigações que tenham por objeto a entrega de coisa também estão protegidas pela chamada “tutela específica”, o que não impede a utilização, por parte do autor, do procedimento monitório, face à fungibilidade existente entre essa modalidade procedural e o procedimento comum, o que já foi objeto de análise em capítulo próprio.

¹⁸⁰ A Lei 9.079, de 14.07.1995, com o objetivo de preservar a numeração dos artigos, valeu-se do último artigo do Juízo Arbitral, ao qual acrescentou as alíneas a, b e c. A técnica de inserção aplicada pelo legislador é considerada como o meio mais moderno de inclusão de normas, pois preserva a tradicional ordem dos artigos, como bem destacou Rogério Cruz e Tucci. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

¹⁸¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 49-50.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 746.

Da mesma forma, o procedimento monitório não se presta a tutelar as ações meramente declaratórias ou constitutivas. Esse entendimento resulta da análise do disposto no art. 1.102a do CPC, que se refere apenas à pretensão ao adimplemento de obrigações de dar. Ademais, se a finalidade do procedimento monitório é a de acelerar a formação do título executivo judicial, resta manifesta sua inadequação para veicular pedidos que não tenham esse escopo.¹⁸³

É importante observar que a noção de bem é mais ampla do que a de coisa, uma vez que entende-se por bem tudo quanto possa ser objeto de um direito, mesmo que destituído de conteúdo econômico.¹⁸⁴ Coisa, por sua vez, é o bem que possui valor pecuniário, o que compreende tanto a coisa móvel, seja ela um bem corpóreo, seja um bem incorpóreo, como a coisa imóvel.

O art. 1.102a dispõe acerca de coisa fungível, que é o móvel passível de ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85 do Código Civil), e bem móvel, suscetível de movimento próprio, ou de remoção por força alheia (art. 82 do Código Civil).¹⁸⁵

Coisa certa (*certum corpus*) é o bem da vida determinado pelo gênero, quantidade e qualidade, enquanto coisa incerta é indicada pelo gênero e pela quantidade, sendo transitório esse estado de indeterminação, sob pena de faltar objeto a obrigação.¹⁸⁶

Muito embora o art. 1.102a do CPC não faça menção à coisa incerta, dispondo tão somente acerca da entrega de coisa fungível ou de bem móvel determinado, pensamos que essa modalidade de obrigação não está excluída do rol daquelas tuteladas pelo procedimento monitório. Basta que a coisa incerta esteja identificada pelo gênero e qualidade (art. 243 do Código Civil) e

¹⁸³ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 46.

¹⁸⁴ Bem é tudo que corresponde a nossos desejos, em uma visão não jurídica. No campo jurídico, bem deve ser considerado aquilo que tem valor, abstraindo-se daí a noção pecuniária do termo. Para o direito, bem é uma utilidade, quer econômica, quer não econômica. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 314.

¹⁸⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 49-50.

¹⁸⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60-61.

que se observe as regras de direito material relativas à escolha (art.244 do Código Civil).

Caso a concentração caiba ao credor, este já fará a indicação na própria petição inicial. Se, ao contrário, a escolha couber ao devedor, o autor formulará pedido de entrega de coisa incerta, e indicará (comprovando documentalmente) o gênero e a quantidade, ficando a escolha deferida para momento posterior. Caso cumpra voluntariamente o mandado, o réu procederá à escolha. Caso não cumpra a ordem, poderá ainda fazê-lo quando da intimação a que aduz o art. 1.102c, § 3º.¹⁸⁷

Quando se tratar de pretensão à entrega de coisa móvel determinada, o autor, ao ajuizar a demanda, poderá cumular ao pedido de entrega de coisa, o de pagamento de quantia certa relativa ao valor do bem, a ser satisfeita na eventual impossibilidade de cumprimento da prestação *in natura*, cabendo ao magistrado tão somente apreciar a pertinência dessa pretensão à luz dos elementos trazidos à sua apreciação, de modo a estabelecer, com base nesses elementos, o valor do bem.¹⁸⁸ Dessa forma, na eventualidade do réu deixar de cumprir voluntariamente o mandado, ou caso sejam rejeitados os seus embargos, o credor, na fase executiva, poderá reclamar a satisfação da obrigação pecuniária, no valor originariamente estabelecido no mandado ou definido na sentença, caso não seja possível a entrega ou a apreensão do próprio bem, nos termos do art. 627, § 1º do CPC.¹⁸⁹

Ainda no que se refere à obrigação de entregar coisa móvel, é importante assinalar que o procedimento monitório tutela a relação obrigacional, e não o direito real, uma vez que a propriedade não poderá ser protegida por meio de mandado de injunção.¹⁹⁰ Essa é a razão pela qual os bens imóveis não se encontram no rol dos direitos tutelados pelo instrumento sob análise, uma vez que reclamam procedimentos próprios, que já se encontram disciplinados no Código de Processo Civil e que afastam, pela

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹⁸⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60-62.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 62.

¹⁹⁰ Esse é o posicionamento de Salvatore Satta e Giuseppe Chiovenda, citados por Elaine Macedo. MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 130.

inadequação procedural, a utilização da via monitória para protegê-los, seja quando se tratar de demanda petitória, seja quando se tratar de demanda possessória.

Assim, qualquer pretensão que envolva bem móvel ou imóvel certo e determinado, decorrente de pretensão real, será processada por meio de mecanismos próprios de tutela jurisdicional.¹⁹¹

No que se refere às prestações pecuniárias, o direito alegado pelo autor deverá ser atual, líquido e exigível, uma vez que a conversão de pleno direito do mandado monitório em título executivo judicial não comporta a existência de liquidação autônoma ou intercalar.¹⁹² Em outras palavras, quando a prestação consistir em quantia monetária, o valor deverá ser líquido, uma vez que os valores que exijam liquidação, seja por arbitramento, seja por artigos, não podem ser tutelados por esse expediente processual. O art. 1.102c estabelece que, após o mandado inicial adquirir força executiva (seja em virtude do silêncio do demandado ou em razão da improcedência dos embargos), o processo tramitará na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV do Código de Processo Civil. Ou seja, após a formação do título executivo judicial, dar-se-á início aos atos de constrição propriamente ditos que, no caso de valores pecuniários, importam na penhora de bens.¹⁹³

Isso evidentemente não implica que se deverá considerar ilíquido o crédito quando o seu objeto resultar de meros cálculos aritméticos lastreados em dados constantes da prova documental que o embasa. Essa regra, válida para os títulos executivos extrajudiciais, é perfeitamente aplicável ao procedimento monitório, desde que o *quantum* seja apurado por meio de cálculos precisos e detalhados, constantes na própria petição inicial.¹⁹⁴ Dessa forma, a liquidez poderá ser demonstrada por meio de memória discriminada, de acordo com o que dispõe o art. 604 do Código de Processo Civil,

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 131.

¹⁹² ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 46.

¹⁹³ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 129.

¹⁹⁴ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 46.

facultando-se ao réu a oposição dos embargos para impugnar tanto os valores indicados, quanto os critérios utilizados para a sua apuração.¹⁹⁵

4.5. O procedimento monitório e os pressupostos processuais

Os pressupostos processuais, ao lado das condições da ação, integram a categoria genérica dos pressupostos de admissibilidade da atividade jurisdicional. A doutrina os classifica em pressupostos processuais de existência e validade (positivos), que deverão estar presentes na relação jurídica processual, ao lado dos pressupostos processuais negativos, cuja presença obsta o regular desenvolvimento do processo.¹⁹⁶

Em outras palavras, são elementos cuja presença é imprescindível para a existência e para a validade da relação jurídica processual e, por outro lado, cuja inexistência é imperativa para que a relação processual possa se desenvolver validamente, no que tange aos pressupostos processuais negativos.¹⁹⁷

A existência e a validade da relação jurídica processual são requisitos para que se possa pensar na possibilidade de uma sentença de mérito,¹⁹⁸ e a análise desses elementos, por parte do magistrado, antecede logicamente a de todos os demais requisitos de admissibilidade da atividade jurisdicional.

De um modo geral, a ausência dos pressupostos processuais positivos e a presença dos pressupostos processuais negativos implica na extinção do processo sem julgamento de mérito, de acordo com o art. 267, IV e V, do CPC, salvo nas hipóteses em que o vício processual seja passível de convalidação, como, por exemplo, na eventualidade de ser constatada a incompetência

¹⁹⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 62-63.

¹⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 210.

¹⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5^o ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 39.

absoluta do juízo, cuja declaração tem como consequência a anulação dos atos decisórios e o envio do processo ao juiz competente, conforme dispõe o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil.¹⁹⁹

Os requisitos para a existência da relação jurídica processual são quatro: a) petição inicial; b) jurisdição; c) citação, d) capacidade postulatória.²⁰⁰²⁰¹

O primeiro requisito se refere à existência de uma demanda, traduzida em uma petição inicial, para que possa haver um processo e, por conseguinte, uma relação jurídica processual.²⁰² A petição inicial é instrumento da demanda, por meio da qual o autor exerce o direito de ação e invoca a prestação da tutela jurisdicional. De acordo com o art. 262 do CPC, *o processo civil começa por iniciativa da parte.*²⁰³

A jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.²⁰⁴ A parte deve formular o pedido a um órgão investido de jurisdição, ou seja, a um órgão jurisdicional (juízo de direito ou tribunal) que, mesmo se incompetente, faz com que exista um processo.²⁰⁵

¹⁹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 699.

²⁰⁰ O direito positivo brasileiro atribui à ausência de capacidade postulatória uma implicação mais profunda do que a mera extinção do processo sem julgamento de mérito ou à sua nulidade, pois, uma vez ausente essa modalidade de capacidade, todos os atos praticados no processo serão considerados inexistentes, nos termos do art. 37, parágrafo único, do CPC. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 547-548.

²⁰¹ A capacidade postulatória não é considerada de forma unânime pela doutrina como pressuposto processual de existência. Isso porque a apresentação do mandato é pressuposto de existência dos atos processuais individualmente considerados. Quando o ato praticado for a própria petição inicial, esta será havida por inexistente (salvo se houver a ratificação prevista no art. 37, parágrafo único, do CPC), o que acarretará a própria inexistência do processo. Por outro lado, se o ato processual para o qual faltar procuração não for a petição inicial, nem por isso o processo será considerado inexistente. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 212.

²⁰² *Ibid.*, p. 548.

²⁰³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 211.

²⁰⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

²⁰⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 549.

A citação é o ato processual de científicação, de comunicação do réu, para que ele possa exercer o direito de defesa que lhe é constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, LV). Muito embora a relação jurídica processual comece a formar-se com a propositura da demanda, mediante a distribuição ou despacho da petição inicial, formando uma configuração linear que já produz alguns efeitos, o fato é que somente após a citação do réu a relação jurídica processual assume a configuração triangular.²⁰⁶

A capacidade postulatória consiste na aptidão conferida ao advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, de praticar atos processuais técnicos dentro do processo. O requisito da capacidade postulatória nada mais é do que a exigência de a parte postular em juízo através de advogado, mediante a outorga de procuração a este.²⁰⁷ Excepcionalmente, a lei atribui capacidade postulatória à própria parte, independentemente de ela ser advogado, como nos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 9º), nas causas cujo valor não exceda vinte salários mínimos.²⁰⁸

Os pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual são: a) petição inicial apta; b) citação válida; c) capacidade processual (*legitimatio ad processum*); d) competência do juízo (inexistência de incompetência absoluta: material ou funcional); e) imparcialidade do juiz (inexistência de impedimento do juiz, conforme dispõe os arts. 134 e 136 do CPC).²⁰⁹

A petição inicial há que ser regular, apta a produzir determinados efeitos. A petição inicial a que faltar pedido ou causa de pedir, na qual os fatos narrados não conduzam à conclusão pretendida, que não retratar pretensão amparada pelo direito positivo, ou contiver pedidos incompatíveis entre si, será

²⁰⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

²⁰⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 551.

²⁰⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 212.

²⁰⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 699.

considerada uma petição inepta, ou seja, destituída de viabilidade jurídica, nos termos do art. 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil.²¹⁰

A citação válida é ato indispensável para a validade da relação jurídica processual. Sua importância é tanta que, não havendo citação ou sendo nula, nenhum efeito produzirá a sentença eventualmente proferida. O réu, nessa hipótese, poderá arguir a falta ou nulidade de citação a qualquer tempo, até mesmo em embargos à execução (art. 741, I, do CPC), independentemente de ação rescisória. A citação válida é aquela que, sendo real ou ficta, obedece a todos os requisitos legais estabelecidos para a sua realização.

A capacidade de estar em juízo, também conhecida como *legitimatio ad processum*, é aquela conferida a toda pessoa que se encontra no exercício de seus direitos, de acordo com o que dispõe o art. 7º, do Código de Processo Civil. Assim, aquele que, pelo direito civil, tem capacidade de gozo e de exercício de direitos, tem capacidade para estar em juízo.²¹¹ Por outro lado, o menor, absolutamente incapaz, não tem capacidade para estar em juízo, devendo ter sua capacidade integrada pelo seu representante legal.

A competência do juízo significa a aptidão, decorrente da lei processual e das regras de organização judiciária²¹², para que determinado órgão do Poder Judiciário exerça a jurisdição em determinado caso concreto.²¹³ A competência que se exige, enquanto pressuposto processual de validade, é a competência absoluta (material e funcional), qual seja, aquela que é determinada segundo o interesse público. Isso porque o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, seja quando a iniciativa de der em razão da vontade das partes ou por ato do juiz.²¹⁴

²¹⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 554.

²¹¹ *Ibid.*, p. 557.

²¹² Através das regras legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la ali, em concreto. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 230.

²¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 214.

²¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 241.

O magistrado, por sua vez, há que ser imparcial, ou seja, não poderá pender para nenhuma das partes, tampouco poderá ter interesse no resultado da lide. Como sujeito imparcial do processo, investido de autoridade para dirimir a lide, o juiz se coloca *super et inter partes*. Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionalmente assegurados destinados a resguardá-la, é a imparcialidade. A qualidade de terceiro estranho ao conflito de interesses é essencial à condição de juiz.²¹⁵ Em outras palavras, a pessoa que se encontra exercendo a jurisdição deve estar habilitada a receber e apreciar com isenção de espírito os argumentos e as provas trazidos por cada uma das partes, para que com a mesma isenção possa decidir.²¹⁶ Há inclusive hipóteses, estabelecidas em lei, em que a presunção da parcialidade do juiz resta caracterizada, o que leva ao impedimento deste, de acordo com o que estabelece o art. 134, do Código de Processo Civil.

Os pressupostos processuais negativos, cuja presença obsta o desenvolvimento válido e regular do processo, são: litispendência, perempção e coisa julgada (art. 267, V, do CPC). São circunstâncias que, uma vez verificadas no processo, ocasionam a sua extinção sem julgamento de mérito, conforme dispõe o art. 267, V, do Código de Processo Civil.²¹⁷

A litispendência se dá quando se repete ação idêntica a outra que está em curso, isto é, quando a ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato).²¹⁸ O fundamento desse pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e tem por objetivo evitar julgamentos conflitantes.²¹⁹

A coisa julgada se dá quando se repete ação que já esteja acobertada pela autoridade da coisa julgada material. Consiste na circunstância de já ter havido pronunciamento judicial de mérito e trânsito em julgado sobre uma ação

²¹⁵ *Ibid.*, p. 294.

²¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 214.

²¹⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 699.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 699.

²¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 216.

idêntica, que contenha os mesmos elementos identificadores.²²⁰ Trata-se de um fenômeno de natureza processual pelo qual se torna firme e imutável a parte decisória da sentença, que deve guardar simetria com o pedido formulado na petição inicial. Sua previsão no ordenamento jurídico visa proporcionar segurança jurídica às relações sociais.²²¹

A perempção ocorre quando o processo é extinto por três vezes consecutivas, tendo em vista o abandono do processo por mais de trinta dias por parte do autor, nos termos do art. 267, III, do Código de Processo Civil. De acordo com o parágrafo único do art. 268, se o autor der causa a esse tipo de extinção, não poderá ajuizar nova ação com o mesmo objeto, restando-lhe apenas a possibilidade de fazer alegações a título de defesa, numa eventual ação proposta pelo réu.²²²

O procedimento monitório, cuja natureza jurídica é a de processo de conhecimento condenatório, deverá observar todos os pressupostos de admissibilidade da atividade jurisdicional, quais sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267 do Código de Processo Civil, caso o vício de que padeça não seja passível de convalidação.

4.6. O procedimento monitório e as condições da ação

O art. 5º, n. XXXV, da Constituição Federal, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O preceito em questão dispõe acerca do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* e, tal como concebido em nosso ordenamento jurídico, faz parte do

²²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

²²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 216.

²²² Parcela considerável da doutrina não relaciona a perempção dentre os pressupostos processuais negativos, por considerá-la fenômeno que atinge apenas o autor. Essa característica, segundo a doutrina majoritária, afasta a perempção dos pressupostos processuais, uma vez que estes se caracterizam por atingir igualmente autor e réu, e dizem respeito à própria formação da relação jurídica processual e seus elementos. *Ibid.*, p. 215.

sistema constitucional de garantias, o que faz com que alguns autores o denominem como um direito constitucional de ação.²²³

De acordo com o princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de acesso ao Judiciário para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito, e o preceito contempla não apenas os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.²²⁴ A tutela jurisdicional prestada pelo Estado, por meio da função jurisdicional, há que ser adequada, no sentido de que deverão ser disponibilizados instrumentos hábeis a tutelar as diferentes situações de direito material passíveis de serem apresentadas. O fator tempo também é um importante qualificador da adequação, no sentido de que quando o direito alegado pelo autor apresentar evidências quanto à necessidade das chamadas tutelas de urgência, a providência jurisdicional a ser concedida deverá ser apta à efetiva proteção do bem da vida, de modo que ao postulante não sejam impingidos os prejuízos decorrentes da morosidade do sistema jurisdicional.

O direito de ação é um direito de natureza pública, e tem por conteúdo o exercício da jurisdição. É um direito público subjetivo exercitável inclusive contra o próprio Estado, que não poderá recusar-se a prestar a tutela jurisdicional.²²⁵

A ação é uma faculdade inherente à própria personalidade e não se prende, em princípio, a condição alguma. Esse é o sentido da garantia contida no preceito do art. 5º, n. XXXV, da Constituição Federal.²²⁶

Ocorre que a movimentação da máquina judiciária importa no dispêndio de energia e despesas ao Estado, de modo que não se afigura razoável dotar as pessoas, inutilmente, do poder de provocar o exercício da função jurisdicional, sem o preenchimento de mínimas condições para que esta atividade instrumental se desenvolva, de modo que o legislador

²²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 138.

²²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

²²⁵ *Ibid.*, p. 103.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8^a ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 380.

infraconstitucional impôs como requisito para a existência da ação o preenchimento das chamadas condições da ação.²²⁷

A garantia constitucional da ação tem como objeto o provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste, favorável ou desfavorável. Trata-se de um direito abstrato no sentido de que independe da existência efetiva do direito material invocado. É um direito autônomo e instrumental, cuja finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material.²²⁸

Assim, o direito de ação é um direito cívico e abstrato, um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.

Assim, a partir do momento em que o autor promove uma ação, esta se submete às regras processuais previstas no Código de Processo Civil e que, uma vez presentes, possibilitam sua admissibilidade perante o Poder Judiciário. Isso possibilita a que, no processo de conhecimento, que é o que efetivamente nos interessa no presente trabalho, seja proferida sentença de mérito, pela procedência, procedência em parte ou improcedência do pedido do autor.²²⁹

Caso esteja ausente qualquer uma das condições da ação, obstada estará a possibilidade de concessão da prestação jurisdicional, pela chamada carência da ação, o que implicará na extinção do processo sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil.²³⁰

O procedimento monitório, cuja natureza jurídica é de processo de conhecimento condenatório, não foge às regras gerais estabelecidas pelo Código de Processo Civil, e o seu ajuizamento deverá observar as condições

²²⁷ Nesse sentido, é possível afirmar, seguindo entendimento de Dinamarco que: a) todos têm a faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; b) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado (no processo de conhecimento fará jus à sentença favorável). *Ibid.*, p. 380-384.

²²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255-256.

²²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 138.

²³⁰ *Ibid.*, p. 139.

para que se possa legitimamente exigir o provimento jurisdicional, quais sejam: a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

4.6.1. A legitimidade *ad causam*

A legitimidade *ad causam* refere-se à pertinência que deverá existir entre as partes e o direito material discutido em juízo. O art. 6º do Código de Processo Civil, ao tratar da legitimação ordinária, estabelece que “ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. E as hipóteses autorizadas por lei se referem à chamada legitimação extraordinária, também conhecida como substituição processual. Assim, em princípio, salvo nas hipóteses estabelecidas em lei, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela se pede (legitimidade ativa), podendo apenas ser demandado aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva).²³¹

Sob o aspecto da legitimidade, o procedimento monitório não se distingue de qualquer outra ação que verse acerca de direitos de natureza patrimonial, podendo figurar como partes aquele que se intitule credor e aquele em relação ao qual se atribua a condição de devedor.²³² Em outras palavras, pode-se afirmar que não existem regras ou peculiaridades específicas, quanto à legitimidade *ad causam*, ativa ou passiva, em relação ao procedimento monitório. Desde que se trate dos direitos estabelecidos no art. 1.102a, bem como dispondo o autor de prova escrita idônea apta a aparelhar a inicial, os requisitos para a propositura da ação estarão preenchidos. As partes serão consideradas legitimadas ou não, de acordo com as regras e critérios gerais.²³³ Em tese, a legitimidade deve emergir da própria prova documental produzida

²³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 260.

²³² MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 62-56.

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 233.

com a inicial, que poderá abranger eventual câmbio de titularidade, na eventualidade de ocorrência de sucessão a título singular ou universal.²³⁴

Dessa forma, a demanda poderá ser ajuizada pelo titular do crédito, assim reconhecido pela documentação que deverá instruir a petição inicial, sendo legitimado passivo o devedor. Em se tratando de obrigação solidária, é possível que o autor proponha a demanda em face de um ou de todos os coobrigados. Havendo pluralidade de demandados, e não cumprido o mandado judicial no prazo legal, mas ofertados os embargos por um ou alguns dos demandados, a respectiva decisão passará a valer como título executivo judicial em face daqueles que se mantiveram inertes.²³⁵

4.6.2. O interesse de agir

O interesse de agir é caracterizado pelo binômio *necessidade/adequação*,²³⁶ e estará presente sempre que o autor, alegando o inadimplemento do réu, pretender valer-se da via monitória para a obtenção da tutela jurisdicional específica prometida pelo ordenamento jurídico.²³⁷

O interesse processual estará presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, consequentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua

²³⁴ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 58.

²³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 72.

²³⁶ De acordo com diversos autores, a noção de interesse repousa sobre o binômio *utilidade+necessidade*. Isto porque em vista da teoria do direito abstrato da ação, não se pode identificar a idéia de interesse à de lesão. Então, ter-se-ia de entender a noção de interesse numa formulação hipotética com o seguinte sentido: se houve lesão, a única forma, útil e necessária, de repará-la é o lançar mão da atuação do Poder Judiciário. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

²³⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 62-58.

pretensão e, ainda, sempre que aquilo que se pede no processo seja útil sob o aspecto prático.²³⁸

Dessa forma, o interesse processual nasce da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual. A utilidade se afera diante do tipo de providência processual requerida.²³⁹

No que tange ao procedimento monitório, para preencher o requisito *interesse de agir*, o autor deverá especificar, na petição inicial, o fato constitutivo de seu crédito e o fato violador do respectivo direito, originando-se daí a demonstração do requisito legal.²⁴⁰ O preenchimento dessa condição da ação resulta da idoneidade da prova documental produzida pelo autor, além, evidentemente, da natureza do crédito exigido para a utilização da via monitória.²⁴¹

Portanto, o cabimento do procedimento monitório equivale à sua adequação a certas situações da vida, expressamente previstas. Na eventualidade dessas situações não estarem presentes, o autor será considerado carecedor da ação, o que, em princípio, deverá ser verificado pelo magistrado ao despachar a petição inicial. Nesse caso, poderá ser determinado desde logo que o autor providencie a conversão do procedimento, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 295, V, c/c com o art. 267, I, do Código de Processo Civil.²⁴²

²³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 140.

²³⁹ *Ibid.*, p. 140.

²⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 79.

²⁴¹ Donaldo Armelin ressalta que a idoneidade da prova documental serve não apenas à admissibilidade da ação, como ao seu próprio mérito. Segundo ao autor “para se expedir o mandado de pagamento ou de entrega o juiz examina a existência da prova documental e a idoneidade desta para justificar a presença de pretensão jurídica potencialmente acolhível. Destarte, o juiz ao deferir tal expedição, acolhe tanto a presença do interesse de agir enfocado pelo prisma da adequação, como a procedência, ainda que condicionada à omissão do réu, do pedido veiculado na inicial”. ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 57.

²⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232-233.

4.6.3. A ausência de utilidade do procedimento monitório em face de incapazes

Muito embora o art. 1.102a não faça nenhuma restrição quanto à adequação do procedimento monitório na hipótese em que o litígio envolver direitos de incapazes, não nos parece apropriada a utilização dessa modalidade procedural, tendo em vista os seus próprios desideratos, quais sejam, acelerar a formação do título executivo judicial, bem como possibilitar a sua imediata execução.

No procedimento ordinário, na eventualidade de ocorrer a revelia do réu incapaz, o principal efeito desta, que é a presunção da veracidade dos fatos narrados pelo autor na petição inicial, fica afastado, em virtude de expressa disposição contida no art. 320, II, do Código de Processo Civil. Assim, caso ocorra a contumácia do réu incapaz, ser-lhe-á nomeado curador especial, nos termos do art. 9º, I, do CPC, para que apresente contestação por negativa geral (art. 302, parágrafo único, do CPC) e provoque, dessa forma, a instauração do contraditório. Ademais, é essencial a intervenção do *Parquet*, quando a matéria discutida em juízo versar acerca de interesses de incapazes, conforme dispõem os arts. 82, I e 84, ambos do Código de Processo Civil.

A ausência de utilidade do procedimento monitório nessa hipótese refere-se justamente à finalidade dessa via procedural, que é justamente acelerar a formação de um título executivo judicial, pela contumácia do réu. Essa finalidade fica afastada quando o direito alegado em juízo envolver a presença de incapazes. O art. 1.102c estabelece que a inércia do réu acarretará, *ex vi legis*, a convolação do mandado monitório em título executivo judicial, o que não é passível de ocorrência em se tratando de interesses de incapazes, pela própria indisponibilidade do direito discutido em juízo.

Muito embora existam opiniões em contrário, no sentido de que nada impede a que o incapaz figure no procedimento em questão,²⁴³ sob a alegação

²⁴³ Carreira Alvim entende que “podendo o incapaz ser parte no processo, de conhecimento, pode ser igualmente réu na ação monitória, em que será citado na pessoa do seu representante legal ou na sua própria pessoa, assistido pelo seu representante legal, conforme seja absoluta ou relativamente incapaz”. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 134.

de que é possível inclusive o ajuizamento de ação executiva em face deste, pensamos que esta não é a melhor orientação. De acordo com esse posicionamento, os efeitos decorrentes do art. 1.102c jamais irão se configurar, em se tratando de direitos que envolvam incapazes, independentemente de serem os embargos considerados ação ou defesa. Na hipótese de contumácia do réu incapaz, seja em razão da interferência do Ministério Público²⁴⁴, seja em razão da nomeação de curador especial, não incidirão os efeitos da revelia. Nesse caso, os embargos deverão ser necessariamente opostos, o que definitivamente afasta a incidência dos efeitos previstos no art. 1.102c do Código de Processo Civil.²⁴⁵

Nos parece até defensável que o incapaz, devidamente representado ou assistido pelo seu representante legal²⁴⁶, nos termos do art. 8º do CPC, possa figurar como autor no procedimento monitório, desde que evidentemente ocorra a intervenção do Ministério Público, na forma estabelecida em lei (art. 82, I, do CPC). Porém, não nos parece adequada essa via procedural na eventualidade do incapaz figurar como réu, e por uma simples razão: se a finalidade do procedimento monitório é acelerar a formação do título executivo judicial, e esse desiderato fundamental não é passível de ser alcançado quando se tratar de direitos que envolvam incapazes, por que razão esse procedimento seria utilizado?

É cediço que os menores, púberes ou impúberes, gozam de tratamento especial em razão da condição em que se encontram, que é a de pessoas em desenvolvimento. Não nos parece adequado tumultuar toda a ordem procedural estabelecida pelo legislador, se existe o procedimento comum apto a tutelar de forma mais adequada os direitos que envolvam tais pessoas em juízo.

²⁴⁴ De acordo com Marcato, tendo os embargos ao mandado monitório natureza jurídica de ação, não estaria o Ministério Público legitimado ativamente para opô-los em prol do assistido, pois a lei não lhe confere, para tanto, legitimidade extraordinária (CPC, art. 6º). MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70.

²⁴⁵ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

²⁴⁶ Os incapazes – entenda-se incapazes para o exercício de seus direitos – deverão ter sua incapacidade processual, para estar em juízo, devidamente suprida ou integrada (conforme sejam absoluta ou relativamente incapazes). Estarão eles, em juízo, representados pelos pais ou, eventualmente, tutores ou curadores, conforme seja a hipótese. ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, vol. 2: arts. 7º ao 45/ 2. ed. ref. e ampl. do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 13.

Assim, pensamos não ser pertinente a utilização da via monitória para tutelar direitos patrimoniais que envolvam a presença de incapazes, uma vez que a utilização dessa modalidade procedural careceria de idoneidade e eficiência aptas a gerar as consequências desejadas pelo sistema, quais sejam, a rápida obtenção do título executivo e sua imediata execução.²⁴⁷ Se a via escolhida é inadequada, por conseguinte, é inútil. Só a via adequada há de ser útil para que, teoricamente (se fundado o pedido), possam ser atingidos os objetivos colimados.²⁴⁸

4.6.4. A inviabilidade do procedimento monitório em face do falido e do insolvente civil

Da mesma forma que o procedimento monitório se revela de pouca utilidade para tutelar créditos reclamados em face de incapazes, também se mostra inadequado quando for manejado em face do insolvente civil e do falido. Como é cediço, em caso de falência ou insolvência civil, não pode haver execução contra os devedores fora do concurso universal²⁴⁹, o que faz com que a via injuncional se mostre inadequada para tutelar os créditos existentes em face desses devedores.

A decretação da falência instaura o chamado concurso universal subjetiva e objetivamente. Isso significa que todos os credores e todos os bens do falido, salvo as exceções legais²⁵⁰, ficam sujeitos à competência do juízo falimentar.²⁵¹

²⁴⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70.

²⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59.

²⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 370.

²⁵⁰ O direito contempla cinco exceções ao princípio da universalidade do juízo falimentar: a) ações não reguladas pela lei falimentar em que a massa falida for autora ou litisconsorte (LF, art. 7º, § 3º); b) reclamações trabalhistas, para as quais é competente a Justiça do Trabalho (CF, art. 114); c) execuções tributárias que, segundo o disposto no art. 187 do Código Tributário Nacional, não se sujeitam ao juízo falimentar; a mesma regra se aplica aos créditos não-tributários inscritos na dívida ativa, segundo a Lei 6.830/80, inclusive aos créditos previdenciários; d) ações de conhecimento em que é parte ou interessada a União Federal,

Após a decretação da falência, todos os credores devem acorrer ao juízo universal, com o propósito de habilitar os seus respectivos créditos, para que, assim, possam receber o que lhes cabe de acordo com a escala de preferências²⁵² estabelecida em lei.²⁵³

A falência, sendo um procedimento de execução concursal do devedor comerciante, afasta a possibilidade de utilização da via monitória por qualquer um dos credores²⁵⁴, ainda que hipoteticamente o seu crédito figure entre aqueles protegidos por esta modalidade de tutela jurisdicional diferenciada.

Caso eventual credor, ao invés de habilitar o seu crédito no juízo universal, proponha ação utilizando o procedimento monitório, será considerado carecedor da ação, pela evidente falta de interesse de agir,

hipótese em que a competência é da Justiça Federal (CF, art. 109, I); trata-se das ações de conhecimento referentes à obrigações ilíquidas, de que seja ré a massa falida, em que a União, entidade autárquica, ou empresa pública federal tenham interesse, que não se encontrem sujeitas à universalidade do juízo falimentar; e) a execução individual por credor particular, com praça já designada, também não se encontra sujeita ao juízo falimentar, por medida de economia processual determinada no art. 24, § 1º, da LF; nesse caso, realiza-se a praça e o produto apurado é entregue à massa falida. COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 300-301.

²⁵¹ O juízo da falência é universal. Isto significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo em que tramita o processo de execução coletiva por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida. COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 300.

²⁵² A garantia que decorre do privilégio tem a sua origem única e exclusiva na lei, que a concede a certos e determinados créditos por princípios de humanidade, eqüidade ou conveniência pública. A observância do privilégio só ocorre em relação ao devedor insolvente, enquanto que a instituição da garantia real pode dar-se tanto em relação ao devedor solvente, como ao insolvente. O privilégio sempre decorre da lei, enquanto que a garantia real nasce da convenção entre as partes, salvo em casos excepcionais, como na hipoteca legal, que resulta de lei. ABRÃO, Nélson. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 170-171.

²⁵³ Classificam-se os créditos, segundo a ordem de pagamento na falência, nas seguintes categorias: a) créditos por acidentes de trabalho, nos termos do art. 102, § 1º, da LF; b) créditos trabalhistas, compreendendo toda a sorte de pagamentos devidos pelo comerciante aos seus empregados; c) dívida ativa, de natureza tributária ou não-tributária (arts. 186 do CTN e 4º, § 4º, da Lei 6.830/80); d) encargos da massa, compreendendo as verbas mencionadas no art. 124, § 1º, da LF e os créditos da Fazenda Nacional decorrentes de multas e penas pecuniárias devidas pelo falido (Dec.-lei 1.893/81, art. 9º); e) dívidas de massa, compreendendo as verbas mencionadas no art. 124, § 2º, da LF; f) créditos com garantia real (art. 102, I); g) créditos com privilégio especial (art. 102, II); h) créditos com privilégio geral (art. 102, III); i) créditos quirografários (art. 102, IV); j) créditos subquirografários (LSA, art. 58, § 4º). COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 355-356.

²⁵⁴ Os credores do falido não são tratados igualmente. A natureza do crédito importa para a definição de uma ordem de pagamento, que deve ser rigorosamente observada na liquidação. Esta ordem é resultado da convergência de um conjunto variado de dispositivos legais, fonte constante de conflitos e incertezas. *Ibid.*, p. 355.

caracterizada pela inadequação do procedimento utilizado, o qual, na hipótese, sequer é possível de ser adaptado ao procedimento legal, nos termos do art. 295, V, do Código de Processo Civil. Essa situação forçosamente acarretará a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I, do Código de Processo Civil.

4.6.5. O procedimento monitório e a Fazenda Pública

O tema relativo à admissibilidade do procedimento monitório em face da Fazenda Pública tem suscitado grande divergência entre os doutrinadores. Há forte tendência, entre a doutrina predominante, no sentido da não admissibilidade da via monitória em face da Administração.²⁵⁵

Os principais argumentos utilizados defendem a tese de que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de forma alguma, às particularidades que envolvem o procedimento monitório. De acordo com esse entendimento, seria impraticável a emissão de uma ordem de pagamento dirigida à Administração Pública. O art. 730, II, do Código de Processo Civil prevê que, no que tange à execução em face da Fazenda Pública, o pagamento dar-se-á “na ordem de apresentação do precatório”.²⁵⁶

O obstáculo principal, segundo esse posicionamento, encontra-se na indisponibilidade do interesse público, garantia constitucionalmente assegurada decorrente do regime republicano. Dessa forma, se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, nenhum agente público está autorizado a dispor deles, seja em razão da sua inércia, ou em virtude de

²⁵⁵ Parte da jurisprudência do STJ também defende esse posicionamento. “Não é admissível a utilização da ação monitória contra a Fazenda Pública, visando obter quantia certa em virtude de contrato de prestação de serviços” (STJ, 1.^a T., Resp 197605-MG, rel. orig. Min. José Delgado, rel. p/ ac. Min. Milton Luiz Pereira, m.v., j. 14.11.2000). NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.311.

²⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 74.

eventual omissão em apresentar manifestação em juízo.²⁵⁷ O Fisco, cuja atuação está permanentemente sujeita ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não pode prejudicar ou beneficiar contribuintes, renunciar aos créditos tributários ou transacionar sobre os regularmente nascidos.²⁵⁸

Segundo os defensores desse entendimento, o principal efeito da revelia não se opera em relação à Fazenda Pública, o que também inviabilizaria a obtenção de título executivo calcado na ausência de oposição de oportunos embargos.²⁵⁹ Além disso, não se lhe impõe o ônus da impugnação específica, da mesma forma em que não se admite a sua confissão (art. 320, II, do CPC).

Dessa forma, a inviabilidade decorre das características do regime de execução contra a Administração, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória, conforme dispõe o art. 100, da Constituição Federal.²⁶⁰

A Fazenda, ademais, tem a garantia da remessa necessária,²⁶¹ a ser aplicada em qualquer sentença que lhe seja desfavorável, de acordo com o art. 475, II, do CPC.²⁶² Nesse sentido, a exigência de submissão do ato judicial ao reexame necessário não se compatibiliza com os objetivos do procedimento monitório, inviabilizando, dessa forma, o seu ajuizamento em face da Fazenda Pública.²⁶³

Em sentido contrário, para os adeptos do entendimento de que nada obsta a utilização da via monitória em face da Fazenda Pública, a circunstância

²⁵⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 3. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 277-278.

²⁵⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 68.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 68.

²⁶⁰ Ao dispor sobre os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, a Constituição Federal, no art. 100, faz referência expressa à sentença judiciária, daí parte da doutrina entender que este é o único título em que se pode fundar uma execução contra pessoa jurídica de direito público. MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70.

²⁶¹ A remessa necessária é uma condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá transito em julgado e, consequentemente, será ela ineficaz. NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 891.

²⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 370.

²⁶³ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67.

da execução em face desta fazer-se mediante precatório em nada infirmaria a admissibilidade desse procedimento, que a antecede.²⁶⁴ Formado o título executivo judicial, seja em virtude da contumácia do réu, seja em razão de terem sido rejeitados os seus embargos tempestivamente aforados, a execução da ré devedora processar-se-á tal como normalmente ocorrem nas demais ações de natureza condenatória.²⁶⁵ O próprio art. 1.102c do Código de Processo Civil prevê, quer na hipótese de ausência de embargos, quer na de rejeição destes, que o mandado de pagamento ou entrega convola-se, de pleno direito, em mandado executivo, com a constituição de título executivo, que prosseguirá na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV. E este último capítulo mencionado compreende a execução contra a Fazenda Pública, na sua seção III, arts. 730 e 731.²⁶⁶

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 título executivo, nada impede que se valha do procedimento monitório para receber o seu crédito. Da mesma forma que, aquele que dispõe

²⁶⁴ “É admissível o ajuizamento de ação monitória contra a Fazenda Pública. A expedição de precatório não representa óbice, pois o título executivo a ser obtido antecederá sua execução. Se apresentados embargos, passa-se ao rito ordinário, com todas as garantias. Se não, deve ser observado o CPC 475 II, o que afasta o óbice do CPC 320. A necessária remessa *ex officio* não afasta a aplicação do CPC 1102a a 1102c, visto que, mesmo assim, ganha-se rapidez com a cognição sumária. Note-se que é exigida prova pré-constituída, com ônus para o autor, e a Fazenda não fica impedida de cumprir voluntariamente o mandado de pagamento, pois sua indisponibilidade é relativa. Por fim, a monitória é favorável à ora devedora na medida em que dispensa o pagamento de despesas e honorários de advogado, se efetuado voluntariamente o pagamento” (STJ, 4.^aT., Resp 196580-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 17.10.2000). NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 1.311.

²⁶⁵ Esse tem sido o entendimento predominante no STJ. “A propositura da ação monitória contra a Fazenda Pública é perfeitamente conciliável com o procedimento executivo fixado nos arts. 730 e 731 do Código de Ritos. Encerrada a fase de conhecimento, com ou sem embargos, e constituído o título judicial, inicia-se a fase executiva na fase prevista no art. 730 do CPC, finalizando com a inscrição do crédito em precatório, nos moldes delineados pelo art. 100 da Constituição da República. O art. 1.102-c do Código de Ritos excluiu do campo de incidência da ação monitória apenas a execução das obrigações de fazer e não fazer (Livro II, Título II, Capítulo III do CPC) e os créditos alimentícios (Capítulo V), não havendo qualquer ressalva quanto à aplicação do procedimento monitório contra a Fazenda Pública. 3. Recurso especial improvido” (STJ, 2.^aT., Resp 630780-GO, rel. Min. Castro Meira, j. 23.8.2005, v.u., DJU 03.10.2005).

²⁶⁶ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 48-49.

de um empenho ou qualquer documento de crédito que atenda aos requisitos legais, dispõe de documento idôneo para instruir o pedido monitório.²⁶⁷

A Fazenda Pública pode efetuar o pagamento exigido pelo credor sem com isso desrespeitar a ordem normal dos precatórios, até porque ela pode satisfazer voluntariamente suas obrigações,²⁶⁸ não sendo raras suas transações após o trânsito em julgado das decisões condenatórias ou com relação às pré-processuais.²⁶⁹ Basta, para tanto, o seu convencimento de

²⁶⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95.* 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 131.

²⁶⁸ A jurisprudência majoritária do STJ tem se posicionado nesse sentido. “No procedimento monitório distinguem-se três espécies de atividades, distribuídas em fases distintas: uma, a expedição de mandado para pagamento (ou, se for o caso, para entrega da coisa) no prazo de quinze dias (art. 1.102b). Cumprindo a obrigação nesse prazo, o demandado ficará isento de qualquer ônus processual (art. 1.102c, §1º). Nessa fase, a atividade jurisdicional não tem propriamente natureza contenciosa, consistindo, na prática, numa espécie de convocação para que o devedor cumpra sua prestação. Nada impede que tal convocação possa ser feita à Fazenda, que, como todos os demais devedores, tem o dever de cumprir suas obrigações espontaneamente, no prazo e forma devidos, independentemente de execução forçada. Não será a eventual intervenção judicial que eliminará, por si só, a faculdade – que, em verdade, é um dever – da Administração de cumprir suas obrigações espontaneamente, independentemente de precatório. Se o raciocínio contrário fosse levado em conta, a Fazenda Pública estaria também impedida de ajuizar ação de consignação em pagamento. A segunda fase, ou atividade, é a cognitiva, que se instala caso o demandado ofereça embargos, como prevê o art. 1.102c do CPC. Se isso ocorrer, estar-se-á praticando atividade própria de qualquer processo de conhecimento, que redundará numa sentença acolhendo ou rejeitando os embargos, confirmando ou não a existência da relação creditícia. Também aqui não há qualquer peculiaridade que incompatibilize a adoção do procedimento contra a Fazenda, inclusive porque, se for o caso, poderá haver reexame necessário. E a terceira fase é a executiva propriamente dita, que segue o procedimento padrão do Código, que, em se tratando da Fazenda e não sendo o caso de dispensa de precatório (CF, art. 100, § 3º), é o dos artigos 730 e 731, sem qualquer dificuldade. Não procedem as objeções segundo as quais, não havendo embargos, constituir-se-ia título executivo judicial contra a Fazenda Pública, (a) consagrando contra ela efeitos da revelia a que não se sujeita, e (b) eliminando reexame necessário, a que tem direito. Com efeito, (a) também na ação cognitiva comum (de rito ordinário ou sumário) a Fazenda pode ser revel e nem por isso há impedimento à constituição do título, ainda mais quando, como ocorre na ação monitória, a obrigação tem suporte em documento escrito; e (b) o reexame necessário não é exigência constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como aliás o faz em várias situações. Registre-se que os óbices colocados à adoção da ação monitória contra a Fazenda poderiam, com muito maior razão, ser opostos em relação à execução, contra ela, de título extrajudicial. E o STJ consagrou em súmula que ‘é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública (Súmula 279). Precedente da 1^a Seção: RESP 434571/SP, relator p/acordão Min. Luiz Fux, julgado em 08.06.2005. Embargos de divergência a que se dá provimento’(STJ, 1.^a Seção, REsp. 345752-MG, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 09.11.2005, v.u., DJU 05.12.2005).

²⁶⁹ Admite-se, na Itália, a utilização do procedimento injuntivo em face da Administração Pública, como, por exemplo, nas hipóteses de pretensão de repetição de indébito tributário. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais.* v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 370.

devedora. A execução posterior é que deverá, no caso de quantia certa, seguir o procedimento estabelecido no art. 730 do Código de Processo Civil²⁷⁰.

Assim, seguindo o entendimento doutrinário minoritário, mas que tem prevalecido no STJ,²⁷¹ pensamos ser perfeitamente admissível a adoção da via monitória em face da Fazenda Pública. O pagamento feito em atendimento ao mandado monitório é satisfação voluntária e não cumprimento de sentença judicial. A situação não é diferente dos pagamentos efetuados pelo Estado ao final de um serviço prestado ou em virtude do recebimento de mercadorias adquiridas. O mandado atua como uma forma de interpelação dirigida ao devedor, e a Fazenda cumprirá ou não, sabendo que se o fizer estará dispensada de pagar os honorários de sucumbência, nos termos do art. 1.102c, § 1º, do CPC.²⁷²

Ainda que a jurisprudência, futuramente, venha a firmar posicionamento no sentido da não admissibilidade do procedimento monitório em face da Fazenda Pública, o que não nos parece provável, não há que se falar em extinção do processo sem julgamento de mérito, por ausência de interesse processual, na eventualidade da pessoa jurídica de direito público oferecer tempestivamente os embargos. Isso porque a oposição tempestiva tem o condão de transformar o procedimento especial em procedimento comum ordinário. Ademais, o princípio que vigora no direito processual civil é o da instrumentalidade das formas, por meio do qual não há que se anular os atos jurídicos processuais que puderem ser aproveitados, e que, por outro lado, não tenham causado prejuízo às partes.²⁷³

²⁷⁰ Esse é o posicionamento de Pedro Aurélio Pires Maríngolo, citado por Elaine Macedo. MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170.

²⁷¹"A mais recente e autorizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o procedimento monitório contra a Fazenda Pública: REsp 783060/PA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.11.2005 p. 230; REsp 687173/PB, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 12.09.2005, p. 230; AgRg no REsp 249559/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 03.11.2004 p. 134; REsp 630780/GO, Rel. Min. Castro Meira, DJ 03.10.2005 p. 182; REsp. 196580/MG, DJ 18.12.2000 p. 200. Aplicação da Súmula n. 83 do STJ. Agravo desprovido" (STJ, 4.ª T., AgRg no Ag 711704/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.11.2005, v.u., DJU 19.12.2005).

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 747.

²⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 370.

Nos casos em que o procedimento monitório não for adequado em virtude da lei, o autor será considerado carecedor da ação, em razão da ausência de interesse de agir. Na eventualidade da jurisprudência vir a entender que a Fazenda Pública não é suscetível de figurar como demandada nessa espécie de procedimento, a condição da ação não preenchida será o interesse de agir, caracterizado pela inadequação da via procedural escolhida.²⁷⁴

4.6.6. A possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido refere-se à admissibilidade, em abstrato, do provimento jurisdicional desejado, ou a existência deste dentro do ordenamento jurídico.²⁷⁵

Trata-se de um instituto processual, que traz em seu conteúdo a idéia de que ninguém poderá ajuizar uma ação sem que postule uma providência jurisdicional que esteja, ao menos em tese, prevista no ordenamento jurídico material, seja expressa, seja implicitamente.²⁷⁶ Em geral, a providência solicitada pelo autor da ação deve ser procurada no direito material. Caso não exista previsão clara, ao menos não pode haver óbice à hipotética juridicidade do que pede o autor.²⁷⁷

Na doutrina há dois entendimentos distintos no que concerne a esta condição da ação. De acordo com um posicionamento, haverá possibilidade jurídica do pedido sempre que o ordenamento jurídico contiver, ao menos em

²⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 747-748.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 396.

²⁷⁶ De acordo com Dinamarco, há uma crescente e visível tendência moderna à *universalização da jurisdição*, o que desautoriza o abuso de bolsões de direitos ou interesses não jurisdiconalizáveis e impõe que na maior medida possível possa o Poder Judiciário ser o legítimo e eficiente portador de tutela a pretensões justas e insatisfeitas. O exagero na exclusão da jurisdiconalidade alimenta a chamada *litigiosidade contida* (na feliz expressão de Kazuo Watanabe) e, com isso, minaria a realização de um dos objetivos do Estado. *Ibid.*, p. 397

²⁷⁷ ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*, vol. 2: arts. 7º ao 45/ 2. ed. rev. e ampl. do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 381.

tese, previsão a respeito da providência requerida.²⁷⁸ O outro posicionamento sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa no ordenamento quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo.²⁷⁹

Embora, com pertinência, seja muito criticada por parte da doutrina²⁸⁰, o fato é que essa condição da ação se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico pátrio, o que faz com que não possamos prescindir de uma breve análise em relação a ela. Há inclusive quem entenda que, não obstante a expressa previsão legal, a tendência moderna se encaminha no sentido de não se considerar a possibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação.²⁸¹

Porém, *de lege lata*, no que tange ao procedimento monitório, podemos afirmar que a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, através da Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, com a definição das hipóteses de cabimento e do *iter* procedural a ser observado, fez com que essa via procedural se tornasse juridicamente possível, o que não o era anteriormente à expressa previsão legal.²⁸²

Em outras palavras, essa modalidade de tutela jurisdicional diferenciada é atualmente albergada pelo sistema processual brasileiro, de forma explícita, por meios dos arts. 1.102a e seguintes do Código de Processo Civil, o que a

²⁷⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* v 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 141-142.

²⁷⁹ De acordo com Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, “o pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo ‘pedido’ não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir. Assim, embora o pedido de cobrança, estritamente considerado, seja admissível pela lei brasileira, não o será se tiver como *causa petendi* dívida de jogo”. NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 701.

²⁸⁰ O próprio Liebman, a partir da terceira edição de seu Manual de Direito Processual Civil, editado na Itália em 1973, excluiu a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil.* v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

²⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-55.

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil.* 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232.

torna juridicamente possível, mediante o entendimento de que essa condição da ação é melhor estudada à luz do direito positivo pátrio.²⁸³

4.7. A exigência de prova escrita para a concessão do mandado monitório

Dentre os requisitos para a concessão do mandado monitório, o art. 1.102a estabelece que a petição inicial deverá ser instruída com “prova escrita” destituída de eficácia de título executivo. Trata-se de requisito indispensável para o manejo da via injuncional, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o procedimento monitório documental.

A prova escrita não se confunde com prova documental, uma vez que esta é gênero, da qual aquela é espécie. Quando se faz alusão a documento, ou a prova documental, geralmente se imagina que estas categorias de direito probatório equivalem ao conceito de prova literal, elaborada e produzida por meio da escrita (*littera*, letra, aquilo que está escrito). Porém, o conceito de documento é bem mais amplo, pois abrange outras formas de representação além das gráficas ou simplesmente literais.²⁸⁴

Documento, de acordo com essa ordem de idéias, é toda a representação de um fato ou de um ato.²⁸⁵ Esta representação poderá ser feita em diversas modalidades de suportes, como o próprio papel, a madeira, o metal, uma fita cassete, uma fita de vídeo, um disquete, um CD-rom, entre outros. Os avanços tecnológicos introduzem, com uma velocidade cada vez maior, novos materiais aptos a servirem de suporte para a representação de fatos e atos.

²⁸³ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 71.

²⁸⁴ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 375-376.

²⁸⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

O conceito de documento é amplo, na medida em que abrange todo objeto capaz de cristalizar um fato transitório, tornando-o permanente.²⁸⁶ Daí a denominação de prova real, no sentido de que todo o documento é constituído por uma coisa.²⁸⁷ Abrange todas as coisas capazes de, por si mesmas, representarem algum fato.²⁸⁸

No que tange ao procedimento monitório, a prova apta a instruir a petição inicial há que ser a grafada, ou seja, um documento escrito, de modo que estão excluídos todos os demais documentos que não tenham essa característica. As provas documentais em sentido amplo, tais como fitas-cassete, VHS, sistema audiovisual, entre outros, não são adequadas para instruir o pedido monitório.²⁸⁹

Não preenche o requisito sob análise o documento que demonstre somente alguns dos fatos constitutivos, sem nada informar sobre outros que também façam parte da causa de pedir. O mero começo de prova,²⁹⁰ que cobre tão somente alguns dos fatos alegados, mas não todos, não é meio de prova hábil a instruir o pedido monitório.²⁹¹ Por não ser completa reclama outros elementos de convicção para gerar o juízo de verossimilhança necessário para a expedição do mandado, o que nessa fase procedural não são passíveis de serem produzidos, sobretudo se o autor necessitar complementar a prova escrita com oitiva de testemunhas ou outros elementos probatórios que dependam de atividade instrutória mais elaborada, como eventual prova pericial.²⁹²

²⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* v 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 461.

²⁸⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil,* vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 511.

²⁸⁸ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil.* v. 1. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 376.

²⁸⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 1.308.

²⁹⁰ Começo de prova não é prova suficiente para lastrear um mínimo de certeza ensejadora da expedição de mandado de pagamento ou de entrega. ARMELIN, Donald. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho/96, p. 53.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 749.

²⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais.* v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 371.

O procedimento monitório exige um juízo de probabilidade e de verossimilhança para que se possa obter uma decisão positiva no sentido da expedição do mandado, devendo a prova documental ser suficiente para determinar, objetivamente, o convencimento sobre existência de obrigação líquida, certa e exigível, sem necessidade de qualquer dilação probatória.²⁹³

Os títulos executivos, como já foi mencionado em capítulo próprio, não ensejam a utilização desse procedimento, uma vez que o autor já dispõe de documento apto a aparelhar a execução. Caso o autor seja portador de um título executivo extrajudicial e utilize o procedimento monitório será considerado carecedor da ação, pela evidente falta de interesse de agir, caracterizado pela inadequação da via procedural escolhida.²⁹⁴

A prova escrita a que o dispositivo legal faz referência é aquela que, embora não tipifique um título executivo extrajudicial, autorize, apenas com lastro nela, uma cognição sumária acerca da existência do crédito. Deve ter força persuasiva suficiente para incutir no espírito do julgador o convencimento necessário acerca da sua verossimilhança. Em outras palavras, o documento deve ser persuasivo o suficiente para influir na formação da convicção do magistrado acerca do direito afirmado pelo autor, da mesma forma como influiria se houvesse sido produzido no processo de cognição plena.²⁹⁵

A prova literal apta a instruir o pedido inicial tanto poderá ser a preconstituída, ou seja, aquela que foi elaborada com o propósito de servir como meio de prova do fato ou ato nela representado - a qual também se dá o

²⁹³ 2.º TACivSP, 5.ª Câm., Ap. 510655, rel. Juiz Laerte Sampaio, j. 14.4.1998, BolAAP 2079/4, supl. In: NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 1.313.

²⁹⁴ Humberto Theodoro Junior entende que o fato do documento ser considerado, em tese, um título executivo, não afasta a possibilidade de utilização da via monitória. O autor defende que, na hipótese de haver dúvida ou divergência quanto a seu enquadramento na categoria de título executivo, quando houver decorrido o prazo prescricional, ou quando houver insegurança da parte em relação à plena exequibilidade de seu título, não se pode lhe impedir o acesso ao procedimento monitório, mesmo porque de tal opção não decorrerá nenhum prejuízo para a defesa do devedor. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 372.

²⁹⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 63-64.

nome de instrumento - , como a casual, que é aquela em que, quando o ato ou fato foi cristalizado, não havia a intenção de utilizá-la como meio de prova.²⁹⁶

A prova escrita não é necessariamente aquela na qual consta a assinatura do devedor²⁹⁷, pois a lei não faz qualquer tipo de exigência nesse sentido.²⁹⁸ Quanto maior a participação do devedor na elaboração do documento, maior será a verossimilhança que se poderá atribuir a ele.²⁹⁹ Evidentemente não basta a simples declaração unilateral do credor para atender à exigência legal, devendo este instruir a petição inicial com elementos idôneos a demonstrar a existência do crédito. Ao juiz caberá avaliar a força probante do documento, mas não deve, *a priori*, obstar a via monitória na eventualidade da prova escrita ser destituída da participação do devedor.³⁰⁰

Devem ser considerados como prova escrita, para os fins do art. 1.102a, não apenas os documentos emanados do devedor (vales, cartas ou bilhetes de que se possa presumir a existência da relação obrigacional), mas também os instrumentos particulares desprovidos da assinatura de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito), bem como os provenientes de terceiros, desde que sejam merecedores de fé quanto à sua autenticidade (guias de internação em hospitais para fins de cobrança de honorários médicos, extratos contábeis regulares, requisição de exames laboratoriais ou serviços protéticos etc.). Os títulos de crédito prescritos, como o cheque³⁰¹, ou imperfeitos, saques automáticos, duplicatas sem aceite desacompanhadas³⁰² do comprovante de

²⁹⁶ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

²⁹⁷ Carreira Alvim defende que “por prova escrita se entende, em suma, todo escrito que, emanado da pessoa contra quem se faz o pedido, ou de quem a represente, o torna verossímil ou suficientemente provável”. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 131.

²⁹⁸ “O documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação. Assentando o Tribunal de origem estar a duplicata despida de força executiva por ausência de aceite, é ela documento hábil à instrução do procedimento monitório. Recurso não conhecido” (STJ, 3.^a T., REsp 204894-MG, rel. Min. Waldemar Sveiter, j. 19.2.2001, v.u., DJU 2.4.2001).

²⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82.

³⁰⁰ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

³⁰¹ A Súmula 299 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “é admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito”.

³⁰² “O protesto sem impugnação faz presumir a concordância do devedor quanto à existência da dívida, razão pela qual a duplicata sem aceite e protestada pode servir à instauração do

entrega da mercadoria,³⁰³ documentos comprobatórios de consumo de água, luz e serviço telefônico, prova emprestada,³⁰⁴ acordos não homologados, sentença declaratória de existência de dívida, são alguns dos exemplos de prova escrita passíveis de serem utilizadas no procedimento injuncional.³⁰⁵

A jurisprudência tem aceitado como documentos aptos à instrução do pedido monitório o documento particular de reconhecimento de dívida não assinado por duas testemunhas, o título de crédito prescrito, a duplicata mercantil sem comprovante de entrega de mercadoria, a compra e venda mercantil da qual não se expediu a duplicata, o contrato de abertura de crédito em conta corrente, o saldo do contrato de arrendamento mercantil, contribuições condominiais, extratos bancários, honorários advocatícios, contrato de prestação de serviços, contrato de seguro, contrato de cartão de crédito, cheque prescrito³⁰⁶³⁰⁷, contrato de serviços hospitalares, compra e

procedimento monitório. Precedentes. Recurso conhecido e provido" (STJ, 4.^a T., REsp 247342- MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.4.2000, v.u., DJU 22.5.2000).

³⁰³ "O protesto não impugnado de duplicata sem aceite permite a propositura do procedimento monitório, mas tal fato por si só não é suficiente para a procedência da ação. Negada a relação causal pela demandada, sem a prova da efetiva prestação dos serviços, impunha-se reconhecer a irregularidade na emissão da duplicata e a improcedência da ação. Se não fosse assim, toda falsa duplicata levada a protesto sem impugnação seria suporte suficiente para a procedência da ação monitória. No entanto, o devedor que se omite diante do protesto pode defender-se na ação de cobrança, e esta somente pode ser acolhida se demonstrada adequadamente a existência da dívida. A devedora pode alegar contra a empresa de *factoring* a defesa que tenha contra e emitente do título. Recurso conhecido e provido" (STJ, 4.^a T., REsp 469051- RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.3.2003, v.u., DJU 12.5.2003).

³⁰⁴ Para que a prova emprestada seja considerada válida, é necessário que ela tenha sido validamente produzida no processo de origem, e que tenha sido submetida ao crivo do contraditório. Ainda que a lei nada disponha a respeito, a doutrina defende a admissibilidade desse meio de prova, desde que ela tenha sido produzida em processo que envolva as mesmas partes, bem como sejam idênticos os fatos provados e probandos. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64-65.

³⁰⁵ LOPES, João Batista. A prova escrita na ação monitória. *RePro* 106: 36-37.

³⁰⁶ No que se refere à correção monetária, a jurisprudência do STJ não é pacífica quanto ao termo inicial de sua contagem. "Apresentado o cheque quando já prescrito, não se mostra admissível a fixação do termo inicial da correção monetária como a data da emissão da cártyula, sob pena de premiar-se a desídia do credor. Recurso não provido" (STJ, 1.^a T., REsp 237626-GO, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 6.12.2001, v.u., DJU 15.4.2002). Em sentido contrário, o qual nos parece o mais acertado: "Prescrito o cheque, base da ação monitória, a correção monetária deve ser calculada a partir da data em que emitido, pouco relevando a data em que apresentado. Recurso especial conhecido e desprovido" (STJ, 3.^a T., REsp 627719- MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6.9.2005, v.u., DJU 21.11.2005). A orientação predominante no STJ se dá no sentido de que, na medida em que o inadimplemento contratual configura ato ilícito, a correção monetária se aplica a partir do vencimento da obrigação. Aplicação da Súmula 43 do STJ: "Incide correção monetária a partir da data do efetivo prejuízo". Dessa forma, em razão do cheque prescrito representar mera "prova escrita" do ato ilícito praticado pelo inadimplente, a correção monetária deve incidir a partir da data da emissão do título, que equivale ao seu vencimento, de modo a se aplicar o entendimento sumulado no

venda representada por notas fiscais, contrato de serviços educacionais, entre outros.³⁰⁸

O autor poderá instruir a petição inicial com dois ou mais documentos escritos, sempre que a insuficiência de um puder ser suprida com a apresentação de outro. Em outras palavras, o conjunto probatório carreado aos autos deverá ter a aptidão de formar o convencimento do magistrado, no que tange à existência da relação jurídica de direito material havida entre autor e réu, bem como no que se refere à exigibilidade e à liquidez da prestação. Na eventualidade do documento escrito ser insuficiente para justificar a emissão do mandado monitório, nada obsta a que o magistrado determine a complementação da prova escrita, a ser produzida no prazo por este assinalado, conforme dispõe os arts. 283, 284 e 295, VI, do Código de Processo Civil.³⁰⁹

A prova escrita exigida pelo art. 1.102a do CPC também pode ser inserida no âmbito da categoria processual correspondente à admissibilidade, uma vez que, caso o documento carreado aos autos não seja considerado idôneo pelo magistrado, o autor será considerado carecedor da ação, em virtude da inadequação da via procedural escolhida, o que acarretará a extinção do feito sem julgamento de mérito (art. 267, I, do CPC), salvo na hipótese em que seja possível a adaptação da inicial a fim de ensejar um outro tipo de procedimento. Não há se falar em julgamento de mérito nessa hipótese, tendo em vista a possibilidade do credor, em procedimento comum (ordinário ou sumário), complementar a prova documental com outros meios de prova, de modo a buscar o reconhecimento judicial de procedência de sua pretensão.³¹⁰

E. Superior Tribunal de Justiça. CAMBI, Accácio. Ação monitória. Cheque prescrito. Correção monetária: a partir da emissão do cheque ou do ajuizamento da ação? *Repro* 99: 99-101.

³⁰⁷ ³⁰⁷ “Os juros moratórios, na ação monitória, contam-se a partir da citação. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4.^a T., REsp 554694- RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 6.9.2005, v.u., DJU 24.10.2005).

³⁰⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 373.

³⁰⁹ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 63-64.

³¹⁰ ARMELIN, Donald. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 51-52.

4.7.1. O documento eletrônico

O documento eletrônico pode ser definido como uma seqüência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato ou de um ato. Da mesma forma que os documentos tradicionais, os eletrônicos não se restringem aos escritos, uma vez que abrangem desenhos, fotografias digitalizadas, sons, vídeos, ou seja, toda a informação que possa representar um fato ou ato e que esteja armazenada em um arquivo digital.³¹¹

Os documentos eletrônicos também podem ser utilizados para instruir a demanda monitória.³¹² Para que um documento eletrônico possa ser validamente utilizado como meio de prova, é necessário que alguns requisitos, como autenticidade e integridade, estejam presentes. A autenticidade se refere à autoria identificável e integridade diz respeito à impossibilidade do documento ser alterado de modo imperceptível. A criptografia assimétrica, também conhecida como criptografia de chave pública, além de ter equiparado, para fins jurídicos, o documento eletrônico ao documento tradicional, permite que, uma vez assinado o documento eletrônico, sua integridade possa ser assegurada posteriormente.³¹³

Desde que eles sejam elaborados de acordo com as regras estabelecidas na Medida Provisória 2200-2/01,³¹⁴ bem como produzidos por

³¹¹ Essa é a definição de Augusto Tavares Rosa Marcacini, citado por Carvalho Neto. CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 130.

³¹² O Código Civil, no art. 889, § 3º, permite que o título de crédito seja emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, desde que observados os requisitos mínimos previstos na referida norma. Isso significa que os títulos já existentes no sistema podem ser criados por caracteres de computador, como, por exemplo, uma nota promissória. NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.069.

³¹³ Essa é a explicação de Augusto Tavares Rosa Marcacini, citado por Carvalho Neto. CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 130.

³¹⁴ Essa Medida Provisória criou o sistema de Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), destinada a garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. Esses documentos eletrônicos, desde que emitidos em conformidade com as regras da MedProv 2200-2/01, são considerados documentos públicos ou particulares, presumindo-se verdadeiros

quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, são considerados documentos particulares para todos os efeitos legais. Caso eventualmente falte a esse documento particular determinado requisito que o tornaria um título executivo extrajudicial,³¹⁵ ele poderá ser utilizado para instruir a petição inicial cujo objetivo seja a emissão de um mandado monitório.

No caso específico do procedimento monitório, somente o documento literal, grafado, ainda que proveniente de um meio eletrônico, poderá instruir o pedido injuncional. Os demais documentos eletrônicos, representativos de fotos, vídeos, sons e imagens não são passíveis de serem utilizados para o procedimento em questão, tendo em vista a expressa disposição contida no art. 1.102a do Código de Processo Civil.

4.7.2. O documento estrangeiro

O documento estrangeiro não é meio de prova apto a instruir o pedido monitório. O ordenamento jurídico brasileiro, para conferir eficácia à sentença estrangeira, estabelece no art. 105, I, alínea i, da Constituição Federal, com a alteração que lhe imprimiu a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que compete ao Superior Tribunal de Justiça:

“a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”

Dessa forma, para que uma sentença emanada de autoridade judiciária estrangeira possa produzir efeitos perante a ordem jurídica nacional, é necessário que ela seja homologada por um tribunal superior pátrio. Assim, levando-se em consideração os efeitos decorrentes da falta de impugnação ao mandado monitório, quais sejam, a convolação, *ex vi legis*, da ordem de pagamento em título executivo judicial e a possibilidade de imediata execução,

em face dos signatários. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.069.

³¹⁵ A questão que se coloca é se esses documentos eletrônicos podem ser considerados títulos executivos. Nelson Nery entende que não, uma vez que para serem considerados como tais, a lei deve lhes conferir expressamente essa qualidade e eficácia. Assim, os documentos eletrônicos seriam tão somente aptos a instruir o pedido monitório. *Ibid.*, p. 1.069.

não consideramos pertinente a admissibilidade de um documento estrangeiro para fins de instrução em demanda monitória.

É importante observar que a legislação processual pátria estabelece o uso do vernáculo para todos os atos e termos do processo, conforme dispõe o art. 156, do CPC. Nesse sentido, para que possa instruir qualquer tipo de feito, o documento estrangeiro deverá ser traduzido para o idioma pátrio por meio de tradutor juramentado, de modo que se possa conferir fé pública ao escrito, no que tange à interpretação do seu conteúdo.

Assim, uma vez devidamente traduzido, o documento alienígena poderá perfeitamente instruir o feito que esteja tramitando pelo procedimento comum (ordinário e sumário), pois os demais meios de prova produzidos poderão fazer com que o magistrado atribua ao documento estrangeiro o valor que ela merecer.

Porém, no que tange ao procedimento monitório, levando-se em consideração o juízo de verossimilhança e a cognição sumária que é exercida nessa fase procedural, a qual não comporta a produção de outros meios de prova, pensamos não ser adequada a admissão de um documento estrangeiro para, apenas com lastro nele, se obter o mandado de pagamento ou de entrega de coisa.

É até defensável a utilização do documento estrangeiro, devidamente traduzido por tradutor oficial, associado a outras provas escritas nacionais, para que se possa obter a concessão do mandado. Porém, cumpre ao julgador o máximo de cautela na valoração desse meio de prova, tendo em vista não apenas os efeitos decorrentes da ausência de impugnação, como também o fato de que as próprias sentenças emanadas de autoridade judiciária estrangeira somente produzirão efeitos perante a ordem jurídica nacional após passarem pelo crivo do STJ.

A efetividade do processo é um lema que tem sido cada vez mais defendido, não apenas pela doutrina mas pela comunidade jurídica como um todo. E o procedimento monitório, na qualidade de tutela jurisdicional diferenciada, visa justamente atingir esse desiderato. Mas a pacificação dos conflitos aliada à segurança jurídica é o fim último da atividade jurisdicional, o

que implica na adoção de critérios mínimos de valoração, sobretudo no que tange à admissão de documentos alienígenas em território pátrio.

4.8. A competência no procedimento monitório

Competência é a atribuição, a um dado órgão do Poder Judiciário, daquilo que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica.³¹⁶ Por meio das regras de competência se define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão dessa função encarregado.³¹⁷ Daí a clássica conceituação da competência como medida da jurisdição, por meio da qual cada órgão (juízo, tribunal, câmara) exerce a jurisdição dentro da medida que lhe fixam as regras sobre competência.³¹⁸

A função jurisdicional é uma e atribuída abstratamente a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Porém, a necessidade de divisão e organização racional do trabalho faz com que o exercício dessa jurisdição seja distribuído entre os diversos órgãos a partir de alguns critérios. Em outras palavras, por meio de regras que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição, com referência à dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la ali, em concreto.³¹⁹

No que se refere ao procedimento monitório, as regras de competência não apresentam nenhuma peculiaridade, de modo que competirá à Justiça Comum Estadual o processamento desta, de acordo com as regras gerais previstas no Código de Processo Civil (arts. 94 a 100).

³¹⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 295.

³¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

³¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 230.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 230.

Quando o ajuizamento da demanda monitória se der pela Fazenda Pública ou em face dela, seja na qualidade de autora, ré ou interveniente, competente para o processamento será a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, ou a Vara da Fazenda Pública estadual, quando na comarca houver essa justiça especializada.³²⁰

Se o litígio que envolve as partes decorrer de relação empregatícia, competente para conhecer e julgar o pedido monitório será a Justiça do Trabalho, conforme dispõe o art. 114 da Constituição Federal.³²¹

No que se refere aos Juizados Especiais Cíveis, muito embora existam opiniões em contrário,³²²³²³ não nos parece que essa justiça especializada seja competente para conhecer e julgar a demanda monitória. Conforme assinalado em capítulo próprio, ao autor é dada a faculdade de optar entre o procedimento comum (ordinário ou sumário), e o procedimento especial monitório, levando em conta as particularidades do caso e o interesse em abrir mão das despesas processuais e honorários advocatícios.

Da mesma forma, desde que o litígio que envolve as partes não exceda o teto estabelecido pela Lei 9.099/95, que é de quarenta salários mínimos (art. 3º, I), ao autor é dada a possibilidade de mover a ação de cobrança, cujo objeto seja uma prestação de dar pecúnia, coisa certa ou incerta, perante os Juizados Especiais, mas sem utilizar para tanto o procedimento monitório, ainda que disponha de prova escrita destituída de eficácia de título executivo. Isso porque essa justiça especializada é caracterizada pela existência de um

³²⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95.* 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 62.

³²¹ O procedimento monitório é admissível no processo trabalhista. Trata-se de ação de conhecimento de rito especial compatível com o processo do trabalho, razão pela qual deve ser admitida naquela justiça especializada (CLT, 769). É comum a existência de documentos escritos por meios dos quais a empresa reclamada faz o cálculo das verbas rescisórias mas não efetua o pagamento. Como se trata de documento escrito, sem eficácia de título executivo, cabe ação monitória para que, expedido o mandado de pagamento, a empresa, querendo, efetue o pagamento. NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.309.

³²² Carreira Alvim entende que é possível a propositura de ação monitória perante os Juizados Especiais, desde que o pedido não exceda quarenta vezes o salário mínimo, exceto contra a Fazenda Pública, dada a restrição contida no art. 3º, II. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95.* 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 62.

³²³ Nelson Nery também entende que é perfeitamente possível o ajuizamento perante os Juizados Especiais, desde que se obedeça o teto legal de quarenta salários mínimos. NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado.* 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.312.

procedimento que lhe é próprio, marcado pela celeridade, oralidade, informalidade e concentração dos atos processuais, o que a torna, a nosso ver, incompatível com o rito traçado no Código de Processo Civil para a via injuncional.³²⁴

O procedimento delineado pela Lei 9.099/95 prevê uma série de atos processuais, como a audiência de conciliação realizada por um órgão da jurisdição leigo, que o incompatibiliza com o procedimento estabelecido nos arts. 1.102a e seguintes do Código de Processo Civil. A sumariedade procedural que o caracteriza não possibilitaria ao réu a oposição de embargos ao mandado monitório.³²⁵ Ademais, o procedimento estabelecido nos Juizados Especiais prevê a conciliação prévia, que deverá ser necessariamente observada para, apenas depois, na hipótese de frustrada a conciliação, promover-se a atividade cognitiva por meio da audiência de instrução.³²⁶

Dessa forma, não nos parece pertinente a propositura da demanda monitória perante os Juizados Especiais. Essa justiça especializada pode ser considerada incompetente para conhecer e julgar o pedido monitório, tendo em vista as peculiaridades procedimentais estabelecidas pela Lei 9.099/95. O art. 3º da sobredita lei estabelece claramente quais são as hipóteses em que essa justiça especializada poderá ser utilizada.

Ademais, a nosso ver, não há qualquer vantagem ao autor, que disponha de prova escrita destituída de eficácia de título executivo - salvo uma eventual conciliação - em optar pelo ajuizamento da ação condenatória perante os Juizados Especiais. Por meio da via injuncional, ajuizada evidentemente perante a Justiça Comum, poderia obter, *initio litis*, a expedição de mandado de pagamento ou entrega, o que poderia ocasionar a formação de um título executivo judicial de forma mais célere, caso não fosse efetuado o pagamento, ou não fossem opostos os embargos.

³²⁴ Elaine Macedo considera flagrantemente incompatível o procedimento formalmente simplificado, que prioriza a justiça conciliatória, e aquele que tem início a partir de um comando de império ordenando o pagamento da obrigação. MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 174.

³²⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 59.

³²⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 174.

De qualquer forma, trata-se de mais uma opção colocada à disposição dos jurisdicionados para a obtenção de tutelas diferenciadas.³²⁷ Cabe ao credor, tendo em vista as suas necessidades e as peculiaridades do caso concreto, optar pelo procedimento que lhe for mais vantajoso, seja mediante a propositura da demanda (pelo procedimento comum ou especial) perante a Justiça Comum, seja mediante o ajuizamento de uma ação condenatória perante os Juizados Especiais.

4.9. A propositura da demanda monitória

O princípio da inércia da jurisdição vem expresso no brocardo *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*, e traz em si a idéia de que o processo civil começa por iniciativa da parte (arts. 2º e 262, do CPC). Em outras palavras, para que seja acionada a jurisdição, faz-se essencial a atividade da parte ou do interessado. A partir de então, o processo desenvolve-se por impulso oficial.³²⁸ Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, dependendo de provação da parte ou do interessado para se manifestar.³²⁹

O procedimento monitório, cuja natureza jurídica é de processo de conhecimento condenatório, não foge às regras gerais estabelecidas para a provação da função jurisdicional.

Assim, a petição inicial da demanda monitória deve atender aos requisitos formais e estruturais estabelecidos no art. 282 e 283 do Código de Processo Civil. Deve estar instruída com a prova escrita destituída de eficácia de título executivo, nos termos do art. 1.102a, bem como com a procuraçāo

³²⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 59-60.

³²⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 200.

³²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

outorgada ao advogado. Caso se trate de pessoa jurídica, o estatuto constitutivo também deverá instruir a inicial.³³⁰

O pedido formulado pelo autor tem por objeto a expedição de um mandado de pagamento ou de entrega de coisa, a fim de que o réu efetue o pagamento ou ofereça embargos ao mandado no prazo de quinze dias, conforme estabelece o art. 1.102b do Código de Processo Civil.

Pelo princípio da substanciação, adotado pelo direito processual pátrio, não basta que o autor venha a juízo e tão somente formule pedido de determinada prestação jurisdicional. Ele há que demonstrar os fatos e os fundamentos jurídicos que embasam a sua pretensão. O Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria alemã da substanciação,³³¹ por meio da qual é necessária a descrição dos fatos em relação aos quais incide o direito alegado como fundamento do pedido. O autor deve demonstrar que os fatos descritos levam necessariamente à conclusão pleiteada, ou seja, que existe uma relação de causa e efeito entre os fatos que são narrados e as consequências jurídicas que são pretendidas. Assim, a *causa petendi* é constituída pelos fatos e pela respectiva fundamentação jurídica.³³²

A fundamentação legal e a prova escrita carreada aos autos deverão ter a aptidão de demonstrar o *quantum debeatur* a ser pago pelo réu, sobretudo quando se tratar de obrigação pecuniária ou de dar coisa fungível. Assim, cumpre ao autor oferecer, juntamente com a petição inicial, memória discriminada de cálculo detalhada e precisa, para que com base nela o magistrado possa expedir o mandado monitório. Na eventualidade da ordem ser expedida e o réu não oferecer embargos, o título executivo judicial será constituído *ex vi legis*, o que, a teor do que dispõe a Lei 11.232, de 22 de

³³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 752.

³³¹ O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, de modo que conste na exordial não apenas a causa de pedir próxima, ou seja, os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido, como também a causa de pedir remota, ou seja, o fato gerador do direito. Pela teoria da substanciação, adotada pelos códigos alemão e austríaco, não basta a exposição da causa de pedir próxima, mas também se exige a da causa de pedir remota. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 164.

³³² “Na ação monitória fundada em cheque prescrito, não se exige do autor a declinação da *causa debendi*, pois é bastante para tanto a juntada do próprio título, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4.^a T., REsp 541666- MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 5.8.2004, v.u., DJU 2.5.2005).

dezembro de 2005, possibilita sua imediata execução nos próprios autos do processo de conhecimento, conforme estabelece o art. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, de modo que o requisito liquidez deverá estar configurado.

Uma vez distribuída, a petição inicial da demanda monitória será encaminhada ao magistrado, para que este profira seu juízo prévio de admissibilidade. Por meio do juízo prévio o magistrado irá verificar se os requisitos gerais de admissibilidade da atividade jurisdicional estão presentes, o que inclui desde a competência do juízo, assim como as condições da ação e os pressupostos processuais de existência e validade, além da ausência dos pressupostos processuais negativos. Também irá analisar os requisitos específicos do procedimento monitório, que abrangem o objeto da pretensão e a idoneidade da prova escrita que instrui a pedido inicial.

Caso a petição inicial esteja em termos, o magistrado, *inaudita altera parte*, expedirá o mandado de pagamento ou de entrega de coisa, para que o réu pague ou ofereça embargos no prazo de quinze dias, conforme estabelece o art. 1.102b, do Código de Processo Civil. Caso a petição inicial contenha vícios passíveis de serem sanados, bem como na hipótese em que a insuficiência da prova escrita possa ser complementada, o magistrado concederá, levando em conta o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, prazo para emenda da inicial, conforme dispõe o art. 284, do Código de Processo Civil.

Na eventualidade do pedido formulado pelo autor não ser protegido por essa modalidade procedural (v.g., entrega de bem imóvel), e a petição não seja passível de ser adaptada ao modelo legal, bem como nas demais hipóteses estabelecidas no art. 295 do Código de Processo Civil, que não possibilitem emenda, o magistrado irá indeferir liminarmente a petição inicial, o que não impede, conforme dispõe o art. 268 do CPC, que a parte ajuíze novamente a ação, uma vez que se trata de mera extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, I).

O mesmo se diga quando a prova escrita que instrui o pedido inicial não seja merecedora de fé, ou seja, não se mostre suficientemente convincente para justificar a emissão de um mandado de pagamento ou de entrega de

coisa, tampouco seja passível de ser complementada. Nesse caso, a petição inicial também será indeferida, nos termos do art. 267, I, do CPC, o que novamente não impede que o autor volte a ajuizar a ação pelo procedimento comum (ordinário ou sumário), utilizando esse mesmo documento escrito, porém aliado a outros meios e prova.

É importante observar que a sentença terminativa de indeferimento da petição inicial é passível de ser impugnada por meio de recurso de apelação, o que possibilita ao magistrado exercer, no prazo de quarenta e oito horas, o juízo de retratação, conforme dispõe o art. 296, do Código de Processo Civil.

4.10. Natureza jurídica do mandado monitório

Questão que tem suscitado grande controvérsia em sede doutrinária, refere-se à natureza jurídica do mandado monitório.

O art. 1.102b, do Código de Processo Civil, estabelece que:

“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 15 (quinze) dias”.

Há quem defenda que a decisão que determina a expedição do mandado de pagamento tem, sob o aspecto processual, forma de interlocutória, muito embora, sob o aspecto material, tenha a conteúdo de sentença.³³³ Por outro lado, existe o posicionamento que situa o mandado de pagamento em uma faixa intermediária entre o mero despacho de citação e a decisão de uma liminar.³³⁴ Há ainda quem afirme que a ordem de pagamento emanada do magistrado possui matiz predominantemente condenatória e constitutiva, ou seja, é executiva *lato sensu*. Constitutiva porque integra o título

³³³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 72-73.

³³⁴ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 140.

monitório atribuindo-lhe eficácia executiva, em razão da qual existe a condenação.³³⁵ Como se pode observar, o panorama é de grandes contrastes.

No entanto, existem duas correntes principais que disputam a primazia em relação ao tema. A primeira, capitaneada por Chiovenda, compreende o mandado de pagamento na categoria dos provimentos com prevalente eficácia executiva, sob o fundamento de que a legislação, atendendo a determinados créditos e credores, ou ainda em razão da natureza e das provas do crédito, admite uma ordem judicial de pagamento ou entrega de bem sem a citação e sem a participação do réu.³³⁶

Doutrina nacional abalizada adota esse posicionamento e defende que o mandado monitório é uma decisão interlocutória,³³⁷ por meio da qual o magistrado determina ao réu o pagamento de valor pecuniário ou entrega de coisa móvel devida. De acordo com esse entendimento, não se trata de sentença, uma vez que não põe fim a processo algum, mas tão somente a essa fase inicial.³³⁸ O mandado monitório difere substancialmente de uma sentença condenatória na medida em que esta é proferida após cognição plena e exauriente, portanto apoiada em um juízo de certeza, enquanto a ordem de pagamento é um provimento com prevalente função executiva.³³⁹

A segunda corrente, que tem como maior expoente Calamandrei, defende que o mandado de injunção, no momento de sua emissão, tem a natureza jurídica de uma sentença contumacial suspensivamente condicionada

³³⁵ CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitória: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77.

³³⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 80.

³³⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 374.

³³⁸ O art. 463 do Código de Processo Civil dispõe que “ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”. Isso levou alguns doutrinadores a entender que a sentença nada mais é do que o provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não a lide, conforme inclusive dispõe o art. 162, § 2º, do Código de Ritos. Ocorre que a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (cujo período de *vacatio legis* é de seis meses), alterou sobremaneira o conceito de sentença, ao estabelecer no art. 162, § 2º, que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Assim, por disposição legal expressa, a sentença não mais é o ato que põe termo ao procedimento em primeira instância. Essa alteração teve por finalidade imprimir coerência ao sistema, tendo em vista todas as modificações inseridas na legislação processual referentes ao cumprimento da sentença condenatória nos próprios autos do processo de conhecimento, a exemplo do que já ocorre com as obrigações de fazer e não fazer (art. 461) e obrigações de dar (art. 461-A)..

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 754.

à expiração do prazo destinado ao oferecimento de embargos pelo réu. Trata-se de um especial provimento de condenação, ao qual não se chega por meio de um processo, mas sim através de um simples procedimento, sem a instauração do contraditório. A atividade do magistrado se exaure se e quando o destinatário da ordem não oferecer sua oposição no prazo, o que faz com que o decreto adquira eficácia executiva definitiva.³⁴⁰

Calamandrei, equiparou o procedimento monitório ao processo contumacial,³⁴¹ ou seja, àquele que decorre da revelia do réu. Segundo o autor, o mandado monitório possui natureza jurídica de sentença condenatória suspensivamente condicionada. Na eventualidade de ser expedido o mandado inicial e o réu não apresentar embargos, ou seja, caso ocorra a condição que obsta a produção de efeitos do ato, a decisão transita em julgado e possibilita a execução imediata. Caso os embargos sejam opostos, os efeitos do mandado permanecem suspensos até que seja proferida uma decisão que os confirme.³⁴²

Esse posicionamento, com a devida vênia aos que pensam em contrário, nos parece o mais adequado. De fato, a decisão que determina a expedição do mandado de pagamento ou de entrega de coisa tem a natureza jurídica e a eficácia de sentença condenatória,³⁴³ acobertada pela coisa julgada material, sendo considerada, caso não sejam opostos embargos ou na eventualidade

³⁴⁰ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

³⁴¹ De acuerdo con el maestro de la Universidad de Florencia “para sentirse naturalmente inducidos a aproximar entre sí el proceso contumacial y el proceso monitorio, basta considerar el carácter más destacado de su estructura, que consiste en ambos en la falta del contradictorio. Puede parecer, sin embargo, para quien se detenga empíricamente en las formas exteriores de estos dos procedimientos, que las mismas difieran por la diversa colocación del pronunciamiento del juez en relación al momento en que se verifica la falta del contradictorio: mientras en el proceso contumacial la decisión es una consecuencia de la falta ya constatada de contradictorio (contumacia), en el procedimiento monitorio el pronunciamiento del juez (inyunción) precede a la realización efectiva de tal falta que es, en lugar de constatada, simplemente posible. Pero esta diferencia es más formal que sustancial; ya que en el proceso monitorio la inyunción, aun cuando aparentemente preceda a la constatación de la falta de contradictorio, en realidad se emite *en la presuposición* de que el demandado no haga oposición, o sea en la presuposición de que el procedimiento se agote sin dar lugar a contradictorio”. CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitório*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 69.

³⁴² LISBOA, Celso Anicet. O mandado monitório objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitória. *RePro* 83: 46-47.

³⁴³ Esse posicionamento é corroborado pela nova redação do art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil que, conforme citado alhures, define a sentença como “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

desses serem rejeitados, *ex vi legis*, título executivo judicial.³⁴⁴ O provimento do qual emana a ordem de pagamento se equipara, sob o prisma ontológico, a verdadeira sentença condenatória que, uma vez não impugnada, passa a gozar de eficácia executiva plena e imediata, decorrente da inércia do devedor. Trata-se de um provimento jurisdicional idêntico, por natureza, àquele contido em uma sentença condenatória, cujos efeitos ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material, tal como se dá quando emanada de um processo em que o réu se tornou contumaz.³⁴⁵

A oposição de embargos tem o condão de prolongar o estado de ineficácia do provimento, uma vez que o mandado, quando expedido, não produz efeitos imediatos, apenas vindo a produzi-los em duas situações: na hipótese em que o réu não ofereça oposição a ele, ou, caso o faça, sejam os embargos rejeitados. Em outras palavras, a ordem de pagamento, ao ser emitida, nunca produz efeitos: já nasce condicionada à não oposição de embargos pelo réu. Nesse sentido, o mandado de pagamento ou de entrega confere à ordem judicial o perfil de um ato sujeito ao implemento de uma condição, um ato cuja eficácia é deferida e que somente produzirá efeitos depois de decorrido o prazo sem o oferecimento de impugnação pelo réu.³⁴⁶

Assim, muito embora o art. 1.102c estabeleça que a oposição tempestiva dos embargos tem o condão de suspender a eficácia do mandado inicial, é importante observar que a ordem expedida pelo magistrado já nasce neutralizada pelo prazo de quinze dias de que dispõe o réu, bem como condicionada a ser eficaz tão somente nas hipóteses em que os embargos não sejam opostos, ou, uma vez que o sejam, venham a ser rejeitados.³⁴⁷

A decisão que defere a expedição do mandado de pagamento ou entrega de coisa deverá ser fundamentada, conforme dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 165, do Código de Processo Civil. Tal fundamentação há que ser analítica não apenas com relação ao exame da

³⁴⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 1.312.

³⁴⁵ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

³⁴⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3^a ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 77.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 77.

prova, mas sobretudo no que se refere à certeza, liquidez e exigibilidade do direito invocado pelo autor, que devem ter reconhecimento expresso, ainda que *sub conditione*, pelo prolator da decisão.³⁴⁸ Decisão que não contenha fundamentação é nula de pleno direito, de modo que cumpre ao magistrado motivar sua decisão, apontando quais os elementos que o levaram à convicção da probabilidade da existência do crédito.³⁴⁹

Ademais, a decisão deverá impor ao réu o pagamento das custas e honorários advocatícios, uma vez que o art. 1.102c, § 1º, o libera desse ônus caso venha a cumprir tempestivamente o mandado de pagamento ou entrega. Dessa forma, a condenação é fundamental, para que possa haver a isenção pela lei referida, bem como de modo a servir como um estímulo ao adimplemento da condenação.³⁵⁰

Tendo em vista a natureza jurídica da decisão que determina a expedição do mandado de pagamento ou entrega de coisa, que nada mais é do que uma sentença condenatória suspensivamente condicionada, o autor, com base no art. 466 do Código de Processo Civil, poderá providenciar, junto ao cartório de registro de imóveis, a constituição de hipoteca judiciária³⁵¹ sobre bens do devedor.³⁵²

A decisão que determina a expedição do mandado de pagamento ou de entrega de coisa não é passível de ser impugnada por recurso, pois o Código de Processo Civil, no art. 1.102c, estabelece claramente que o meio de que dispõe o réu para insurgir-se contra a decisão contra si emanada são os embargos ao mandado. A irrecorribilidade não decorre da natureza jurídica do ato judicial, mas sim pela falta de interesse do réu, que dispõe de instrumento

³⁴⁸ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre a ação monitória. Lei nº 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos* 14. Bauru, abril-julho, 1996, p. 64.

³⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 105.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 64

³⁵¹ A hipoteca judicial, de origem francesa, é a que a lei atribui à sentença condenatória e consiste no direito real conferido ao exequente sobre bens do executado, em garantia da execução do julgado. O direito a essa hipoteca apenas surge com julgamento definitivo. Desde que obtenha decisão favorável, assiste ao autor o direito de fixar bens do réu, para vendê-los e assim obter suficientes recursos à satisfação do julgado. A procedência da hipoteca é, pois, jurisdicional. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das coisas*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 416. Apud: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

³⁵² *Ibid.*, p. 89.

mais adequado para a impugnar a decisão contra si proferida. A interposição de qualquer outro recurso carece de interesse recursal,³⁵³ o que tende a ocasionar o não conhecimento deste, uma vez que o réu dispõe de mecanismo idôneo e adequado para impugnar o mandado monitório.

4.11. A científicacão do réu

Muito embora o art. 1.102b não faça menção expressa à necessidade de citação do réu, ela necessariamente deverá acontecer, tendo em vista a necessidade de dar ciência ao demandado da ação que em face dele foi ajuizada, a fim de que ele possa, querendo, cumprir a ordem judicial ou oferecer embargos. A citação é o ato de científicacão, de comunicação ao réu, para que ele possa exercer o direito de defesa que lhe é constitucionalmente assegurado, nos termos do art. 5º, LV, da Magna Carta.³⁵⁴ Muito embora o objetivo principal do mandado de pagamento não seja exatamente a científicacão do réu a fim de que este ofereça defesa, mas sim que cumpra a ordem de pagamento ou entrega de coisa, a citação é uma exigência impostergável para a existência do processo em relação a este, bem como à existência da própria sentença.³⁵⁵

De acordo o art. 219 do CPC, a citação válida induz litispêndênciac, ou seja, a partir do momento em que o réu é validamente científicado de que uma ação em face dele foi proposta, a lide está pendente. Ademais, a citação válida

³⁵³ Eduardo Talamini defende que a decisão que determina a expedição de mandado sempre será recorrível, sob o argumento de que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema recursal de admissibilidade genérica, pelo qual todo provimento que não seja sentença nem despacho de mero expediente será impugnável através de agravo. O autor é coerente com o posicionamento de que a ordem de pagamento tem natureza jurídica de decisão interlocutória. TALAMINI, Eduardo. Tutela Monitória. *A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82.

³⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 315.

³⁵⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, vol. 2. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268.

integra um dos pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual, cuja ausência implica na inexistência³⁵⁶ desta.

Dessa forma, o réu não apenas será intimado³⁵⁷ para cumprir o mandado de pagamento ou de entrega de coisa, bem como das consequências decorrentes de seu descumprimento, como também será citado para integrar a relação jurídica processual.³⁵⁸ Do mandado deve constar a advertência³⁵⁹ de que, se não forem opostos embargos no prazo de quinze dias, o mandado monitório converter-se-á, *pleno iure*, em mandado executivo, o que possibilitará a execução imediata, sem solução de continuidade, bem como a notícia de que se o réu cumprir o comando emergente do mandado, ficará isento das custas processuais e dos honorários advocatícios, nos termos do art. 1.102c, § 1º, do CPC.³⁶⁰

O procedimento monitório, cuja natureza jurídica é de processo de conhecimento condenatório, não apresenta grandes peculiaridades no que se refere à citação.³⁶¹ A doutrina tem debatido acerca da possibilidade de citação ficta (por edital e hora certa³⁶²), nessa modalidade procedural. A jurisprudência, entretanto, tem reiteradamente aceitado que a citação, no

³⁵⁶ Se o ato nulo é viciado de alguma forma, o inexistente não chega a ser, juridicamente. Ainda que para ambos os casos deva haver pronunciamento judicial, aquele estará submetido a um prazo qualquer, que tenha sido estabelecido em lei. O mesmo não ocorre com os atos inexistentes, cuja possibilidade de vulneração não se submete a prazo algum. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 210.

³⁵⁷ A injunção a pagar ou entregar coisa, bem como a advertência acerca dos efeitos de sua inércia, se constitui numa intimação acoplada à citação. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 241.

³⁵⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

³⁵⁹ A lei não faz referência, mas é imprescindível, à luz do que dispõe o art. 285 do CPC, que o réu seja advertido de que, caso não pague ou entregue a coisa no prazo fixado em lei, tampouco ofereça embargos, o mandado judicial converter-se-á, *ex vi legis*, em título executivo judicial, possibilitando sua imediata execução. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 240.

³⁶⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.312.

³⁶¹ A citação no procedimento monitório será feita através das vias usuais, quais sejam: correio, oficial de justiça, precatória, edital etc., conforme o caso. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 241.

³⁶² A citação com hora certa tem sido admitida no procedimento monitório. (STJ, 3.ª T., REsp 211146- SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 8.6.2000, v.u., DJU 1.8.2000).

procedimento monitório, seja feita por edital, havendo inclusive sumulado tal entendimento.³⁶³

De fato, não há nada que impeça a que o réu seja citado por edital ou por hora certa. Levando-se em consideração que estamos diante de processo de conhecimento condenatório,³⁶⁴ na eventualidade do réu ter sido fictamente citado, e não oferecer embargos no prazo estipulado para tanto, deverá lhe ser nomeado curador especial,³⁶⁵ nos termos do art. 9º, II, do Código de Processo Civil. Dessa forma, o principal efeito da revelia, qual seja, a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial, estará afastada, tendo em vista o oferecimento de embargos pelo curador, o que ocasionará a provocação do contraditório.

Os mesmos motivos que obstante a que os efeitos da revelia se apliquem no procedimento comum, na hipótese em que o réu seja citado por hora certa ou por edital, se aplicam no que concerne à impossibilidade de constituição, ex *vi legis*, do mandado monitório em título executivo judicial. Essa conclusão é reforçada pelo entendimento jurisprudencial sumulado pelo STJ, mediante o qual “ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos” (Súmula 196). Assim, se no processo executivo, que se inicia mediante a apresentação de título executivo, prevalece esse entendimento, o que dizer do procedimento monitório, que visa justamente a constituição célere daquele? A questão atualmente resta pacificada em sede jurisprudencial, após a edição da Súmula 282 do STJ, por meio da qual se admite a citação por edital no procedimento monitório.³⁶⁶

³⁶³ “Segundo assentou a Eg. Segunda Seção do STJ, é possível a citação do réu por edital em ação monitória. REsp nº 297.421-MG. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 4.ª T., REsp 215844- GO, rel. Min. Barros Monteiro, j. 29.5.2001, v.u., DJU 27.8.2001).

³⁶⁴ “O procedimento monitório é uma das formas de desenvolvimento do processo de conhecimento, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, as disposições gerais de procedimento ordinário. Assim, inexistindo no procedimento especial da monitória vedação ao emprego de citação por edital, aplicam-se-lhe as regras do procedimento ordinário para a realização de comunicação das partes” (STJ, 3.ª T., REsp 297413- MG, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 20.3.2001, v.u., DJU 28.5.2001).

³⁶⁵ “É possível a citação por edital do réu em ação monitória. No caso de revelia, nomear-se-á curador especial para exercer a defesa do réu através de embargos” (STJ, 2.ª Seção., REsp 297421- MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 9.5.2001, por maioria, DJU 12.11.2001).

³⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 3. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 275.

O prazo para cumprimento do mandado de pagamento ou de entrega de coisa é de quinze dias, que serão contados de acordo com o que dispõe o art. 241 do Código de Processo Civil.³⁶⁷ A exemplo do que ocorre no procedimento comum ordinário, no qual o prazo para resposta do réu é de quinze dias (art. 297, do CPC), o prazo para oposição de embargos no procedimento monitório começará a fluir a partir da juntada aos autos do aviso de recebimento, do mandado cumprido, ou ainda ao final do prazo assinalado pelo juiz, conforme se trate de citação real ou ficta.

É importante observar que o prazo de que dispõe o réu para embargar é preclusivo, e não será contado em dobro em caso de litisconsórcio passivo, uma vez que os embargos têm natureza jurídica de ação, e não de contestação, o que afasta, por evidência, a regra contida no art. 191 do Código de Processo Civil.³⁶⁸

Assim, uma vez que o réu tenha sido validamente citado para integrar a relação jurídica processual, bem como intimado para cumprir o mandado de pagamento ou entrega de coisa, poderá, no prazo supra mencionado, exercer três comportamentos: efetuar o pagamento; quedar-se inerte; ou oferecer embargos ao mandado.³⁶⁹

4.12. Cumprimento voluntário do mandado de pagamento ou entrega

Uma vez validamente cientificado, o réu poderá, no prazo de quinze dias estabelecido em lei, efetuar o pagamento ou a entrega de coisa, o que fará com que haja a extinção regular do procedimento monitório. O art. 1.102c, § 1º, do Código de Processo Civil, dispõe que:

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.756.

³⁶⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 100.

³⁶⁹ É possível que o réu, no prazo de quinze dias estabelecido em lei, oponha as chamadas exceções rituais, com o objetivo de impugnar eventual incompetência relativa do juízo, ou o impedimento e a suspeição do juiz. MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

“cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios”

O objetivo desse comando normativo é justamente incentivar o réu a cumprir voluntariamente o mandado, a exemplo do que dispõe a Lei do Inquilinato, no que refere à isenção de custas e honorários advocatícios ao locatário que desocupar tempestivamente o imóvel, na hipótese de retomada motivada (art. 61 da Lei 8.245/91).³⁷⁰ Trata-se de uma vantagem que a lei expressamente assegura ao réu que reconhecer sua condição de devedor e cumprir voluntariamente o mandado, pagando a importância ou entregando a coisa reclamada, evitando, dessa forma, o moroso e custoso caminho da cognição e do contraditório que se instaura por intermédio dos embargos.³⁷¹

O réu só fará jus à isenção das custas e honorários advocatícios se adimplir a ordem de pagamento ou entrega no prazo de quinze dias. Caso se decida a pagar após a convolação do mandado em título executivo judicial, ou depois de iniciada a execução, não mais poderá reclamar o benefício assegurado em lei.³⁷²

Para que possa cumprir o mandado monitório, cumpre ao réu constituir advogado, dotado de capacidade postulatória. Caso se trate de pagamento de soma pecuniária, nada obsta a que o réu, mediante a utilização de guia de depósito judiciário, faça o depósito da soma devida na conta corrente do juízo, em favor do autor da ação. Nessa hipótese, o magistrado abrirá vista ao demandante para que este manifeste sua concordância ou não com a soma depositada. Porém, o mais usual é que o réu constitua profissional habilitado para defender-lhe os interesses. Não poderá retirar os autos de cartório a fim de verificar detalhadamente o montante de seu débito, tampouco efetuar a entrega de coisa em juízo, sem a presença de um profissional habilitado para tanto.³⁷³

³⁷⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 145.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 145.

³⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.758.

³⁷³ De acordo com o art. 3º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, “advogado é o profissional legalmente habilitado a orientar, aconselhar e representar seus clientes, bem como a defendê-los os direitos e interesses em juízo ou fora dele”. E o art. 1º do Estatuto prescreve que: “são

Uma vez que o réu cumpra voluntariamente o mandado, no prazo assinalado em lei, o juiz irá proferir uma sentença de extinção do processo, determinando o arquivamento dos autos.

A exemplo do que ocorre no procedimento comum, no que tange ao reconhecimento jurídico parcial do pedido (art. 269, II, do CPC), não nos parece desarrazoada a idéia de que o réu pode cumprir parcialmente o mandado de pagamento ou entrega. Nesse caso, o autor será intimado para receber aquilo que lhe foi ofertado, de modo que o réu poderá oferecer embargos com relação ao valor ou a quantidade remanescente. Caso o réu não oponha embargos no prazo legal, constituir-se-á o título executivo judicial tão somente em relação à quantia pecuniária ou quantidade que não foi objeto de pagamento ou entrega, cabendo ao magistrado tão somente delimitar a extensão do bem da vida a ser objeto de execução.³⁷⁴

4.13. Oposição de embargos ao mandado monitório

O art. 1.102c, com a nova redação que lhe conferiu a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005,³⁷⁵ estabelece que:

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

Assim, o réu poderá, nos quinze dias subsequentes à juntada do mandado de citação ou do aviso de recebimento aos autos (art. 241, do CPC), impugnar o mandado de pagamento ou de entrega de coisa por meio de

atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

³⁷⁴ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83-84.

³⁷⁵ A teor do que dispõe o art. 8º da sobredita lei, a *vacatio legis* é de seis meses, findo os quais ela entrará em vigor.

embargos, os quais têm o condão de prolongar o estado de ineficácia do provimento concedido em favor do autor. Com a oposição dos embargos, inicia-se um procedimento incidental de cognição exauriente, disciplinado pelas regras atinentes ao procedimento comum ordinário.³⁷⁶

Nada impede que os embargos sejam parciais, ou seja, impugnem tão somente parte da pretensão do autor da monitória, de modo que, nessa hipótese, a parcela do crédito que não foi objeto de embargos será convertida em título executivo judicial, possibilitando, dessa forma, a sua imediata execução.³⁷⁷

4.13.1. Natureza jurídica dos embargos

Muito se discute na doutrina acerca da natureza jurídica dos embargos ao mandado. Parte dos autores defende a idéia de que eles constituem mera defesa do réu, podendo ser classificados como uma contestação ofertada dentro do próprio procedimento monitório. Segundo esse entendimento, os embargos são mera oposição à pretensão monitória, de modo que não se confundem com os embargos do devedor, cabíveis tão somente no processo de execução *stricto sensu*. Nesse sentido, os embargos não instauram novo processo.³⁷⁸ Muito embora tenha essa denominação³⁷⁹, trata-se de defesa do réu processada nos próprios autos, nos moldes de uma simples contestação.³⁸⁰

³⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995.* 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 90.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 91.

³⁷⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY Junior, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.313.

³⁷⁹ O vocábulo embargos é utilizado em diversas acepções pelo Código de Processo Civil, ora designando ação (embargos do devedor, embargos de terceiro), ora recurso (embargos de declaração, embargos infringentes, embargos de divergência), ou ainda oposição extrajudicial do autor de ação de nunciação de obra nova (embargos verbais do art. 935 do CPC). Em razão disso, é plenamente justificável a polêmica em torno da natureza jurídica que a expressão assume no procedimento monitório. MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 83-84.

³⁸⁰ De acordo com Carreira Alvim, qualquer tentativa de aproximação dos “embargos monitórios” aos “embargos do devedor”, para considerá-los uma verdadeira ação, não teria qualquer sentido, porquanto se o documento (prova escrita) carece de eficácia executiva, nada existe que deva ser “desconstituído”. O objetivo dos embargos é neutralizar a eficácia do

Outra corrente defende a idéia de que os embargos são uma típica ação incidental de conhecimento, por meio da qual inicia-se um procedimento com cognição plena e exauriente, regido pelas normas relativas ao procedimento comum ordinário. Os embargos opostos dão origem a um procedimento incidente ao procedimento monitório, sobre o qual produzirá os efeitos que em sentença forem impostos.³⁸¹ Guardam semelhança com os embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial, os quais enseja, uma vez opostos, um processo autônomo de conhecimento, incidente ao monitório, que observa a tramitação relativa ao procedimento comum ordinário (art. 1.102c, § 2º).³⁸²

Com a devida vénia aos que pensam em contrário, a segunda corrente, que entende serem os embargos ação incidental de conhecimento, é a mais adequada aos desideratos do procedimento monitório. Com efeito, o objetivo do legislador reformista, ao engendar o procedimento monitório como uma das modalidades de tutela jurisdicional diferenciada, foi justamente acelerar e, na medida do possível, desburocratizar a prestação jurisdicional. Ora, se esse foi o propósito fundamental, os embargos ao mandado somente podem ter natureza jurídica de ação, de modo a comportar uma pluralidade de *causae*: a *causa excipiendi*, destinada à defesa do embargante propriamente dita; e a *causa petendi* do pleito condenatório, decorrente dos mesmos fatos que constituem a pretensão do autor da monitória.³⁸³ Dessa forma, seria absolutamente desnecessária a propositura de reconvenção, de contra-ataque a ser ajuizado pelo embargante, com o objetivo de formular pedido de prestação jurisdicional em seu favor.

Porém, não obstante o posicionamento aqui explanado, o fato é que a jurisprudência tem considerado os embargos como forma de defesa,³⁸⁴

mandado inicial, este sim dotado de força coercitiva, mas não do documento que lhe serve de fundamento. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitório: Lei 9.079, de 14/07/95*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 114.

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 758.

³⁸² MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

³⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

³⁸⁴ “Segundo a *mens legis* os embargos na ação monitória não têm ‘natureza jurídica de ação’, mas se identificam com a contestação. Não se confundem com os embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial, vez que, inexiste ainda título executivo a

posicionamento esse que, com a devida vênia, não nos parece o mais adequado. O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que “*a reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário*”.³⁸⁵ Isso equivale a dizer que os embargos ao mandado, sob a perspectiva jurisprudencial, têm natureza jurídica de defesa.

Porém, *concessa venia*, a própria legislação previu que o mandado ficará suspenso quando forem opostos os embargos (art. 1.102c, caput). Dessa forma, pensamos tratar-se de típica forma incidental³⁸⁶ de desconstituição do provimento inicial e (ou) de reconhecimento da inexistência do crédito. No sistema processual brasileiro, esse resultado é obtido por meio de nova demanda, geradora de outro processo.³⁸⁷

O entendimento de que os embargos têm natureza jurídica de mera contestação encerra uma contradição com os próprios termos da lei.³⁸⁸ Implica em reconhecer que a sentença ao final proferida versa sobre o mérito da própria monitória, e não dos embargos, de modo que, uma vez que a decisão seja de procedência, ela, e não o mandado monitório suspenso, é que vai

ser desconstituído. Não pagando o devedor o mandado monitório, abre-se-lhe a faculdade de defender-se, oferecendo qualquer das espécies de respostas admitidas em direito para fazer frente à pretensão do autor. Os embargos ao decreto injuncional ordinariamente o procedimento monitório e propiciam a instauração da cognição exauriente, regrado pelas disposições de procedimento comum. Por isso, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvenção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. A tutela diferenciada introduzida pela ação monitória, que busca atingir, no menor espaço de tempo possível a satisfação do direito lesado, não é incompatível com a ampla defesa do réu, que deve ser assegurada, inclusive pela via reconvencional. Recurso provido, na parte em que conhecido. (STJ, 2.ª Seção, REsp 222937-SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 9.5.2001, m.u., DJU 2.2.2004).

³⁸⁵ Súmula 292 do Superior Tribunal de Justiça.

³⁸⁶ De acordo com Dinamarco, incidentes do processo são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes, sem vida própria: não dão formação a uma nova relação processual e terminam com uma decisão interlocatória, não com sentença (são assim as exceções rituais, que não passam de incidentes do processo). Processo incidente é um processo novo, nova relação processual, que se instaura por causa de outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 759.

³⁸⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 3. 7^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 274-275.

³⁸⁸ Aqueles que sustentam terem os embargos monitórios a natureza jurídica de uma contestação, a ser inserida na mesma relação jurídica do procedimento monitório sem dar origem a um procedimento novo, mas a mero incidente do processo, deve concluir que o ato julgador dessa suposta contestação seria uma decisão interlocatória e não sentença, sendo portanto suscetível de agravo e não de apelação. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 759.

atuar, como título executivo judicial, o que desmorona a estrutura estabelecida em lei.³⁸⁹

Se o legislador objetivasse considerar os embargos outro meio que não uma ação incidental, teria o dito claramente e não feito uso do termo embargos. Tampouco afirmaria, no § 2º do art. 1.102c, que “**os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário**”. Ora, se se tratasse de mera contestação, não haveria necessidade de fazer constar que serão processados nos mesmos autos, uma vez que a contestação sempre é processada nos mesmos autos. Ademais, não haveria que se cogitar de segurança do juízo, caso se tratasse de direito de defesa. Daí tratar-se de ação autônoma, tal qual aquelas condicionadas à segurança do juízo, como no caso dos embargos do devedor.³⁹⁰

A sentença proferida nos embargos é sentença de mérito, que fica acobertada pela autoridade da coisa julgada, no que tange ao que for declarado. Na hipótese dos embargos serem procedentes, é possível que seja reconhecida tanto a inexistência da relação jurídica alegada pelo autor da monitória, como seja acolhida alguma causa impeditiva, modificativa ou extintiva do crédito. No primeiro caso, sentença será revestida de eficácia declaratória e, no segundo, terá eficácia constitutiva negativa. Esse julgamento não é diferente daquele proferido nos embargos à execução, cuja eficácia principal é a de desconstituir o título executivo que embasa a execução.³⁹¹

Dessa forma, no que se refere à ação principal (seja monitória, seja executiva), a decorrência processual em caso de procedência dos embargos é a mesma, qual seja, sua extinção. Assim como a execução é extinta quando os embargos ajuizados são integralmente acolhidos, o mesmo deve se dar com a monitória. A oposição de embargos prolonga o estado de ineficácia do mandado inicial, o que nos leva a crer que, com a oposição tempestiva destes,

³⁸⁹ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

³⁹⁰ FARES, Ali Taleb. Procedimento monitório: natureza jurídica e via para cobrança de cheque prescrito. *RT* 825, p. 115.

³⁹¹ Salvo na hipótese dos embargos serem opostos com o objetivo de declarar a inexistência da relação creditícia. MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 149.

duas ações estarão se processando: a principal, que é a sumária, cujo mandado permanece suspenso por força da oposição, e os embargos, que é ação incidental e de cognição plena, que segue o procedimento ordinário. Isso nos leva a concluir que a extinção da primeira forçosamente depende do acolhimento da segunda, de modo que, enquanto isso não ocorrer, o mandado de pagamento ou de entrega da coisa permanece suspenso, sem surtir efeitos.³⁹²

Por outro lado, na eventualidade de serem rejeitados os embargos, pela inconsistência das alegações nele formuladas, a consequência é a prevista no § 3º do art. 1.102c, ou seja, a constituição, *pleno iure*, do mandado monitório em título executivo judicial. Nesse caso, a sentença de improcedência terá eficácia meramente declaratória, a exemplo do que ocorre com qualquer sentença de improcedência, o que possibilita a imediata produção de efeitos do mandado de pagamento ou de entrega.

4.13.2. Embargos ao mandado e ônus da prova

Nenhuma restrição é imposta ao embargante, no que se refere ao conteúdo da argumentação a ser desenvolvida. Toda e qualquer matéria, seja de natureza processual, seja de natureza substancial, poderá ser alegada.³⁹³ Levando-se em consideração a natureza jurídica de ação incidental, o embargante terá ampla oportunidade de instrução probatória, não estando adstrito à produção exclusiva de prova literal, pertinente tão somente em relação ao procedimento monitório.

Ademais, é possível ao embargante formular mais de um pedido, em cumulação objetiva, visando não apenas a rejeição da tutela monitória por algum vício formal (pressupostos processuais ou condições da ação), como também a declaração de inexistência do crédito representado pelo documento

³⁹² *Ibid.*, p. 149.

³⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995*. 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 90.

escrito, no qual foi lastreado o mandado de pagamento ou entrega de coisa. Poderá, ainda, pleitear a condenação do embargado por eventual débito derivado do mesmo negócio jurídico que deu ensejo à propositura da demanda monitória. O pedido de natureza condenatória, muito embora não tenha cunho reconvencional, deve, evidentemente, ser fundado no mesmo fato ou fatos (*causa petendi*), articulados pelo autor da monitória.³⁹⁴

Muito embora o contraditório seja instaurado por iniciativa do réu, mediante o oferecimento de embargos, não se verifica nenhuma alteração de monta no que tange à distribuição do ônus da prova.³⁹⁵ Ainda que os embargos sejam qualificados como ação incidental, prevalece o objetivo fundamental destes, que é o de impugnar a pretensão do autor da monitória, de modo que as regras estabelecidas no art. 333 do Código de Processo Civil se aplicam plenamente. Assim, cabe ao autor-embargado a prova dos fatos constitutivos do seu alegado direito, enquanto ao réu-embargante a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária.³⁹⁶ Ao embargante, de qualquer forma, cabe o ônus de provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do autor da monitória, de modo a superar a convicção outrora formada pelo magistrado, ao determinar a expedição do mandado inicial.³⁹⁷

Dessa forma, se por um lado os embargos ao mandado têm natureza jurídica de ação, com aptidão para gerar um novo processo, por outro lado eles são direcionados a garantir a defesa do demandado; e é justamente por essa razão que, não obstante o réu da monitória assuma a posição de autor dos embargos, continua sendo dele, embargante, o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do embargado, de acordo com as regras estabelecidas no art. 333, II, do Código de Processo Civil.³⁹⁸

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 90.

³⁹⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 151.

³⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 762.

³⁹⁷ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 97.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 99.

4.13.3. O julgamento dos embargos e o meio de impugnação

Na eventualidade dos embargos ao mandado serem liminarmente rejeitados, através de sentença terminativa (art. 267, I, do CPC),³⁹⁹ a apelação interposta será recebida em ambos os efeitos,⁴⁰⁰ a teor do que dispõe o caput do art. 520 do Código de Processo Civil.⁴⁰¹

Caso os embargos sejam julgados improcedentes, a sentença de mérito será revestida de eficácia declaratória positiva, uma vez que declara como existente a obrigação do embargante.⁴⁰² Assim, opera-se a conversão do mandado monitório em título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, do Código de Processo Civil, com as alterações que lhe foram impostas pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

A formação do título executivo judicial decorre da ordem de pagamento inicial, de modo que não é a sentença de rejeição (seja por razões de mérito ou preliminares) que o constitui, uma vez que esta tão somente declara que as alegações formuladas pelo embargante são infundadas. A lei é clara no sentido

³⁹⁹ Considerando que os embargos são opostos nos autos do processo já pendente, surge uma dificuldade prática no processamento do apelo do réu, uma vez que os autos não poderão ser encaminhados ao tribunal. Isso poderá fazer com que prevaleça, a exemplo do que ocorre com a reconvenção e a ação declaratória incidental, o entendimento de que o recurso cabível nessa hipótese será o agravo de instrumento. *Ibid.*, p. 101.

⁴⁰⁰ “As hipóteses excepcionais de recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo, porque restritivas de direitos, limitam-se aos casos previstos em lei. Os embargos à monitória não são equiparáveis aos embargos do devedor para fins de aplicação analógica da regra que a estes determina seja a apelação recebida só no seu efeito devolutivo. Rejeitados liminarmente os embargos à monitória ou julgados improcedentes deve a apelação ser recebida em ambos os efeitos, impedindo o curso da ação monitória até que venha a ser apreciado o objeto dos embargos em segundo grau de jurisdição” (STJ, 3.^a T., REsp 207728-SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 17.5.2001, m.u., DJU 25.6.2001).

⁴⁰¹ O efeito suspensivo é aquele em virtude do qual se impede a produção imediata dos efeitos da decisão, qualidade esta que perdura até o julgamento do recurso, com a preclusão ou com a coisa julgada. Tal efeito tem o condão não de suspender, mas de obstar a produção de efeitos, de modo a impedir o início da execução. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

⁴⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.763.

de que, rejeitados os embargos, a decisão concessiva do mandado converter-se-á em título executivo judicial.⁴⁰³

A apelação eventualmente interposta pelo sucumbente será recebida no efeito devolutivo e suspensivo,⁴⁰⁴ a teor do que dispõe o *caput* do art. 520 do Código de Processo Civil.⁴⁰⁵ Pensamos que, *de lege ferenda*, levando-se em consideração os objetivos do procedimento monitório, que nada mais são do que formar de maneira célere o título executivo judicial, possibilitando a sua imediata execução, a apelação deverá ser recebida, por analogia ao disposto no art. 520, V, do Código de Processo Civil, tão somente no efeito devolutivo,⁴⁰⁶ possibilitando, assim, a execução provisória do título executivo.⁴⁰⁷ Porém, *de lege lata*, o rol estabelecido no art. 520 é taxativo, o que, em regra, não comporta interpretação extensiva.⁴⁰⁸ O próprio art. 475-I, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, estabelece no § 1º que,

“é definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”.

⁴⁰³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 3. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 276.

⁴⁰⁴ Dinamarco ensina que “da natureza e propósitos da tutela monitória decorre que *não pode ter efeito suspensivo* a apelação interposta contra a sentença que rejeita os embargos opostos ao mandado. A oferta da tutela jurisdicional em breve tempo, que caracteriza os processos diferenciados em geral e o monitório em particular, ficaria prejudicada se ao autor fossem impostas as demoras inerentes a dois graus de jurisdição” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 765-766.

⁴⁰⁵ Prevalece o entendimento jurisprudencial de que a regra especial sobre os efeitos da apelação contra sentença proferida em embargos à execução (CPC, art. 520, V) não se estende, em circunstância alguma, aos embargos da ação monitória. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 376.

⁴⁰⁶ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 109-110.

⁴⁰⁷ Isso implica em necessariamente reconhecer a natureza jurídica de ação dos embargos ao mandado, para que, assim, se possa incluí-lo no rol taxativo do art. 520 do CPC.

⁴⁰⁸ A regra é que os recursos são dotados de efeito suspensivo. Enquanto sujeita a recurso, a decisão, em princípio, não produz efeitos. Excepcionalmente, a lei, negando suspensividade ao recurso, permite que a decisão se torne eficaz antes de transitar em julgado. Essa antecipação pode concernir a toda a eficácia, ou só a alguns efeitos da decisão. Resulta necessariamente de texto legal expresso, ou de categórica imposição sistemática. No silêncio da lei, deve-se normalmente entender que o recurso tem efeito suspensivo. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 123.

Se lhe foi atribuído efeito suspensivo, não há que se falar em execução provisória.

Na hipótese dos embargos serem julgados parcialmente procedentes, a sentença irá declarar parcialmente a existência do crédito, bem como também irá declarar que a outra parte da obrigação é inexistente, reduzindo assim o âmbito do mandado inicial àquilo que for reconhecido como de direito. Nesse caso, nasce tanto para o embargante quanto para o embargado o interesse recursal, de modo que as eventuais apelações interpostas serão recebidas, a exemplo do que ocorrem nas situações anteriormente analisadas, em ambos os efeitos, o que prolonga o estado de ineficácia do provimento judicial.

Na eventualidade dos embargos serem acolhidos, e a sentença for de mérito, haverá o reconhecimento da inexistência total ou parcial do crédito que o embargado afirmava ter. Caso os embargos tenham veiculado tão somente questões processuais, a sentença de acolhimento proferida pelo magistrado terá natureza terminativa, o que, a teor do que dispõe o art. 268 do Código de Processo Civil, possibilita novamente o ajuizamento da demanda. Em ambas as hipóteses, a exemplo do que anteriormente foi exposto, a apelação será recebida no duplo efeito (art. 520, do CPC).

4.14. Inércia do réu: formação do título executivo judicial

Na eventualidade do demandado deixar transcorrer *in albis* o prazo para efetuar o pagamento ou ofertar embargos, estará assumindo tacitamente sua condição de devedor, o que autorizará a imediata conversão, *ex vi legis*, do mandado monitório em título executivo judicial, conforme dispõe o *caput* do art. 1.102c, do Código de Processo Civil.

A técnica do deslocamento do contraditório faz com que a inércia do réu acarrete, de pleno direito, a conversão do mandado monitório em título executivo judicial, o que torna absolutamente desnecessário qualquer

pronunciamento, pelo magistrado, acerca da procedência da pretensão deduzida pelo autor.⁴⁰⁹

A conversão do mandado inicial em título executivo se dá em virtude de disposição legal expressa, de modo que a execução prosseguirá na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, do Código de Processo Civil, ou seja, nos mesmos autos e sem solução de continuidade. Constituído o título executivo judicial pelo implemento da condição suspensiva, qual seja, a ausência de embargos, segue-se a execução do julgado, nos mesmos autos, da mesma forma prevista para o caso de rejeição destes. Em outras palavras, a teor do que estabelece o art. 475-I, acrescentado pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005,

“o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”.

4.15. A execução do mandado de pagamento ou entrega

A Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, aboliu o processo de execução autônomo de título executivo judicial. Dentre as inúmeras significativas alterações, a novel legislação prevê o cumprimento da sentença como uma fase procedural posterior ao trânsito em julgado, sem a necessidade de instauração de um novo processo. Sua execução passa a ocorrer no próprio processo em que ela foi proferida, ou seja, na mesma relação jurídica processual, independentemente da instauração de um processo de execução posterior.

O novo diploma legal estabelece a chamada “fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento”, alterando, assim, o próprio conceito de sentença, que não mais pode ser caracterizada como o ato judicial que põe

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 85.

fim ao processo de conhecimento.⁴¹⁰ A teor do que dispõe a nova redação do art. 162, § 1º, “**sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei**”. Assim, a sentença passível de ser executada nos mesmos autos do processo de conhecimento é tão somente aquela que veicula os conteúdos previstos no art. 269 do Código de Processo Civil, combinado com o novo art. 475-N do mesmo diploma legal.

As sentenças cujo provimento disponha acerca de obrigações de fazer ou não-fazer (art. 461), ou tenham por conteúdo obrigação de dar (art. 461-A), continuam sendo tuteladas nos próprios autos do processo de conhecimento. O novo art. 475-I, ao disciplinar o tema, estabelece que,

“o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei (conforme se trate de obrigação de fazer ou não fazer, ou entregar coisa, respectivamente) ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”.

Assim, os novos artigos do Código de Processo Civil hão de ser aplicados tão somente na hipótese em que a sentença proferida pelo juiz condenar o réu no pagamento de determinada soma pecuniária.⁴¹¹

Assim, pode-se afirmar que, tendo em vista a alteração empreendida pela reforma legislativa, a prestação jurisdicional apenas se esgota com a atribuição, a quem de direito, do bem da vida almejado, ou seja, pela concretização do pedido mediato formulado pelo autor.

Ademais, os atos executivos a serem praticados posteriormente ao trânsito em julgado da decisão que condene o réu no pagamento de quantia sofreu notável simplificação, que pode ser constatada pela eliminação da nomeação de bens à penhora pelo devedor, avaliação pelo próprio oficial de justiça, simplificação na intimação da penhora, cabimento de impugnação em

⁴¹⁰ A redação original do art. 162, § 1º, do CPC, que dispunha ser a sentença “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, não primava pela exatidão. Pela perspectiva anterior à alteração legislativa, a sentença colocava fim ao procedimento em primeira instância, uma vez que, caso fossem interpostos recursos, a lide continuaria pendente, porém em grau recursal.

⁴¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 66.

lugar de embargos _ que não são revestidos de efeito suspensivo, entre outras.⁴¹²

O procedimento monitório, cuja natureza jurídica é de processo de conhecimento condenatório, foi plenamente alcançado pela alteração legislativa. O art. 1.102c, com a alteração que lhe foi imposta pela novel legislação, dispõe que:

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

Assim, na eventualidade do réu não oferecer embargos, haverá a conversão do mandado monitório em título executivo judicial, de modo que o cumprimento da sentença dar-se-á, conforme estabelece o *caput* do art. 1.102c, na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, do Código de Processo Civil, ou seja, nos termos estabelecidos pelo art. 475-J e seguintes. Nessa hipótese, o devedor terá o prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário da condenação, independentemente de citação ou de intimação. A própria sentença implica na abertura do prazo de 15 dias para o pagamento do valor da condenação.⁴¹³

A solução, a teor do que claramente estabelece o legislador, é outra, na eventualidade do réu oferecer embargos e estes serem rejeitados. O art. 1.102c, § 3º, dispõe que,

“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 I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei”.

⁴¹² Isso não significa que tenha havido a eliminação de outros procedimentos especiais de execução de título executivo judicial, como o que se dá em face da Fazenda Pública, ou no que tange à execução de alimentos. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 3. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 240.

⁴¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença*. v. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53.

Nesse caso, o prazo de 15 dias de que dispõe o devedor para pagamento voluntário passará a fluir a partir da intimação deste, a que alude o supra mencionado dispositivo. É importante observar que, caso o embargante, cujos embargos foram rejeitados, interponha recurso de apelação, esta será recebida no duplo efeito (art. 520, do CPC), o que impede o início da execução provisória (art. 475-I, §1º, do CPC). Em outras palavras, *de lege lata*, o mandado monitório somente irá adquirir eficácia executiva após o trânsito em julgado, uma vez que a ordem de pagamento não se encontra no rol taxativo do art. 520, o que faz com que a hipótese não comporte execução provisória, na pendência de apelação. Dessa forma, somente após a substituição da decisão recorrida pela que for proferida pelo órgão recursal (art. 512) é os quinze dias previstos no art. 475-J passarão a fluir,⁴¹⁴ desde que o devedor seja efetivamente intimado.

De acordo com o art. 475-J, caso o devedor, condenado ao pagamento de determinada soma pecuniária estabelecida em sentença ou fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 dias, ao montante da condenação será acrescida multa de 10%. O objetivo da imposição da multa é justamente compelir o devedor ao cumprimento voluntário da sentença. Caso não o faça no prazo estabelecido em lei, ao montante do débito será acrescida tal penalidade. Dessa forma, caso o devedor não efetue o pagamento no prazo estabelecido para tanto, que será contado da intimação a que alude o art. 1.102c, § 3º, na hipótese de oferecimento de embargos, ou da conversão do mandado de pagamento em título executivo judicial, na eventualidade de não oferecimento de embargos (art. 1.102c, *caput*), ao montante do débito será acrescida multa de 10%.⁴¹⁵ Na eventualidade de ser efetuado o pagamento parcial no prazo mencionado, a multa de 10% incidirá sobre o valor remanescente (art. 475-J, § 4º, do CPC).

Na hipótese do comando emergente da sentença não ser cumprido pelo devedor, cabe ao credor, de acordo com o seu interesse, requerer ao

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 53.

⁴¹⁵ Para fins de aplicação da multa a que alude o caput do art. 475-J, do Código de Processo Civil, o prazo de 15 dias deverá ser contado de acordo com o que dispõe o art. 184 do mesmo diploma legal, ou seja, exclui-se o dia de início e inclui-se o dia de vencimento. Assim, a partir do 16º dia, a incidência da multa é irremediável e independe de qualquer outro pronunciamento judicial. Em outras palavras, sua incidência opera *ex vi legis*, ou seja, automaticamente, com o mero transcorrer *in albis* do prazo referido em lei. *Ibid.*, p. 79.

magistrado a expedição do mandado de penhora e avaliação. Assim, é indispensável que o credor formule o requerimento, em petição simples destinada ao processo em que a condenação foi proferida, a qual deverá ser instruída com o demonstrativo do débito atualizado (art. 614, II).⁴¹⁶ Ao juiz, a teor do que estabelece claramente o *caput* do art. 475-J, é vedado, de ofício, expedir o referido mandado. Nesse sentido, cumpre ao credor insatisfeito provocar a atuação jurisdicional. É importante observar que as atividades direcionadas ao cumprimento da sentença independem de nova citação do devedor, de modo que, desde que não seja efetuado o pagamento da condenação, a incidência da multa de 10% é automática, e os atos de execução se iniciam posteriormente ao pedido formulado pelo credor, requerendo a penhora dos bens do devedor, suficientes ao pagamento do débito, bem como a respectiva avaliação.⁴¹⁷

Uma vez que o auto de penhora seja expedido, o executado será imediatamente intimado. Essa intimação poderá se dar na pessoa de advogado, regularmente constituído, na de seu representante legal, ou ainda na própria pessoa do executado, por mandado ou pelo correio, nos termos do art. 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil.

Desde que validamente intimado, pelos meios estabelecidos em lei, o executado poderá oferecer impugnação no prazo de quinze dias. Essa impugnação não é revestida de efeito suspensivo, e poderá tão somente versar sobre: falta ou nulidade da citação, na hipótese em que o processo tenha corrido à revelia; inexigibilidade do título; penhora incorreta ou avaliação errônea; ilegitimidade das partes; excesso de execução; qualquer causa impeditiva; modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença (art. 475-L, do CPC).

Conforme assinalado, a impugnação não tem, em regra, efeito suspensivo, de modo que o magistrado poderá excepcionalmente atribuí-lo nas hipóteses em que os fundamentos apresentados pelo executado sejam relevantes, ou ainda quando o prosseguimento da execução possa causar ao

⁴¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença*. v. II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

executado um grave dano, de difícil ou incerta reparação, conforme dispõe expressamente o caput do art. 475-M do Código de Processo Civil.

Caso seja conferido efeito suspensivo à impugnação, ela será processada nos mesmos autos, uma vez que os atos executivos serão obstados. Na hipótese de não ser conferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e processada em autos apartados, porém perante o mesmo juízo (§ 2º, art. 475-M). A decisão que resolver a impugnação é recorrível por meio de agravo de instrumento, salvo na hipótese em que for determinada a extinção da execução, caso em que o recurso cabível será a apelação (art. 475-M, § 3º, do CPC).

Ainda que seja conferido efeito suspensivo à impugnação, o requerente poderá, mediante prestação de caução idônea e suficiente, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos, ***requerer o prosseguimento da execução, a qual será regida pelas normas concernentes à execução provisória***, atualmente disciplinada no art. 475-O, do Código de Processo Civil.

Quando se tratar de execução para cumprimento de obrigação de entregar coisa, será concedida ao credor a tutela específica, nos moldes estabelecidos no art. 461-A, do Código de Processo Civil. A sentença, transitada em julgado, que impunha ao devedor o cumprimento do dever de entregar coisa, já dispunha de eficácia executiva, tendo sido tal efeito tão somente confirmado pelo art. 475-I. No próprio processo que defere a tutela, o magistrado adotará as providências para que ela seja efetivada.

Assim, no que se refere ao procedimento monitório, uma vez validamente intimado o devedor (art. 1.102c, § 3º, do CPC) e não cumprida a obrigação no prazo fixado em lei (art. 475-J, do CPC), expedir-se-á em favor do exequente mandado de busca e apreensão (art. 461-A, § 2º, do CPC). O art. 461-A dispõe acerca da aplicação subsidiária das regras do art. 461 à tutela específica para entrega de coisa, de modo que a eficácia mandamental, assim como as medidas coercitivas, também são passíveis de serem utilizadas, desde que a entrega voluntária não se verifique.⁴¹⁸

⁴¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v 2. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 272.

A ordem a ser seguida, por ocasião da efetivação da tutela, decorre dos próprios termos do art. 461-A. Inicialmente, concede-se ao devedor prazo para entrega da coisa. Se a entrega voluntária não ocorrer, promove-se a busca e apreensão.⁴¹⁹

A tutela específica da obrigação de dar não comporta a oposição de embargos do executado, uma vez que essa execução ocorre nos próprios autos do processo em que foi proferida a sentença, de modo que não se submete às regras estabelecidas no Livro II do Código de Processo Civil.⁴²⁰ Nos parece que, não obstante tratar-se de cumprimento de sentença para entrega de coisa, aplica-se subsidiariamente o art. 475-J, § 1º, do CPC, de modo que o executado poderá oferecer impugnação no prazo de quinze dias, contados da data da expedição do mandado de busca e apreensão expedido, versando sobre as causas estabelecidas no art. 475-L, do CPC.

4.16. O procedimento monitório e a antecipação de tutela

O procedimento monitório oferece reais vantagens ao demandante basicamente em duas hipóteses: quando o demandado cumpre a ordem de pagamento ou entrega; ou quando se mantém inerte, ocasião em que o mandado convola-se, *ex vi legis*, em título executivo judicial, o que autoriza o imediato cumprimento da sentença.⁴²¹

Na eventualidade do devedor oferecer embargos ao mandado monitório, cuja natureza jurídica é de ação de conhecimento incidental, a tramitação dar-se-á mediante as regras atinentes ao procedimento comum ordinário. Nessa hipótese, é plenamente cabível a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, desde que as situações previstas nos art. 273 do Código de Processo Civil estejam presentes. O *caput* do mencionado dispositivo legal refere-se a requerimento da parte, de modo que, muito embora o interessado na

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 273.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 272.

⁴²¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória. A ação monitória – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 156-157.

antecipação dos efeitos da tutela seja o réu da ação incidental de embargos, nada obsta a que, desde que presentes os requisitos estabelecidos na norma sob comento, lhe seja concedida sobredita antecipação. Corrobora esse entendimento o fato de que o demandante do procedimento monitório ter obtido, com base em um juízo de verossimilhança, a concessão do mandado de pagamento ou entrega. Esse mesmo juízo poderá justificar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, lastreado na presença da chamada “prova inequívoca”.

A aplicação do art. 273 poderá tornar mais efetiva a tutela monitória nos casos em que os embargos sejam opostos com manifesto propósito protelatório. A antecipação de tutela pode ser um importante instrumento destinado a assegurar, concretamente, a efetividade do procedimento monitório brasileiro.

CONCLUSÃO

O procedimento monitório, na qualidade de tutela jurisdicional diferenciada, pode vir a se tornar um importante instrumento destinado a conferir celeridade e efetividade a prestação jurisdicional. Seu sucesso depende muito mais de fatores comportamentais e culturais do que propriamente legislativos.

É sabido que existe um acentuado desvio de valores e de ética na sociedade brasileira, que se reflete nos mais variados segmentos e que se manifesta por meio de uma série de comportamentos extremamente arraigados na cultura nacional. As reiteradas crises políticas a que temos sido submetidos refletem o pensamento e a conduta de um número significativo de cidadãos. Em termos processuais, esse comportamento se manifesta por meio da utilização de inúmeros expedientes procrastinatórios que visam, em última análise, a impedir que a prestação jurisdicional seja concedida àquele que a ela faz jus. O processo, muitas vezes, se torna um excelente instrumento para o mau pagador, que se vale, paradoxalmente, desse mesmo instrumento, para impedir a atuação jurisdicional.

E essa é apenas uma das questões com se deparam todos aqueles que, nas mais diversas atuações jurídicas, buscam a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional. Podemos lembrar que o procedimento monitório é considerado um sucesso na Alemanha em virtude do pequeno número de impugnações que as ordens de pagamento sofrem. Ou seja, o devedor reconhece a sua qualidade e cumpre aquilo que é devido. No Brasil, seja por razões econômicas, culturais, ou éticas, o mesmo não ocorre. Se o demandado tem ciência de que dispõe de mecanismos processuais que poderão protelar ao máximo o cumprimento de determinada prestação, ele irá utilizá-los à exaustão. E é o próprio operador do direito que o orientará nessa direção.

Assim, pensamos que o êxito do procedimento em questão depende muito mais de fatores éticos, culturais, educacionais e comportamentais do que propriamente procedimentais. É evidente que a legislação tem um importante

caráter pedagógico e que pode e deve coibir todo e qualquer abuso. Mas o sucesso do instituto depende basicamente daquilo que mais tem faltado em território nacional: ética e seriedade.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Nélson. *Curso de direito falimentar*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AMORIN FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 1961.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da ação monitória: opção do autor. *RePro*, São Paulo, 83: 14-7, jul./set. 1996.
- ARMELIN, Donaldo. O acesso à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, 31: 171-182, jun. 1989.
- _____. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *RePro*, São Paulo, 65: 45-55, jan./mar. 1992.
- _____. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *RePro*, São Paulo, 80: 103-110, out./dez. 1995.
- _____. Apontamentos sobre a Ação Monitória, Lei 9.079/95. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, 14: 25-76, abr./jul. 1996.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito Brasileiro. *RePro*, São Paulo, 48: 7-26, out./dez. 1987.
- _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. Princípios constitucionais na Constituição Federal de 1988 e o acesso à Justiça. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, 34: 05-22, 1991.
- _____. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado da do direito material. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- _____. *Tratado de Direito Processual Civil*. v. 2. 2. ed. ref. ampl. do Código de Processo Civil Comentado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Teoria geral do processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *RePro*, São Paulo, 77: 168-176, jan./mar. 1995.
- _____. O novo processo civil brasileiro. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. arts.5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Ação Monitória da Reforma Processual. *RePro*, São Paulo, 77: 20-4, jan./mar. 1995.
- _____. A nova ação monitória. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *RePro*, São Paulo, 55: 62-70, jul./set. 1989.
- CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitório*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1946.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O problema do acesso à justiça no Brasil. *RePro*, São Paulo, 39: 78-88, jul./set 1985.

CAMBI, Accácio. Ação monitória. Cheque prescrito. Correção monetária: a partir da emissão do cheque ou do ajuizamento da ação? *RePro*, São Paulo, 99: 99-101, jul./set. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *RePro*, São Paulo, 65: 127-143, jan./mar. 1992.

_____. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. Títulos executivos extrajudiciais no código de processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de processo civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Ação Monitória. *RePro*, São Paulo, 79: 77-103, jul./set. 1995.

_____. *Procedimento Monitório*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO NETTO, José Rodrigues. *Da ação monitória – Um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Nulidades. Princípios constitucionais e processuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 761: 45-63, mar. 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil, in *Estudios de Derecho procesal civil*, 2. ed., Buenos Aires: Depalma, 1978, t. 1, pg. 51.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A formação do moderno processo civil brasileiro (Uma homenagem a Enrico Tullio Liebman). *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Execução Civil*. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FARES, Ali Taleb. Procedimento monitório: natureza jurídica e via para cobrança de cheque prescrito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 825: 90-123.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Teoria da norma*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de. O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FRIEDE, Roy Reis. Da ação monitória. *Ajuris*, Porto Alegre, 65: 247-51, nov. 1995.
- GALVÃO DE SOUZA, José Pedro. O Estado de Direito e o Direito Natural. In: *O Estado de Direito / Primeiras Jornadas Brasileiras de Direito Natural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Repercussões da Lei 10.444/2002 na ação monitória. *RePro*, São Paulo, 110: 187-195, abr./jun. 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução espanhola de Leonardo Prieto Castro. 2^a ed. alemã. Barcelona: Labor, 1936.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- _____. Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e não Fazer. *RePro*, São Paulo, 79: 65-76, jul./set. 1995.
- _____. Ação Monitória. *Consulex*, Brasília, 6: 24-28, jun. 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIPPmann JUNIOR, Edgard Antônio. Ação monitória e a fazenda pública. *RePro*, São Paulo, 99: 102-110, jul./set. 2002.

- LISBOA, Celso Anicet. O mandado monitório objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitória. *RePro*, São Paulo, 83: 44-56, jul./set. 1996.
- LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *RePro*, São Paulo, 23: 45-60, jul./set. 1981.
- _____. *Ação declaratória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. Aspectos da ação monitória. *RePro*, São Paulo, 83: 18-26, jul./set. 1996.
- _____. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Da ação monitória. *Ajuris*, Porto Alegre, 65: 252-78, nov. 1995.
- _____. *Do procedimento monitório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Milesi Editora, 1981.
- MARQUES, José Frederico. A garantia do *due process of law* no direito tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 2, 5: 28-33, jul./set., 1968.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Ação, Processo e Procedimento Monitório na Justiça do Trabalho. *ADV*, Rio de Janeiro, 03:21-6, 1996.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. *Temas de Direito Processual Civil*, 3. sér., São Paulo, Saraiva, 1984.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MUNHOZ SOARES, Rogério Aguiar. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY, Rosa Maria de Andrade & NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NOGUEIRA, Antônio. *O devido processo legal tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PARIZATTO, João Roberto. Ação Monitória – Cheque prescrito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 778: 137-142, ago. 2000.
- PENNOCK, J. Roland. Due process. In: Fundação Getúlio Vargas. *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- PINTO, Nelson Luiz. O fundamento da pretensão processual como objeto da prescrição e da decadência. *RePro*, São Paulo, 34: 60-83, abr./jun. 1984.

- _____. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PONTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ROCHA, José Taumaturgo da. Ela, a ação monitória, vista por nós, os brasileiros. *RePro*, São Paulo, 82: 12-22, jan./mar. 1996.
- RODRIGUES FILHO, Eulámpio. Procedimento Monitório. ADV, Rio da Janeiro, 02: 03-05, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça / A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 2. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. Da natureza executiva do procedimento monitório. *Repro*, São Paulo, 116: 67-84, out./dez. 2004.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 1996.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Ação Monitória. *Ajuris*, Porto Alegre, 66: 261-277, 1996.
- _____. *Processo de Execução – Efetivação das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Título Executivo*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método Editora, 2005.
- SILVA, Flávia Machado da. *Análise sistemática da ação monitória no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

- SILVA. Ovídio Batista da. A ‘plenitude da defesa’ no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____ *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. I. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SIQUEIRA CASTRO. Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto. A ação monitória e a reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *As inovações no código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. O contrato de abertura de crédito e sua natureza executiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ccord). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- _____ *Curso de direito processual civil – processo de execução e processo cautelar*. v. III. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TUCCI. Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva , 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Apontamentos sobre o procedimento monitório. *RePro*, São Paulo, 70: 19-33, abr./jun. 1993.
- _____. *Ação Monitória: lei 9079 de 14.07.1995*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Questões práticas de processo civil*. São Paulo: Atlas, 1998.

- _____. Ação monitória no novo processo civil português e espanhol. *RePro*, São Paulo, 103: 109-121, jul./set. 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:parte geral*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VICENTINO, Cláudio. *História Geral*. São Paulo: Scipione, 1991.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 646: 1989.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Curso avançado de processo civil*. v. 2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Teoria geral dos recursos. *RePro*, São Paulo, 58:150-156, abr./jun. 1990.
- _____. Despachos, pronunciamentos recorríveis?. *RePro*, São Paulo, 58: 45-61, abr./jun. 1990.
- _____. Dúvida objetiva: único pressuposto para a aplicação do princípio da fungibilidade. *RePro*, São Paulo, 65: 56-74, jan./mar. 1992.
- _____. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.