

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA

Tarcísio Lobato Kaltbach

Advogado e Professor

Atualmente: Assistente de Promotoria de Justiça

01. INTRODUÇÃO

A ação monitoria foi introduzida na legislação processual pátria - a exemplo de diversos outros países, especialmente na Itália e na Alemanha - pela **Lei n.º 9.079/95**.

Na lição de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA sobre a ação monitoria afirma: *finalmente, um projeto contempla o denominado procedimento monitorio ou injuntivo, em sua modalidade documental. De sua exposição de motivos, colhe-se: "Introduz no atual direito brasileiro, com este projeto, dentro de um objetivo maior de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao nosso processo civil, a ação monitoria, que representa o procedimento de maior sucesso no direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade e às cautelas que a inovação sugere. A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes no antigo direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, contornando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário.*

Humberto Theodoro Júnior, ao comentar finalidade do procedimento monitorio, e da necessidade de facilitar o acesso do credor ao título executivo, leciona: *ao lado do processo de execução e do processo de cognição, em sua pureza, existe, portanto, um procedimento intermediário, de larga aplicação prática e de comprovada eficiência para abreviar a solução definitiva de inúmeros litígios: Trata-se do procedimento monitorio ou de injunção.*

Por fim, José Rogério Cruz e Tucci também comenta: *a ação monitoria pode ser conceituada como o meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação de seu direito.*

Trata-se de procedimento contencioso especial e que não se confunde com o chamado *preceito cominatório*, eis que este visa uma obrigação de fazer ou não fazer ensejando um comando associado à imposição de uma pena ou sanção para o caso de descumprimento da obrigação.

Conceitualmente *cominar* tem o sentido de ameaçar com pena ou castigo no caso de infração ou descumprimento da obrigação; *monir* visa admoestar, avisar, intimar; e *injungir* consiste na ação de ordenar, impor uma obrigação.

Desta forma, o pedido da ação monitoria busca, de forma imediata, a expedição de uma ordem ou mandado, e não propriamente a citação do réu para responder à demanda. É o que se vislumbra claramente no **art. 1.102b do CPC**.

02. FINALIDADE

A lei processual coloca à disposição do credor uma via processual mais célere, mais eficaz para obter o título executivo, não necessitando utilizar-se das delongas do processo cognitivo.

A finalidade do procedimento monitório é justamente a constituição do título executivo por este caminho mais breve, baseando-se no princípio da verossimilhança e de cognição sumária. Parte-se da idéia de que são requisitos dos títulos executivos a certeza, a liquidez e a exigibilidade. Pode ocorrer, contudo, que a dívida em si, seja certa, líquida e exigível, mas não se formalize em título executivo. Os títulos executivos, em regra, são sempre escritos, mas as dívidas líquidas, certas e exigíveis podem ser representadas por escrito que não tem força de execução, sem perderem a certeza, a liquidez e a exigibilidade (não se consideram título executivo, v.g. por deficiência de forma, o documento particular assinado apenas pelo devedor e a duplicata não aceita, sem prova do recebimento da mercadoria, muito embora estejam definindo, em *quantum* certo, obrigação não condicionada e sem razão de dúvida ao convencimento do intérprete). Daí a utilização da via monitória.

Se por um lado o amplo procedimento cognitivo rende homenagem à segurança jurídica, mas - em decorrência - é lento e ineficiente, por outro lado o procedimento monitório, mais despojado do amplo conhecimento, torna-se útil instrumento para agilizar a formação do título executivo. Note-se que não dota a lei, desde logo, de valor executivo àqueles documentos que não tem a força executiva, mas viabiliza que modo célere obtenha aquela condição desde logo.

03. PROCEDIMENTO

03.1 - PRELIMINARMENTE

O objetivo do autor, na denominada ação monitória, pode ser reclamar pagamento de dívida em dinheiro, entrega de coisa fungível (**art. 50 do CC**), isto é, de bem móvel que pode ser substituído por outro, ou de bem móvel determinado, nunca imóvel, conforme o **art. 1.102^a do CPC**.

Quanto ao procedimento, inobstante a lei coloque à disposição do credor a ação monitória (que lhe é mais benéfica), nada impede que ele utilize a via comum do processo de conhecimento.

03.2 - A PEÇA INICIAL

A peça inaugural deve atender aos requisitos genéricos do **art. 282 do CPC**, além dos requisitos específicos previstos no **art. 1.102a do CPC**. Ao contrário do que ocorre no processo cognitivo, há presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor, e que somente será afastada por atuação volitiva do réu mediante a oposição de embargos - **art. 1.102c do CPC** - que é sua forma de defesa.

03.3 - O DOCUMENTO ESCRITO

A obrigação deve estar representada por escrito, mas sem que o mesmo lhe empreste forma executiva, porque, se assim estiver, não há interesse em formação de título já formado.

Caso seja a hipótese, deverá o autor apresentar memória discriminada do cálculo como no processo de execução (**art. 604 do CPC**), inclusive incluindo correção monetária e juros legais ou pactuados.

Art. 1102a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Não é qualquer forma escrita que faz o título hábil para o pedido monitório. Mister que o que nela se contém revele obrigação certa, líquida e exigível. Declaração de terceiros, por exemplo, não dá certeza da dívida nem o sacado que não aceitou a letra de câmbio pode ser considerado devedor certo na obrigação.

Carreira Alvim (Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 40), leciona: *a prova escrita, para fins monitórios, não compreende todos os fatos da causa, senão aqueles concernentes à existência do crédito e à sua natureza das prestações e que constituem os pressupostos específicos dessa modalidade procedimental, pelo que também o ônus probatório se concentra nesses limites. Assim deve o autor fazer prova tão-somente do ato constitutivo do seu crédito, com as qualidades de fungibilidade e liquidez.*

O documento escrito mais comum do título monitório é o que vem assinado pelo próprio devedor, não importa qual seja a forma, a exemplo dos contratos, das declarações unilaterais com informação ou não da causa da obrigação, das missivas ou dos meros bilhetes, duplicata mercantil sem aceite ou que por outro motivo não tenham força de executividade, contratos de honorários profissionais, nas relações de consumo onde o fornecedor tenha descumprido obrigação (desde que munido de documentos, nota fiscal, v.g.), entre outros.

As contas expedidas pelas empresas de água, luz e telefone, os saldos bancários, com prova do contrato do correntista são também, exemplificativamente, formas hábeis de se presumir, em um primeiro momento, a existência da dívida e permitir a instauração do procedimento monitório.

Ainda sobre o documento escrito, não serve o título que é executivo. Na lição de ELAINE MACEDO (*in Da Ação Monitória*), *da leitura do art. 1.102^a pode-se concluir pela exclusão do rol de documentos a ensejar sua propositura, como já ficou antes esclarecido, os títulos executivos. Esses legitimam o credor a propor, desde logo, processo de execução, resolvendo-se a questão em sede de 'interesse de agir'. O credor exequente não tem necessidade de propor ação monitória, que se destina à formação de um título executivo por um caminho mais célere do que a ação ordinária, meio que serve ao processo de cognição. Se já é titular de título exequendo, falta-lhe interesse de agir pela ação injuncional.*

03.4 - O PROCEDIMENTO

O Juiz, ao receber a peça inicial, analisará todas as questões pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, mandando emendá-la (**art. 284 do CPC**) se for necessário.

O despacho de deferimento (quando preenchidos os requisitos legais) importa na expedição de mandado de pagamento ou de entrega dirigido ao devedor, permitindo-se-lhe que atenda em quinze dias. O provimento judicial que defere a inicial não tem nenhum efeito declaratório de direito nem de qualquer condenação. Não é sentença nem decisão interlocutória, porque, na verdade, nada decide.

A lei não faz referência à *citação* (**art. 213 do CPC**) ou à *intimação* (**art. 234 do CPC**), mas refere que o juiz *deferirá mandado de pagamento ou de entrega*, causando certa perplexidade. Certamente a interpretação mais correta é de entender como de natureza citatória (**art. 213 do CPC**), porquanto se dá inequívoca ciência do processo ao réu, inobstante já tenha contra si uma ordem judicial (do contrário sequer haveria a formação da relação triangular). É o mesmo que ocorre no processo de execução.

Certo é que o Juiz, fazendo exame dos fatos, expede o provimento adequado, parecendo revelar decisão jurisdicional, mas este não é o sentido do processo de conhecimento. Em qualquer despacho ordinatório, há sempre teor decisório, mas nunca no sentido de solucionar questões entre as partes e sim de reconhecer-lhes prerrogativas processuais, garantidas pela lei. Do contrário ter-se-ia de admitir, com maior razão, que o deferimento da execução seria também sentença ou interlocutória e não apenas provimento que reconhece o direito ao processo executivo.

Trata-se de ato judicial irrecorrível, atribuindo a lei ao devedor somente a possibilidade de opor sua defesa por meio de embargos. O ato processual é um misto de despacho ordinatório com decisão interlocutória que defere medida liminar, no sentir de ELAINE MACEDO.

Art. 1102b - Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 (quinze) dias.

03.5 - A DEFESA

Deferida a medida judicial, poderá o devedor atender à ordem judicial e fazer a entrega da coisa ou o pagamento, manter-se inerte ou opor embargos. Os embargos podem versar sobre a totalidade do pedido ou apenas parcialmente. Nesta segunda hipótese há a formação, desde logo, do crédito sobre a parte não impugnada, podendo ser executada de pronto.

Quanto ao ônus da prova, Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 13ª ed., Forense, 1996, p. 381) assevera: *a ação monitória não apresenta novidade alguma. Prevalecem as regras gerais do art. 333 do Código de Processo Civil, ou seja, ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu incumbe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito.* Daí a necessidade da oposição por meio de embargos.

O prazo para o cumprimento ou para oposição de embargos é de 15 dias, aplicando-se a este prazo as regras de prazo em quádruplo ou em dobro (**arts. 188 e 191 do CPC**), contando-se-o da juntada aos autos do mandado judicial.

Cumprindo a ordem judicial a lide estará composta, seja no plano material como também

no processual, findando o processo. A sentença será do **art. 269, inc. II do CPC**. Nesta hipótese aplica-se a disposição do **art. 1.102, § 1º do CPC** (*isenção de custas e honorários*), entregando-se a *res* ou o dinheiro ao autor.

Caso o réu não cumpra a ordem, poderá defender-se por meio da oposição de embargos, o qual será processado - ao contrário da regra geral - nos próprios autos da ação monitória (§ **2º, do art. 1.102c do CPC**). Note-se, assim, que não se trata de procedimento incidental, mas de efetiva defesa.

Opostos os embargos, *suspende-se a ordem de cumprimento de pagamento ou de entrega* (**art. 1.102c do CPC**). A partir de então o processamento segue o rito ordinário, tendo o autor o prazo de 15 dias para contestar, com réplica no prazo de 10 dias, e os demais termos legais dos **arts. 329 a 331 do CPC**.

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

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

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

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

Em sede de embargos não há limitação horizontal ou vertical de produção de provas, sendo plena a cognição, podendo aduzir questões de fato ou de direito.

É pacífico inexistir necessidade de *segurança* do juízo para a interposição dos embargos, o que é exigível nos embargos fundados em título executivo. Ocorre que neste já há um juízo de certeza - e a oposição, pois, tende à temeridade - enquanto que naquele ainda não há juízo de certeza.

03.5 - O JULGAMENTO

A sentença que julga os embargos, se apreciar a lide - questão de fundo - é de mérito e alcança a *res judicata* na sua carga declaratória, sendo a principal carga a desconstitutiva (ou constitutiva negativa) se for procedente. A conseqüência é a extinção da ação principal.

Sendo improcedentes os embargos, incide a regra do **art. 1.102c, § 3º, do CPC**, ou seja, constitui de pleno direito o título executivo judicial. Diverge a doutrina, contudo, sobre a existência de efetiva sentença se os embargos forem improcedentes. Na lição de ELAINE MACEDO *cuida-se de sentença com igual eficácia das sentenças condenatórias proferidas no processo de cognição tradicional: declara a existência do crédito, exorta o devedor ao pagamento e constitui título executivo judicial*. Para ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, *no procedimento monitório não há sentença (...). Assim, a conjugação do provimento inicial*

com a inércia do devedor ou com o efeito da improcedência dos embargos cria uma eficácia executiva equiparável à de sentença condenatória.

Cuida-se de questão a ser solucionada pela doutrina. Parece ser do melhor entendimento técnico-jurídico a existência de sentença, pois o Poder Judiciante *decide* questão controvertida posta *sub judice*, decisão esta que deve atender aos requisitos legais e ser fundamentada, pondo fim a uma questão, vale dizer, uma efetiva sentença. De outro lado, inadmitida a hipótese de sentença, o ato judicial tornar-se-ia irrecorrível.

Entretanto, caso não haja a interposição de embargos pelo réu então é que a melhor doutrina entende inexistir sentença. Neste sentido é a lição de Theotônio Negrão: *Trata-se de um estranho título executivo judicial, porque prescinde de sentença. Ao que parece tal natureza lhe é atribuída pela lei para evitar que o réu oponha, posteriormente, embargos à execução com fundamento no art. 745, em vez de ficar restrito às hipóteses do art. 741. O mesmo entendimento é sufragado por Reis Friede ao enfatizar: No caso de não serem opostos embargos pelo réu (ou se opostos, os mesmos forem considerados intempestivos), constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, com base na prova documental (escrito) anexada aos autos, convertendo-se o mandado inicial em efetivo mandado executivo e prosseguindo-se o processo na forma prevista na execução para a entrega de coisa certa ou incerta (arts. 621/628 e 629/631 do CPC) ou na execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646/731 do CPC), conforme o caso.*

03.6 - DA FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO

A formação do título executório se completa com a improcedência dos embargos (**art. 1.102a, § 3º**) ou com sua não interposição (**art. 1.102 caput**). Forma-se o título executivo pela participação omissiva do devedor, não apresentando defesa hábil a impedir os efeitos da certeza e liquidez do momento da dívida, ou pela improcedência de sua oposição. O título tem natureza judicial e é o objetivo visado pelo autor.

03.7 - O RECURSO

Da sentença que julga os embargos é oponível o recurso de apelação (**art. 520 do CPC**). Quanto ao seu efeito - meramente devolutivo ou suspensivo -, não há previsão legal, gerando divergências doutrinárias.

ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS entende que o recurso deve ser recebido no duplo efeito: (...) *o recurso que os julga é apelação, recebido em ambos os efeitos, porque a exceção, de interpretação restrita, só se reserva aos embargos à execução (art. 520, V), enquanto que ELAINE MACEDO entende ser aplicável somente o efeito devolutivo, afirmando que na defesa da possibilidade de execução provisória no procedimento monitorio, é de se destacar que a plausibilidade que autoriza o decreto inicial, enriquecida pelo juízo de certeza - mesmo que sujeito à reforma - configurado pela sentença de improcedência dos embargos, reclama uma efetividade procedimental adequada, que certamente não é alcançada pelo sistema convencional das apelações recebidas em ambos os efeitos.*

É perfeitamente admissível a interposição de *embargos declaratórios* em face da sentença, eis que pode ela conter elementos que permitam tal providência.

03.8 - EXECUÇÃO

Uma vez formado o título executivo, segue o processo de execução em todos os seus trâmites e nos termos da lei processual, sendo *judicial* a natureza do título executado.

Quanto à oposição de embargos (previstos no processo de execução) é pacífico que somente podem ser opostos os embargos com base no **art. 741 do CPC**, sendo inadmissíveis embargos com base no **art. 745 do CPC**, sob pena de ser possibilitada rediscussão sobre matéria já decidida na defesa do réu (em embargos à monitória) ou que poderia tê-lo feito e não o fez.

Neste mesmo sentido é a lição de THEOTÔNIO NEGRÃO: *Ao que parece tal natureza lhe é atribuída pela lei para evitar que o réu oponha, posteriormente, embargos à execução com fundamento no art. 745, em vez de ficar restrito às hipóteses do art. 741.*

Sobre o Autor:

Tarcísio Lobato Kaltbach

E-mail: tarcisio@cybersul.com.br <<mailto:tarcisio@cybersul.com.br>>

Sobre o Texto:

Texto inserido no site www.revista.bitjuris.nom.br <<http://www.revista.bitjuris.nom.br/>>

Elaborado em 06.2002