

A AÇÃO MONITÓRIA

Ana Cláudia Moraes JULIANO *

RESUMO

Estudo sobre o procedimento monitorio, frente à promulgação da Lei 9.079/95, introduzida no sistema processual civil brasileiro, antiga técnica de tutela do direito material, com o objetivo de minimizar a angústia decorrente da demora na prestação jurisdicional.

Palavras-chave: procedimento monitorio, processo civil, ação monitoria.

SUMMARY

A Study on the monitory proceeding facing the promulgation of the Law 9.079/95, inserted in the Brazilian Civil processual system, old fashioned technique of tutorship of the material law with the objective of reducing the affliction deriving from the delay of the jurisdictional contribution.

Key words: Monitory proceeding; civil process; monitory lawsuit.

1. Introdução

O estudo deste tema se deve à promulgação da Lei 9.079, de 14.07.1995, que introduziu no sistema processual civil brasileiro o procedimento monitorio, antiga técnica de tutela do direito material, pela qual se tem procurado minimizar a angústia decorrente da demora na prestação jurisdicional.

O tema é praticamente novo em nossa literatura jurídica, de modo que procuramos traçar, de forma tanto quanto possível didática, não apenas as noções propedêuticas do procedimento monitorio como, ainda, o seu respectivo perfil histórico.

O instituto da ação monitoria se insere na temática mais ampla da

* 1. Mestre em Direito das Relações Privadas pela UNIMAR - Marília.SP

2. Professora de Língua Portuguesa e Direito Civil da UNIMAR – Marília.SP

tutela jurisdicional diferenciada, expressão utilizada para designar procedimentos estruturados em consonância com certas peculiaridades relativas a determinadas situações de direito material.

A ação monitória (ou procedimento injuntivo ou procedimento injuncional – todas as expressões têm sido empregadas como sinônimas, no âmbito da doutrina) é um procedimento introduzido no processo civil brasileiro que tem por escopo basicamente facilitar o caminho que tem de percorrer o credor para satisfazer o seu crédito.

Como requisito para o procedimento monitório, há a prova escrita a que se alude, na lei. Parece poder entender-se, por prova escrita, aquela que tenha peso suficiente para poder formar a convicção do juiz quanto a um direito provável. Assim, pode tratar-se, exemplificativamente, de um recibo rubricado, uma carta, um telegrama, uma comunicação por fax (fac símile), uma confissão de dívida. Não estão abrangidas pelo conceito de prova escrita aquelas que na verdade são provas documentais *latu sensu*, como gravações em vídeo cassette, em fitas cassetes.

Na ação monitória, o réu é citado, não para defender-se, mas para cumprir a obrigação, devendo constar do mandado a conseqüência inexorável de não serem opostos embargos, que é a transformação do mandado injuncional em sentença condenatória. O mandado se converte em mandado executivo, por força de lei e automaticamente.

Ainda, de modo coerente, está a posição de que nada impede o uso da ação monitória contra a Fazenda Pública. Os limites são os mesmos com que conta o credor para mover contra o Estado, ação de natureza condenatória, sob rito ordinário.

Examinamos, assim, o conteúdo da aludida lei, procurando interpretá-la e adequá-la, a partir de subsídios fornecidos pela doutrina, à sistemática de nosso Código de Processo Civil.

De qualquer modo, a preocupação e a tentativa de melhorar a justiça e torná-la mais ágil e menos dispendiosa merecem sempre todos os encômios e constituem iniciativa que deve ser prestigiada.

2. Evolução histórica

2.1 Direito Romano

No direito romano de época clássica, dois poderes vinham outorgados ao pretor: o *imperium*, que era um poder geral e indefinido e a *iurisdictio*, que, ao contrário, era específica e determinada, emanada do *imperium* do magistrado.

Com a evolução dos tempos, a constatação de novas exigências sociais autorizou o pretor a instituir meios processuais de tutela, destinados, via de regra, a reparar eventuais iniquidades provenientes da estrita observância das normas do *ius civile* ou mesmo a preencher lacunas deste. A exemplo das *actiones in factum* e das *excpciones*, outros institutos, originados de atos *magis*

imperii quam iurisdictionis, ou seja, fundados preponderantemente no *imperium* do magistrado, mas também inspirados na equidade, visavam a complementar tutela dos direitos. Dentre essas criações, resultam das fontes os *interdicta*, as *missiones in possessionem*, as *estipulationes pretoriae* e as *restitutiones in integrum*.

A cognição realizada pelo pretor (*causa cognitio*) era sumária. Examinavam-se tão somente os pressupostos de fato e, em seguida, concedia-se (*adere ou editio interdicti*) ou, quando fosse caso, denegava-se (*denegatio interdicti*) o interdito postulado.

Deferido o interdito, duas hipóteses emergiam: ou a ordem era acatada, pondo fim à controvérsia, ou a parte interessada podia provocar a instauração de um procedimento ordinário, perante o *iudex privatus*.

É bem de ver, no entanto, que a execução se fazia, sempre, mediante a *actio iudicati*, pela qual o credor, que não obtivera a satisfação da *obligatio iudicati* pelo condenado, requeria ao pretor a *manus iniunctionem* (execução sobre a pessoa do devedor) e, em momento histórico posterior, a *missio in bona rei servanda causa* (execução sobre o patrimônio do devedor).

Pode-se, portanto, afirmar que, durante toda a evolução do direito romano, a sentença de natureza condenatória, proferida em processo de conhecimento, era o único título que possuía eficácia executiva.

2.2 Direito Luso-brasileiro

No direito luso, o antecedente próximo da ação monitória (ou injuncional) é a antiga ação de assinação de dez dias, causa sumária, pela qual se ajuizavam obrigações, às quais era devida pronta execução. Esta era uma forma de proceder particular do foro português, porque, no Direito Romano, ainda que a dívida se fundasse em escritura pública, devia proceder-se pela via ordinária. O procedimento tinha por base as escrituras públicas, os alvarás particulares de pessoas privilegiadas e as sentenças a que não competia procedimento executivo. Eram igualados às escrituras públicas, para fins de assinação de dez dias, os termos judiciais e os escritos particulares, sendo reconhecidos pessoalmente pela parte ou em caso de revelia.

As escrituras públicas deviam ser solenes e feitas por tabeliães; conter obrigação certa e líquida; ser originais e não em traslado.

No processo das assinações de dez dias, o réu era citado para, nesse termo, pagar ou apresentar quitação da dívida, ou, então, apresentar embargos que o relevassem da condenação. 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. Se não comparecesse, apesar de citado, a obrigação era reconhecida à sua revelia, assinando-se-lhe os dez dias da lei para cumpri-la. O mandado, carta ou edito da citação devia conter essa cominação.

Os dez dias eram assinados na audiência em que se acusava a ação, assim entendida, quando o réu citado comparecia e não negava o seu sinal (aposto no documento); ou, pela falta de comparecimento, o sinal era havido como reconhecido; não, porém, se comparecesse e negasse o sinal, caso em

que não tinha lugar a assinação de dez dias. Começava a correr o prazo de dez dias depois que a ação fosse distribuída, preparada e juntada pelo autor a procuração exceto se o réu juntasse logo a sua procuração, porque então começava o decênio desde o dia em que se dava vista dos autos ao seu advogado. O prazo não fluía, se houvesse exceção declinatória do juízo, porque o juiz devia certificar-se de sua jurisdição, nem enquanto a parte não depusesse, sendo citada, com esse protesto. Os dias eram contínuos e peremptórios, não podendo ser suspensos nem interrompidos, se não oferecidos os embargos no decênio.

Nos seus embargos, o réu podia alegar, além do pagamento, qualquer defesa que tivesse, como a nulidade do instrumento, ilegitimidade de parte, falta de causa da obrigação, compensação, compromisso, falta de implemento do contrato do dinheiro, simulação, transação, prescrição, falsidade etc.

O fato de haver o devedor proposto ação ordinária de nulidade da escritura ou rescisória do contrato não impedia a propositura da ação decencial, nem produzia litispendência, por serem ações de qualidades diversas.

Regularmente, os embargos, ainda quando provados perfeitamente no decênio, eram apenas recebidos, e não julgados logo provados para que o autor fosse ouvido e pudesse contestá-los. Do recebimento dos embargos nesta ação, sem condenação, ou com ela, cabia agravo de petição ou de instrumento, mas sem suspensão (neste segundo caso) da extração e execução da sentença.

Recebidos os embargos com condenação, ou sem ela, procedia-se, na assinação de dez dias, como nas causas ordinárias. Pelo recebimento dos embargos, a causa convertia-se em ordinária, e tinha lugar a réplica e a tréplica.

Da sentença proferida na causa de assinação de dez dias não cabia apelação no efeito suspensivo, mas só no devolutivo, exceto se os embargos fossem recebidos sem condenação, e ao final fossem julgados não-provados. Porque, pelo recebimento da causa, tornou-se ordinária, nesse caso tinha a apelação os seus efeitos regulares; não assim se os embargos tivessem sido recebidos com condenação, julgados provados ou não-provados, porque sempre a causa nesses termos permanecia sumária.

2.3 Direito Francês

O novo Código de Processo Civil Francês disciplina o processo de injunção de pagar e a injunção de fazer, dentro do espírito que anima o direito processual universal de imprimir celeridade ao processo. Instituído inicialmente para cobrança rápida de “pequenos” créditos comerciais, o sucesso que alcançou conduziu o legislador a ampliá-lo aos créditos civis e a suprimir o limite do montante desses créditos. Tal processo se caracteriza pela existência eventual de duas instâncias. A primeira, que faz a originalidade desse processo, é uma instância não contraditória; ela tende à obtenção de uma ordenança, contendo uma injunção de pagar, que será notificada ao devedor. Se este quer contestar sua condenação, deve oferecer oposição contra a ordenança. Da oposição, nasce uma segunda instância que, sob reserva de algumas distinções menores, é uma instância de direito comum (quer dizer, de rito ordinário).

O processo de injunção interessa essencialmente à cobrança daqueles créditos, cuja existência e montante não são seriamente discutíveis. Para esses créditos, o autor é autorizado pela lei a pedir a condenação de seu devedor. A injunção de pagar não pode ser utilizada para a cobrança de todos os créditos, devendo estes ter uma causa contratual ou resultar de uma obrigação de caráter estatutário, até uma determinada quantia. Em matéria de contratos, a determinação é feita em virtude das estipulações contratuais, compreendendo, se ocorrer à hipótese, a cláusula penal. Em princípio, ficam excluídos os créditos de origem delituosa, bem assim os não determinados pelas estipulações das partes, como o caso das perdas e danos cujo valor não é fixado por uma cláusula penal.

Na instância não-contraditória, o juiz examina os documentos produzidos para certificar-se do fundamento da demanda. À vista desses documentos, ele pode tomar três espécies de decisão:

- a) Pode estimar que a demanda é inteiramente fundada; então expede a ordenança ao devedor pagar ao credor a quantia pedida, e notifica para isso o devedor.
- b) Pode rejeitar inteiramente a demanda apresentada pelo credor, decisão esta incorrível. Ao credor resta buscar as vias processuais comuns.
- c) Se o credor não obtém do juiz senão uma parte do que ele pede, deve fazer uma escolha global.

Para evitar os efeitos da condenação, deve oferecer oposição (correspondente aos nossos embargos), da qual nasce a instância contraditória. Ao contrário, no processo de injunção de pagar, o réu não é citado pelo autor. A oposição dá lugar a uma instância contraditória, que é uma instância de direito comum e não modifica em nada o ônus da prova, nem a circunstância de devedor da decisão condenatória faz pesar sobre ele uma espécie de “presunção de culpabilidade”. O ônus da prova continua a pesar sobre o pretense credor, como se nada tivesse sido julgado. O julgamento do tribunal substitui a ordenança de pagar.

3. Processo Monitório

3.1 Natureza jurídica

Em sede doutrinária, é bastante controvertida a natureza jurídica do procedimento monitório ou injuncional. Para uns é procedimento provisório (Segni, apud ALVIN, 1995); para outros, definitivo (Garbagnati, apud ALVIN, 1995).

Segundo Carnelutti (apud ALVIN, 1995), o processo de injunção teria função diversa do processo de conhecimento e do processo de execução. Este não serve à composição da lide de pretensão contestada, senão possibilita, com a formação do título executivo e a execução forçada, a composição de

uma lide de pretensão insatisfeita.

Para Satta (apud ALVIM, 1995), à base da injunção existiria uma ação e, mais precisamente, a postulação de uma “normativa sem juízo” (normativa senza giudizio), mas não precisa ele o que se deva entender propriamente por essa “normativa”, o que torna difícil uma exata compreensão do seu pensamento.

Chiovenda (apud ALVIM, 1995) faz compreender o decreto de injunção na categoria dos accertamentos com prevalente função executiva, cujo escopo é a antecipação forçada, através da limitação da cognição do juiz, e justamente pela sumariedade da cognição (das razões das partes), tais accertamentos teriam caráter provisório. O decreto de injunção, ao ser expedido, não teria por conteúdo, à semelhança de uma sentença de condenação, a afirmação de um direito a uma prestação, mas acertaria simplesmente a existência da condição para obter a injunção, adquirindo valor de afirmação do direito do credor somente depois de tornado definitivo.

Sustenta Segni (apud ALVIM, 1995) que, no decreto de injunção, se acumulam dois distintos provimentos jurisdicionais: um provimento especial, de natureza provisória obtido pelo credor, no exercício de uma especial ação sumária, tendo (esse provimento) um valor imediato, e um provimento ordinário, condicionado, na sua eficácia, à falta de oposição, ou à extinção do juízo de oposição e no qual o provimento especial se transformaria, automaticamente, ao verificar-se a condição.

Para Garbagnati (apud ALVIM, 1995), o decreto de injunção contém um provimento jurisdicional de natureza declaratória idêntico ao provimento do juiz contido numa sentença (ordinária) definitiva de condenação, e isto não obstante a forma diversa da prescrita pelo legislador para o provimento que encerra um processo ordinário de cognição.

Embora predominante, na doutrina, que o processo de injunção deve incluir-se entre os processos de cognição no sentido amplo, compreensivo também do processo de condenação, que pressupõe, normalmente, a declaração de certeza do direito, merece ressaltar que há autores que consideram o processo de injunção como jurisdição voluntária (Menger, Canstein), e, outros, que ele constitui um processo executivo (Mortara, Skedl, De Paolo, Ugo Rocco).

3.2 Hipóteses de cabimento

Múltiplos são os casos de cabimento da ação monitória, bastando que o interessado seja portador de um documento, público ou privado, que justifique o crédito e que não tenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

A petição inicial da ação monitória precisa ser escrita, acompanhada dos fatos construtivos do direito do autor, inclusive a prova escrita, que não tem força executiva.

O juiz, ao recebê-la, fará um exame da mesma, para saber se preenche ou não os requisitos de uma inicial, inclusive examinando as condições da ação e os pressupostos processuais.

O apoio do autor será naquela prova escrita, que não tem força executiva, que o juiz não pode exigir que se apresente como prova absoluta do crédito, mas que se refira a uma soma em dinheiro determinada, ou a uma coisa fungível a ser entregue, ou a determinado bem móvel. Não tendo força de um título executivo, evidentemente, não precisará representar um crédito líquido e certo. Se a pretensão pode chegar à formação do título executivo judicial, fica ela apoiada em uma prova escrita, que não será mais do que um começo de prova.

Como provas escritas possíveis, dentre tantas outras, a duplicata sem aceite; o cheque que não mais autoriza a execução por perda da força executiva; extrato de hotel sobre despesas feitas pelo hóspede; telegrama reconhecendo direito a recebimento do trabalho odontológico feito; médico juntando papeladas de consultas e de internamento de cliente em hospital e relatório das visitas a ele feitas; carta pessoal ao advogado dizendo que recebeu notas de honorários e que reconhece os trabalhos feitos; caderneta mensal de empório, dela constando as entregas diárias de mercadorias ao freguês; carnês de despesas condominiais referentes ao mês vencido.

O pedido já traz consigo a pretensão ao mandado do juiz para a entrega da coisa pedida ou do pagamento do valor referido na inicial, isso exigido que o pedido seja necessariamente certo e determinado. Ao deferir a inicial, o juiz irá determinar o pagamento de um valor ou a entrega de uma coisa, tudo a exigir que saiba, exatamente quais os limites quantitativos do que se pede e qual sua real extensão.

3.3 Competência

Em sede doutrinária, a competência é a faculdade e o dever de exercício da jurisdição no caso particular. Correntes também são ensinamentos que fazem coincidir a competência com quantidade de jurisdição assinalada ao exercício de cada órgão jurisdicional, ou seja, a “medida da jurisdição”.

A competência para processar e julgar a ação monitória não apresenta nenhuma particularidade no nosso direito, aplicando-se as regras gerais do Código. Para quem admite ação monitória contra a Fazenda Pública (federal, estadual e municipal) e autarquias, a competência será da Justiça Federal ou da Vara da Fazenda Pública estadual, conforme a sua qualidade de autor, ré ou interveniente. Pode também ser proposta a ação de injunção perante os Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95), desde que o pedido não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, exceto contra a Fazenda Pública.

No Brasil, a competência monitória se reparte, de regra, segundo a qualidade das pessoas envolvidas em lide (como credor ou devedor) e o valor da causa, observada igualmente a competência territorial, e quanto a esta a regra geral e a especial de foro, inclusive o foro de eleição (do contrato). Da mesma forma, na Itália, guardadas, no ponto, as peculiaridades do direito peninsular, o juízo é competente em função do valor e do território.

Para estabelecer a competência em razão das pessoas, considera a lei a qualidade da parte (autor, réu ou interveniente). Assim, quando se trata de uma injunção contra pessoa jurídica de direito público federal, a competência

será da Justiça Federal; se a pessoa jurídica de direito público estadual ou de um particular, a competência será da Justiça Estadual (residual).

Em razão do valor, reparte-se a competência entre os órgãos judiciais do Estado, cabendo aos Juizados Especiais Cíveis (causas de até 40 salários mínimos), ou às Varas Cíveis (de valor superior a esse limite).

A competência territorial firma-se em razão do local onde deva ser cumprida a obrigação, ou onde se encontrem (domiciliados ou residentes) os sujeitos da relação jurídica controvertida (devedor ou credor). Não havendo foro de eleição, privilegiando o autor, a demanda monitória deverá ser proposta no domicílio do réu.

Aplicam-se também ao processo monitório as normas sobre “prorrogação da competência”, cumprindo registrar que só pode ser modificada a competência territorial ou de foro, dado que estabelecida no interesse das partes, pois a competência de juízo (em função das qualidades das pessoas e do valor da causa), em princípio, não admite modificação. No entanto, como a fixação da competência é matéria de direito positivo (constitucional e infraconstitucional), admite a lei a alteração da competência em razão do valor, para mais, nunca para menos.

Assim, o juiz competente para julgar causas superiores a quarenta salários mínimos pode eventualmente julgar causas inferiores a esse valor, mas o juiz que tenha competência para julgar causas até vinte salários mínimos, não pode julgar as causas de valor superior. Por essa razão, a parte que preferir ajuizar a ação monitória perante o Juizado Especial Cível, perderá o benefício a que tenha direito, ou seja, renunciará ao excedente ao crédito estabelecido, salvo se houver conciliação.

3.4 A inicial e suas exigências

O autor deverá formular o pedido inicial em petição escrita, trazendo o pedido certo e determinado, com pretensão condenatória, pois busca um pagamento de quantia certa, ou entrega da coisa, imediatamente ou através da obtenção de um título executivo, que só existe na condenação.

Será necessário, como em toda ação, que traga o autor, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, para que o juiz examine o seu interesse de agir, se realmente existe e se está visível desde. Deve expor a relação de direito material que o liga ao réu, dentro dela, o fato que lhe deu o interesse da busca ao judiciário.

Deve, ainda, o autor dar valor à causa, que, aqui, é o mesmo que tem a quantia pretendida ou a coisa que entende lhe deva ser entregue. Isso porque poderá haver sentença e eventual recurso, onde cabível o preparo.

É bem possível que a matéria dessa ação caiba dentro da competência dos Juizados Especiais de Causas Cíveis, e, quando isso ocorrer, caberá ao autor a ação entre buscar seu direito perante o referido Juizado ou na Justiça Comum, através da ação monitória. Essa ação era autorizada pelo artigo 1º da Lei 7.244, de 07.11.84, que é a dos Juizados Especiais de Pequenas Causas,

sendo que agora ainda permanece, em razão de também a Justiça Comum ter idêntica competência, que não foi retirada. Se a opção do autor for pelo Juizado Especial de Causas Cíveis, evidentemente, o rito não será o da ação monitória, sabida que, ali, outro é o procedimento, muito mais rápido, informal e chegando ao título executivo com mais precisão. E ali a execução se fará.

Por ser ação de conhecimento de rito especial, é obrigatório para o autor, que não pode dispensá-la, para preferir o procedimento ordinário. Alguns entendem, que se o legislador fixou para a ação de conhecimento um rito especial, não pode deixar de ser observado, pois as partes não têm disponibilidade sobre os procedimentos, onde as normas reguladoras são cogentes. Outros entendem a hipótese não é de uso obrigatório, pelo autor, da ação monitória. Isso porque a ação que sempre procurou favorecer a rapidez dos processos, a favor dos que buscam a proteção jurisdicional mais rápida. Se, é para favorecer o autor, não pode ele ser obrigado a usar esse tipo de ação, onde não vai alcançar todo o seu direito, se lembrarmos que o réu pode pagar imediatamente e ficará isento de custas e verbas honorárias.

O autor pode buscar seu direito perante os Juizados Especiais Cíveis, o que ainda mais demonstra que não se trata, a ação monitória, de ação que não pode ser substituta pelo pedido genérico em rito ordinário ou dos Juizados.

3.4.1 Modelo de petição inicial em Ação Monitória

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Marília

FERNANDO PESSOA, brasileiro, casado, comerciante, domiciliado nesta cidade, à Rua A nº 2, por seu advogado infra-assinado, vem propor contra o réu TEODORO SAMPAIO, brasileiro, casado, industrial, estabelecido à Rua B, nº 78 em Marília, a presente ação monitória, pelos motivos que em seguida expõe:

- 1- O autor vendeu ao réu diversos livros comerciais, pelo preço total de R\$ 500 (quinhentos reais), recebendo dele um cheque em pagamento no mesmo valor (doc. incluso), datado de 02 de fevereiro de 1995, que o autor não conseguiu receber junto ao banco sacado, por falta de fundos em conta-corrente;
- 2- Vencido o prazo de seis meses previstos na Lei do Cheque, persistindo o devedor em não pagar, e não mais cabível a ação de execução do título, vem propor contra o mesmo essa ação para exigir o pagamento do cheque, segundo o rito próprio, previsto na Lei 9.079/95, da ação monitória;
- 3- Presentes todos os requisitos legais, vem pedir a imediata expedição do mandado de pagamento previsto no artigo 1.102b, do Código de Processo Civil, com determinação para que o réu pague aquela importância, no prazo de quinze dias, ou ofereça, no mesmo prazo, a defesa que tiver, sob pena de ficar constituído de pleno direito contra ele o título executivo judicial, com conversão daquele mandado inicial, desde logo e sem mais formalidades, em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo II e IV do

Código de Processo Civil;

4- Se forem apresentados embargos, protesta pela oportuna impugnação e eventual produção de provas que entenda necessárias.

Nestes termos, dando-se à presente o valor de R\$ 500, 00, com instrumento de procuração e um documento, D.R.A.

P. Deferimento

Marília, 14 de novembro de 1995.

3.5 Recursos na Ação Monitória

Os recursos na ação monitória são os recursos comuns, aplicando-se às decisões interlocutórias o agravo; à sentença, a apelação; a qualquer decisão que não seja de mero expediente e aos acórdãos, os embargos de declaração. Cabem, se for o caso, recursos especiais e recursos extraordinários, bem como os agravos de decisões monocráticas dos membros dos tribunais.

O agravo, principalmente na primeira fase do processo, dificilmente será interposto, dado a simplicidade do procedimento. Poderá, entretanto, ser utilizado após o recebimento dos embargos, quando se iniciar a discussão sobre os fatos e o direito alegados pelas partes.

Proferida a sentença, cabe apelação, e da mesma forma, apelação adesiva.

Do acórdão que decidir a apelação poderá caber recurso especial ou recurso extraordinário, ou ambos, e do despacho que não os admitir ou de despacho posterior, nos tribunais, o agravo anteriormente denominado de instrumento.

Este recurso no primeiro grau poderá ter a forma de agravo retido, que ainda existe.

Os embargos de declaração, cabíveis tanto no primeiro como no segundo grau, interrompem, conforme dispõe a nova redação que trata do assunto, o prazo para interposição de outros recursos, tanto para uma como para a outra parte.

4. Comentários à Lei

4.1 Apresentação da Lei

A Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, acrescentou ao Livro IV, Título I, do Código de Processo Civil o Capítulo XV, com os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c, instituindo a ação monitória. Com a seguinte redação:

CAPÍTULO XV

DA AÇÃO MONITÓRIA

Art. 1.102 a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1.102b - Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1.102c - 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.

Art. 2º - Esta lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.”

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
PRESIDENTE DA REPÚBLICA
NELSON AZEVEDO JOBIM
MINISTRO DA JUSTIÇA

4.2 Análise dos artigos e parágrafos

No artigo 1.102a., o pressuposto da adequação do pedido é ter o possível credor prova escrita da obrigação sem eficácia de título executivo. Claro, porque se tivesse título teria execução e faltar-lhe-ia interesse processual e necessidade para provimento monitório.

Prova escrita é a documental, não necessariamente o instrumento do negócio jurídico. Pode-se citar, entre outras: o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os títulos cambiários após o prazo de prescrição, a duplicata não aceita antes do protesto ou a declaração de venda de um veículo, por exemplo.

Para compreendermos melhor o procedimento monitório, é interessante recordar que os títulos executivos ou são de formação instantânea, como

cheque ou nota promissória, ou de formação progressiva ou gradativa, como a duplicata não aceita, que se torna título somente com posterior protesto e desde que acompanhada do recibo de entrega da mercadoria.

O procedimento monitório é o instrumento para a constituição do título judicial, a partir de um pré-título, a prova escrita da obrigação, em que o título se constitui, não por sentença de processo de conhecimento e cognição profunda, mas por fatos processuais, quais sejam a não apresentação dos embargos, sua rejeição ou improcedência. Qualquer prova escrita de obrigação de pagamento em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel é um pré-título, que pode vir a se tornar título se ocorrer um dos fatos acima indicados.

No artigo 1.102b, ao despachar a inicial, o juiz pode indeferi-la de plano nas mesmas hipóteses de indeferimento da inicial do processo de conhecimento e, em especial, se não estiver acompanhada da prova escrita da obrigação. Esse ato de rejeição é sentença, logo, o recurso contra ela cabível é a apelação, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil.

Se a inicial estiver em ordem, o juiz determinará a citação do réu (isso não está expresso na lei, mas é óbvio que não pode haver processo em citação, que será feita nos termos gerais do Código, inclusive, se for caso, pelo correio), com a determinação de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. Esse ato é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio da providência do artigo 558 ou do mandado de segurança, nos casos que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim.

Na inicial, o autor deverá pedir desde logo a fixação de honorários. para o caso não haver embargos, nos moldes do que se faz no processo de execução, sabendo-se, porém, que, se for efetivado o pagamento, o réu estará isento desse encargo por força do § 1º do artigo 1.102c.

No artigo 1.102c e parágrafos, no prazo de quinze dias contados da juntada aos autos da prova da citação (mandado, precatória, aviso de recebimento da carta), o réu poderá oferecer embargos.

Se o legislador utilizou-se da figura dos embargos, foi para dar à defesa do devedor a forma de ação, com todas as consequências que daí resultam, em especial a inversão dos ônus da iniciativa e da prova. Além disso, a sentença somente será proferida nos embargos se forem apresentados, e dela caberá apelação sem efeito suspensivo, como preceitua o artigo 520, V.

Os embargos têm natureza de contestação do réu, e este poderá oferecer como defesa também as exceções que a lei lhe confere e, opostos os embargos, o rito será o ordinário. Mas não cabe reconvocação, embora a lei não o proíba expressamente, porque admiti-la fugiria ao espírito que norteou o legislador, que tem pressa em obter o título executivo e, como vimos, o crédito pleiteado, além de vencido, não deve estar sujeito a condições, nem à prestação ainda não realizada pelo credor. Assim, se o réu tiver algum direito a reclamar do autor, terá de exercitá-lo em ação própria.

Serão os embargos processados nos próprios autos, como ocorre com a contestação, alegando-se preliminarmente e na mesma peça a exceção de incompetência absoluta, se for o caso.

Se os embargos não forem opostos, diz a lei que se constituirá, de pleno direito, a título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista em lei.

O não oferecimento de embargos opera à revelia do réu, mas os efeitos dessa revelia nem sempre ocorrem, pois, no caso de haver mais de um réu e pelo menos um deles tiver oferecido embargos, impõe-se a observância do disposto no artigo 320, I do Código de Processo Civil, e quando a citação tiver sido efetuada por edital ou com hora certa, da mesma forma não se opera o efeito da revelia, devendo o juiz nomear curador especial para oferecer a defesa que couber para o resguardo dos direitos do réu.

Constituindo o título executivo judicial, pela omissão do réu, que não ofereceu embargos, o prosseguimento da ação dar-se-á na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV (artigos 621 a 631, e artigos 646 a 731), conforme se tratar de execução para entrega de coisa certa (determinado bem móvel) ou incerta (coisa fungível), ou de execução por quantia certa contra devedor solvente (pagamento de soma em dinheiro). Daí por diante devem ser obedecidas as disposições legais previstas nessa fase de execução, como ocorre em relação a qualquer outro título executivo judicial.

No parágrafo primeiro, parece que o legislador quis premiar o réu com tal isenção, somente se ele cumprir o mandado até os quinze dias após a citação inicial, e não depois que se iniciar a fase de conhecimento, pela oposição de embargos, ou de execução, se estes não existirem.

De qualquer forma, a medida não se mostra justa para o autor, pois teve de contratar advogado e pagar custas iniciais para o ajuizamento da ação, diversamente do que ocorre no Juizado de Pequenas Causas, por exemplo, que é gratuito no primeiro grau, sem exigência de custas ou participação de advogado.

No parágrafo segundo, os embargos referidos nada têm a ver com aqueles que dizem respeito à fase de execução. São embargos que estão no lugar da contestação do réu, no processo de conhecimento.

A matéria será discutida pelo procedimento ordinário, descartando-se o rito sumário. Oferecidos os embargos, estes serão juntados aos autos, como se faz com a contestação no procedimento comum, e não em apenso, como ocorre com os embargos na fase executória.

Se os embargos forem julgados procedentes, extinguir-se-á o mandado inicial, vale dizer, o próprio processo pelo mérito, e o autor poderá interpor recurso de apelação. Se, no entanto, forem rejeitados, diz o § 3º do artigo 1.102c, que, nesse caso, constituir-se-á, de pleno direito, a título executivo judicial, naturalmente a favor do autor.

No parágrafo terceiro, se os embargos forem rejeitados, o que será feito por meio de uma sentença, em que o juiz apreciará as provas produzidas e fundamentará a sua decisão, constituir-se-á o título executivo judicial, de pleno direito, isto é, independente da vontade da parte interessada ou de interposição de recursos nessa fase.

Dessa decisão será intimado o devedor, sem fazer referência ao credor, dando a entender, portanto, que nessa fase não haverá recurso, conforme con-

clui-se que, se os embargos forem rejeitados por inteiro, pois, do contrário, ambas as partes deveriam ser intimadas da sentença.

A intimação feita ao devedor constitui medida necessária para que, a partir dela, passem a fluir os prazos para penhora e para a busca e apreensão, conforme se trate de pagamento de soma em dinheiro ou entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

5. Revisão de literatura

Trataremos de opiniões dadas por doutrinadores sobre ação monitória, com as seguintes redações:

a) *A Ação Monitória 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.*

Já no que se refere à sua estrutura, tal demanda é veiculada mediante procedimento especial, em razão da sumariedade da cognição e de outros aspectos que o conotam. Seguindo, outrossim, o modelo clássico da técnica monitória, o pronunciamento jurisdicional alvitrado é proferido 'inaudita altera parte', diferindo-se para um momento ulterior a possibilidade de contraditório. (TUCCI, 1999, p. 60)

b) *A Ação Monitória é ação de conhecimento, e dentro destas ações ela é condenatória, pois, ao buscá-la, o autor deseja ver o réu condenado a um pagamento ou entrega de coisa. Não podendo seguir o procedimento comum, em razão de suas peculiaridades, situa-se no Livro IV do Código de Processo civil, onde são regulados os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.*

Tem uma característica especial, de vir o pedido apoiado em documento escrito, considerado hábil para embasar a pretensão. Isso significa que o legislador tomou partido na grande discussão sobre o cabimento da ação monitória apenas quando apoiada em documento. Para nós no Brasil, a pretensão a uma concessão do mandado de pagamento ou de entrega de coisa precisa se apoiar em documento hábil, para que o juiz tenha uma pequena e prévia cognição sobre a mesma pretensão e sua probabilidade.

Lembra ainda que através da ação monitória se poderá chegar ao título executivo, que é judicial, com rapidez e, após, se passar por um pronunciamento judicial imediato, que é condenatório, pois de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. Esse pronunciamento condenatório independe e prescinde do contraditório e fica apenas condicionado ao não oferecimento da defesa (embargos) pelo devedor.

Portanto, busca-se um mandado de pagamento ou de entrega da coisa, superando a inércia do devedor, na esperança de que ele reconheça a obrigação, não se defendendo, tanto porque sabe ser essa defesa inútil como, ainda, porque terá vantagens em

não se opor ao mandado, ficando isento de custas e honorários. (SALVADOR, 1995, p.18)

c) O procedimento monitorio (ou injuncional) é procedimento do tipo 'de cognição sumária' (não é um processo sumário, no sentido próprio da palavra, mas de cognição sumária), caracterizado pelo propósito de conseguir o mais rapidamente possível o título executivo e, com isso, o início da execução forçada.

A sumariedade da cognição constitui o instrumento estrutural por meio do qual a lei busca esse desiderato, naqueles casos em que é provável a existência do direito, seja pela natureza e objeto do direito mesmo, seja pela particular atendibilidade da prova que serve de fundamento dele.

A finalidade do procedimento monitorio é simplificar o largo e dispendioso processo de cognição e de condenação, fazendo chegar a providência de condenação diretamente, mediante uma redução, já que não há abolição da fase de declaração de certeza, que se baseia unicamente no conhecimento dos fatos constitutivos da pretensão proposta, sem levar em consideração aqueles fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito; fatos que, em virtude das exceções e defesas da parte contrária, deveriam constituir objeto da declaração e que o pretense obrigado não pode aduzir porque a condenação é emitida 'inaudita altera parte', mas que poderá, eventualmente, se considerar oportuno, fazer valer mediante uma plena declaração de certeza posterior condenação. (ALVIM, 1995, p. 51)

d) Tem por escopo evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar. Destarte, o credor, em determinadas circunstâncias, pode pedir ao juiz, ao propor a ação, não a condenação do devedor, mas, a expedição, desde logo, de uma ordem ou mandado para que a dívida seja saldada no prazo estabelecido em lei. Só eventualmente, o procedimento monitorio se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional. Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento injuncional consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório. Por isso a defesa se faz através de embargos, os quais, se bem que não tenham a natureza de uma ação incidente (como nos embargos do devedor), objetivam, a um só tempo, suspender a eficácia do mandado inicial e obter uma sentença de mérito de sua revogação. (ALVIM, 1995, p. 33)

e) A Ação Monitoria é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva. Assim, apesar de estar a ação colocada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão, assim como a solução dos problemas práticos que apresenta, somente será possível se for tratada como se fosse processo de execução, ou seja, como uma espécie de execução por título extrajudicial em que, em vez do mandado de citação para pagamento em vinte e quatro horas, sob pena de penhora, há a citação com a ordem de pagamento

ou de entrega de coisa móvel. A interposição dos embargos, que na execução somente é possível depois de seguro o juízo, no caso da ação monitória, é ensejada antes da penhora e suspende a eficácia do preceito. É como se o ato constitutivo da penhora tivesse sido cindido em dois momentos (a ordem de pagamento e a constrição) e entre eles fosse possível apresentar embargos. (GRECO FILHO, 1996, p. 49)

6. Conclusão

De tudo quanto se disse sobre a ação monitória, resta concluir que o modelo adotado pelo Brasil, embora com raízes italianas, possui particularidades que lhe imprimem características próprias, que não podem ser desconsideradas, sob pena de se chegar a resultados insatisfatórios. Embora com as vistas nas fontes, procurou-se analisar o instituto considerando a tradição da dinâmica processual.

É ainda bem-vinda a tentativa de instituição, facultativamente, no sistema processual vigente. O sucesso experimentado em países como a Alemanha recomenda a tentativa. Posto à parte, evidentemente, as diferenças culturais e jurídicas entre os povos, a verdade é que a tentativa é válida. Melhor, de qualquer modo, do que o imobilismo das formas, que impede a experimentação de caminhos novos, na busca de melhoria da prestação jurisdicional no País.

Após muitos estágios pelos quais passou o Direito, chegou-se ao consenso de que um sistema processual seria tão mais perfeito e satisfatório quanto mais eficiente se mostrasse sua capacidade de colocar em pronta atuação a tutela jurisdicional necessária para garantir a realização concreta dos direitos creditórios não satisfeitos voluntariamente pelos devedores.

Desse modo, fixou-se o índice de eficiência do sistema processual de um povo, precipuamente, pelo fator de maior ou menos versatilidade do seu processo de execução para tutela dos direitos de crédito.

A vida moderna impõe que, sem desamparar o sagrado direito de o réu poder se defender, o credor tenha meio rápido e eficaz de abreviar o título executivo para satisfação de seu crédito, nos casos em que disponha de documento sério, ainda sem eficácia executiva, mas saiba que o devedor não tem disposição para se defender.

De qualquer modo, a preocupação e a tentativa de melhorar a justiça e torná-la mais ágil e menos dispendiosa sempre merece todos os encômios e constitui iniciativa que deve ser prestigiada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J.E.C. *Procedimento monitório*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.
ARAÚJO, F.F. de. *Ação monitória*. 3. tir. Campinas: Copola, 1995.
CORRÊA, O. de A. *Ação monitória*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

Ana Cláudia Moraes Juliano

GRECO FILHO, V. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALVADOR, A.R.S. *Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TUCCI, J. R. R. *A ação monitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

