

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO "LATO SENSU"
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Flávio Vieira Major

"AÇÃO" MONITÓRIA: ASPECTOS GERAIS E A REVELIA

SÃO PAULO, FEVEREIRO DE 2009

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Flávio Vieira Major

“AÇÃO” MONITÓRIA: ASPECTOS GERAIS E A REVELIA

TCC apresentada como requisito
final à obtenção do grau de
especialista em Direito Processual
Civil

SÃO PAULO, FEVEREIRO DE 2009

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”
EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Flávio Vieira Major

“AÇÃO” MONITÓRIA: ASPECTOS GERAIS E A REVELIA

TCC apresentada como requisito final à obtenção do grau de especialista
em Direito Processual Civil

Professor Orientador: Manoel Maia Jovita

SÃO PAULO, FEVEREIRO DE 2009

Sofri o grave frio dos medos, adoeci. Sei que ninguém soube mais dele. Sou homem, depois desse falimento? Sou o que não foi, o que vai ficar calado. Sei que agora é tarde, e temo abreviar com a vida, nos rasos do mundo. Mas, então, ao menos, que, no artigo da morte, peguem em mim, e me depositem também numa canoinha de nada, nessa água que não pára, de longas beiras: e eu, rio abaixo, rio a fora, rio a dentro — o rio.

A Terceira Margem do Rio
(João Guimarães Rosa)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar os aspectos da ação monitória, notadamente a capacidade de o juiz proceder à alteração do título executivo judicial constituído nos termos do art. 1.102c do Código de Processo Civil, após o decurso de prazo para o réu impugnar a pretensão do autor, na forma de embargos monitórios.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I	
1.1. Origens.....	10
1.2. O Procedimento Monitório no Brasil.....	11
1.3. Conceito.....	13
1.4. Natureza Jurídica: Processo ou Procedimento?.....	14
1.5. A Técnica Monitória.....	16
CAPÍTULO II	
2.1. As Partes.....	18
2.2. O Litisconsórcio e a Assistência.....	18
2.3. A Intervenção de Terceiros.....	19
2.4. O Objeto.....	20
2.5. Requisitos Específicos da Ação Monitória.....	21
2.6. A “Tutela” Monitória.....	25
2.7. A Citação.....	27
2.8. A Desistência da Ação.....	29
CAPÍTULO III	

3.1. A constituição do Título Executivo.....	31
3.2. A Revelia.....	33
3.3. Os Embargos Monitórios.....	37
3.4. A Sentença na Ação Monitória Embargada.....	39
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

INTRODUÇÃO

A Ação Monitória foi inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.079, de 14/07/95, apresentando cargas de conhecimento, de execução e de cautela, que a fazem diferente das espécies tradicionais de ação. Trata-se de um procedimento de cognição sumária, de rito especial, tendo como principal objetivo alcançar o título executivo, de forma antecipada, sem as delongas naturais do processo de conhecimento, que necessita do proferimento de uma sentença de mérito, transitada em julgado, para que o processo executivo tenha início.

Sua natureza jurídica é muito discutida. Alguns autores dizem tratar-se de uma ação de conhecimento, porque sua finalidade é fazer com que o Poder Judiciário tome ciência do título que o credor possui e a ele reconheça e atribua o caráter de executável. Dizem, ainda, ter fins condenatórios, porque o objetivo do autor é a condenação do réu e, conseqüentemente, proporcionar a interposição da execução sem os embaraços que caracterizam o procedimento ordinário.

Por fim, trata-se de um procedimento de cognição sumária, uma vez que o juiz, mediante a apresentação de uma prova escrita - desde que suficiente para formar o seu convencimento acerca da legalidade -, defere em favor do credor a expedição do mandado para pagamento, *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir a parte contrária.

Pretende-se, nesse contexto, verificar se o juiz pode modificar o *quantum debeat*, com base em parâmetros distintos daqueles apresentados pelo autor, em sua petição inicial, sob o argumento de que os parâmetros adotados para a sua composição (índices de correção monetária, juros moratórios, compensatórios) teriam sido utilizados equivocadamente pelo credor, ainda que o réu não tenha oferecido defesa (os chamados embargos monitorios).

Há inúmeros casos em que o réu, por total desconhecimento de que se pode fazer representar em juízo, ainda que seja hipossuficiente - ou seja, não possa arcar com os ônus derivados de uma ação judicial -, deixa de oferecer embargos monitorios

e, como resultado de sua omissão, torna-se revel, situação em que a lei determina que o mandado monitório seja prontamente convertido em mandado executivo.

É claro que o devedor, consciente de uma dívida verdadeiramente existente, não pode simplesmente contestar a pretensão do autor, apresentando inadvertidamente embargos monitórios cujos argumentos não apresentem a mínima chance de resultarem em um julgamento procedente. A própria lei desestimula tal oposição.

Mas o que dizer da pretensão formulada pelo autor-credor, com base em índices de correção monetária, juros de mora, comissão de permanência e/ou outros fatores de correção incidentes sobre o valor da dívida que não encontram amparo legal ou ao menos um simples critério de razoabilidade? Deverá o réu arcar com uma dívida cujos valores não correspondem ao compromisso assumido? Poderá o juiz intervir em uma situação processual consumada pela preclusão? Essa é a resposta que o presente trabalho pretende alcançar.

CAPÍTULO I

1.1. Origens

As origens do processo monitorio remontam ao direito medieval, com a recepção do direito germânico, pelo direito romano, de procedimentos que permitiram um processo executivo sumário, ensejando o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*, acompanhado e justificado pela *clausula iustificativa*.

O *mandatum cum clausula iustificativa* assemelhava-se a formas processuais germânicas, bem ainda ao *iudiculus commonitorius* do processo franco, que por seu turno se relacionava com o direito romano.

Se o devedor, uma vez notificado pelo *mandatum*, não apresentasse oposição, no prazo devido, esse *mandatum* era prontamente executado. Se, por outro lado, o devedor oferecesse oposição à pretensão do credor, tal pretensão era completamente obstada, dando ensejo a um procedimento ordinário.

No Brasil, mesmo após a independência, o direito brasileiro continuou a ser regulado pelas Ordenações Filipinas, nas áreas cível e comercial, a partir das Ordenações Manuelinas. Nesse contexto, o primeiro modelo de ação monitoria de que se tem notícia advém da Ação de Designação de Dez Dias, proveniente do direito português.

Consistia, em apertada síntese, na citação do devedor para - no prazo de dez dias - pagar, comprovar a quitação ou embargar, em audiência designada. Ausente o réu, ou não oferecendo embargos, ou, ainda, uma vez apresentados, fossem considerados irrelevantes, o juiz atribuía força executiva ao título. Oferecidos - e aceitos - os embargos, julgava-se improcedente a ação. Por seu turno, caso rejeitados, o réu se sujeitava à condenação, independentemente de recurso.

Demonstrados os embargos, cabia recurso de apelação com efeito suspensivo. Vitorioso o autor, a apelação não impedia a execução da sentença. Caso os embargos fossem relevantes, prosseguia-se pelo rito ordinário. Nesse caso, convém salientar que, ainda que não cumpridamente provados, recebidos e condenado o réu, a execução seria provisória ou com reserva.

A ação decendiária não foi recepcionada pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, nem tampouco pelo Código de Processo Civil de 1973, o que representou um retrocesso para o direito brasileiro, dado o vazio que se operou em face das obrigações de dar.

1.2. O Procedimento Monitório no Brasil

Com o objetivo de superar os obstáculos que impedem a agilização do processo e, por conseguinte, a prestação jurisdicional condizente com os ditames constitucionais, tem-se observado inúmeras alterações no Código de Processo Civil.

Muitas dessas alterações canalizam esforços no sentido de evitar que o titular do direito em litígio necessite amargar um longo processo para somente ao seu final obter o bem pretendido. Nesse sentido, tem sido adotados novos tipos de tutela, diferidas ou diferenciadas – assim chamadas pelos doutrinadores –, as quais se constituem em formas de abreviar e agilizar a concessão da prestação jurisdicional.

Certo é que, por diversas vezes, ocorriam situações nas quais o titular de um direito de crédito tinha como prova uma simples carta missiva, um telegrama, um recibo rubricado, de tal sorte que não dispunha, propriamente, de um título executivo, o que o obrigava a demandar o devedor pela via ordinária, na ausência de uma forma mais eficiente de obter sua pretensão material. Como apontou Carreira Alvim, “entre a ação ordinária (de cognição demorada) e a executiva (despida de cognição), faltava algo que

preenchesse o vazio entre as duas, e é exatamente esse o objetivo que veio cumprir a ação monitória.”¹

Nesse contexto, a Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, reintroduziu em nosso ordenamento o procedimento especial de jurisdição contenciosa denominado pelo legislador de ação monitória, tendo sido incorporada no Código de Processo Civil, no Livro IV, dos Procedimentos Especiais, em seu Capítulo XV, nos artigos 1.102a a 1.102c.

Interessante mencionar, nesse ponto, um parêntesis: ao redigir o referido capítulo, o legislador fez uso de uma denominação imprópria (*nomem iuris*), intitulando-o “Da Ação Monitória”, misturando, assim, os conceitos de ação e de pretensão. Especial é o procedimento, e não a ação. Ação é o direito de se exigir do Estado um pronunciamento de mérito, de tal sorte que não se pode confundir com o direito subjetivo material alegado pelo autor como alicerce da pretensão exposta à apreciação jurisdicional, contida no pedido formulado na petição inicial.

Rigores à parte, o procedimento monitório foi criado com a finalidade de conceder ao possuidor de um direito de crédito o reconhecimento de um título executivo judicial, com a dispensa do crivo preliminar de uma análise minuciosa da prova documental oferecida, implicando em inversão do contraditório, em sua fase preliminar, o que se constitui em técnica de antecipação de caráter eventual, para obtenção do título executivo.

Nesse sentido, podemos falar em provimento obtido *inaudita altera parte*, ou seja, a condenação é proferida sem a cognição plena do direito e da obrigação, com base numa cognição sumária e incompleta do direito e da obrigação correspondente, fundamentada exclusivamente na prova escrita do fato constitutivo do direito, ofertada pelo autor.

¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Processo Monitório**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 50.

1.3. Conceito

Trata-se de um procedimento de cognição sumária, com o propósito de obter, de modo abreviado, o título executivo, e por conseguinte, o início da execução forçada.

Sobre o assunto, leia-se o seguinte ensinamento:

A finalidade do procedimento monitorio (ou injuncional) é simplificar o largo e dispendioso processo de cognição e de condenação, fazendo chegar à 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, 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 à condenação (ROCCO: 1981, *apud* CARREIRA ALVIM: 2002, p. 45)²

O procedimento monitorio tem por objeto evitar o dispêndio de tempo na formação de um título executivo que o devedor, por vezes, não tem interesse de impedir. O credor pede ao juiz, por ocasião da propositura da ação, não a condenação do devedor, mas a pronta expedição de uma ordem para que o débito seja liquidado, no prazo estabelecido pela lei. Nesse contexto, é possível deduzir que não necessariamente o procedimento monitorio se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional. Vale salientar que, através desse procedimento, objetiva-se a abreviação do caminho para a execução, deixando a critério do devedor a iniciativa de estabelecer ou não o contraditório.

² ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981, v. 6.

1.4. Natureza Jurídica: Processo ou Procedimento?

Doutrinadores os mais renomados não se cansam de debater acerca da natureza jurídica da ação monitória, havendo uma corrente que apregoa tratar-se de um novo tipo de processo. Para os autores pertencentes a essa corrente, a Ação Monitória não estaria contida em nenhum dos tipos de processo existentes, não se enquadrando, assim, como Processo de Conhecimento, Cautelar ou Executivo. Tratar-se-ia de um processo distinto dos demais.

Uma outra corrente defende a tese de que a Ação Monitória é nada mais do que um procedimento, no contexto dos processos de conhecimento, sendo essa a razão pela qual teve sua disciplina inserida no capítulo do Código de Processo Civil destinado aos procedimentos especiais:

Para muitos estudiosos do tema, a Ação Monitória seria um tipo de tutela diferenciada, traduzida no fato de que seria uma junção de dois procedimentos diversos, tendo seus institutos transitando entre o Processo de Conhecimento e o de Execução, implicando no preenchimento da lacuna existente entre os credores possuidores de um título executivo e os credores possuidores de algum título líquido e certo, desprovido de força executiva, criando um instituto facilitador para o recebimento do crédito.

Mas a característica especial da monitória se verifica pelas formas de composição das diversas fases do procedimento, que destoam das figuras comuns do processo de conhecimento ou de execução. Além disso, sua finalidade precípua identifica-se com a formação do título executivo judicial, sem se configurar, em seus efeitos, como uma autêntica sentença condenatória.

Se a natureza de tutela jurisdicional diferenciada é quase unanimidade entre os juristas, o mesmo não ocorre quanto à conceituação da monitória em processo ou procedimento.

Entre os filiados à corrente que entende ser a ação monitória um novo processo, encontramos José Rodrigues de Carvalho Netto. A outra corrente, para a qual a ação monitória nada mais é do que um novo procedimento, com características de processo de conhecimento e de execução, destacam-se, entre outros, José Rogério Cruz e Tucci e José Eduardo Carreira Alvim.

Na elaboração desse trabalho, reporto-me à segunda corrente. Senão, vejamos: o nosso ordenamento apresenta três tipos de processo: Conhecimento, Execução e Cautelar, sendo tal tripartição matéria imutável dentro da estrutura sistemática do atual Código de Processo Civil. Acrescentar-se um novo processo a este Código tirar-lhe-ia a sistematicidade necessária para a boa aplicação do Direito. Ora, os institutos criados após a promulgação de um Código devem encontrar respaldo naquelas normas já existentes naquele ordenamento, ou seja, as novas figuras inseridas no Código pelo legislador devem estar em consonância com o restante das normas nele já contidas.

Seria demasiado exagero afirmar que a Ação Monitória, inserida no Código de Processo Civil em vigor, pela Lei 9.079/95, teria sido capaz de, em apenas três artigos, traduzir-se em um novo processo para o ordenamento instrumental civil. Indiscutivelmente, a Ação Monitória tem uma tutela diferenciada, misturando instrumentos do processo de conhecimento e de execução. Mas não é possível, todavia, compactuarmos com a assertiva de que estaríamos diante de um novo processo.

Admitindo-se que a premissa básica do instituto seria a constituição de título executivo judicial, tendo como ponto de partida um título sem força executiva, não é coerente afirmar que a ação monitória seria um processo de conhecimento, pois o que se pretende é um pronunciamento jurisdicional em favor de uma pretensão resistida, razão pela qual deverá o autor provar o necessário para que o juiz reconheça a sua pretensão, que é o que se almeja em um processo de conhecimento.

Não bastasse essa argumentação, observe-se que o capítulo XV, da Ação Monitória, acrescido ao Código de Processo Civil pela Lei nº 9.079/95, foi inserido no Livro IV do Código de Processo Civil, que trata exatamente dos Procedimentos

Especiais. Assim sendo, deve-se admitir que o legislador não tinha a intenção de criar um novo tipo de processo. Se assim o fosse, não teria inscrito o referido capítulo no Livro IV.

Dessa forma, estamos diante de um novo procedimento, de natureza condenatória, cuja finalidade encontra respaldo no processo de conhecimento, com a expedição de mandado de pagamento ou entrega da coisa, sem a prévia oitiva do réu, a quem se transfere a iniciativa do pleno contraditório.

1.5. A Técnica Monitória

Segundo Carreira Alvim, a técnica adotada pelo procedimento monitorio, a qual se assemelha à aplicada pelo procedimento monitorio francês, divide-o em duas fases. A primeira, em que não existe o contraditório, instaurada a pedido de alguém intitulado-se credor, amparado em prova escrita ou equivalente, com base em cognição sumária dos fatos, culminando na expedição do mandado de pagamento (ou de entrega da coisa); a segunda, que pode vir a ocorrer, com a observância do procedimento ordinário, a pedido daquela pessoa contra quem foi expedido o referido mandado de pagamento (ou de entrega da coisa), o qual pode, fundado em amplas garantias do contraditório, opor-se à ordem judicial, mediante embargos.

A vantagem desse procedimento consistiria no fato de que o devedor, antes de decidir apresentar os embargos, deverá estar convencido de que essa decisão trar-lhe-á a possibilidade de obter uma decisão diversa daquela que contém o mandado inicial. Caso contrário, não irá, em sua consciência, assumir os riscos de arcar com os ônus de sucumbência. Até porque, se efetuar o pagamento, de modo espontâneo, a lei assiste

ao devedor a benevolência da isenção relativa aos encargos processuais, conforme se depreende de singela leitura do §1º do art. 1.102c, do Código de Processo Civil.³

Vejamos, a respeito, o ensinamento de Cruz e Tucci:

Trata-se, portanto, de modelo procedimental de *summaria cognitio*, catalogado por Chiovenda entre aqueles nos quais, por visarem à antecipação da execução, a declaração emitida tem prevalente função executiva, não no sentido de constituir a própria execução, mas, sim, no de construir com celeridade o título executivo.

Para que a técnica do *procedimento monitorio* seja eficaz, explica ainda Chiovenda que se faz "mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias assim como esperar que seja exíguo o número das impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples impugnação, o processo monitorio pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais" (CHIOVENDA: 1965, *apud* CRUZ E TUCCI: 2001, p. 29)⁴

³ Art. 1.102.c, § 1º - Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. 1, 2ª ed., trad. port. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965

CAPÍTULO II

2.1. As Partes

No pólo ativo da relação processual temos o Autor, que é o detentor da pretensão de receber uma soma em dinheiro, ou a coisa. Pode ser ocupado por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de direito privado. Excepcionalmente, pode ser ocupado por algumas pessoas de direito público. Por fim, pode ser ocupado, também, por entes sem personalidade jurídica, uma vez que o que importa à monitória é ser o interessado detentor de um título monitório, e não a sua natureza.

No pólo passivo temos o Réu, cuja posição pode ser ocupada por pessoas físicas e jurídicas de direito privado, bem ainda por pessoas jurídicas de direito público.

Nas demandas em que seja parte uma pessoa incapaz, dar-se-á a intervenção de um curador especial, caso ela não tenha representante legal.

2.2. O Litisconsórcio e a Assistência

Na ação monitória, é permitida a cumulação subjetiva de partes, seja ativa ou passiva, mas há de ser sempre facultativa. Assim, ainda que haja a titularidade do crédito, solidariamente, não existe litisconsórcio necessário. O mesmo se verifica com relação aos devedores.

Sendo o litisconsórcio facultativo, é possível mover-se uma ação contra um ou contra vários devedores. Por extensão, a defesa de um dos réus, via embargos, não se aproveita em favor daquele que não se defendeu.

Por fim, a intervenção do Assistente seria admissível, seja a assistência simples ou litisconsorcial. Isso porque, sendo parte secundária, o Assistente não pleitearia nada em seu próprio favor. Tampouco contra si algo seria pleiteado.

2.3. A Intervenção de Terceiros

Segundo alguns autores, não seriam admitidas as modalidades de intervenção de terceiros, com exceção da nomeação à autoria. São elas a Oposição ⁵, a Denúnciação da lide ⁶, a Nomeação à autoria ⁷ e o Chamamento ao processo ⁸, por serem institutos típicos do processo de conhecimento, especificamente ligados à ação condenatória.

Com exceção da nomeação à autoria, as demais formas de intervenção de terceiros se configuram numa lide, pretensão do réu, ou do próprio terceiro, o que contraria o regime jurídico da monitória, uma vez que tal ação traz, em sua essência, a simplicidade e a celeridade.

Alguns estudiosos, dentre eles o renomado Carreira Alvim, entendem que a intervenção de terceiros é admissível no processo monitório, em todas as suas modalidades, observadas as peculiaridades do rito relativas à primeira e segunda fases do procedimento.

⁵ Ação, via de regra, declaratória contra o autor primitivo, e condenatória contra o réu, podendo ocorrer o contrário, se a ação originária for declaratória negativa. O oponente é autor de uma ação em que o autor e o réu originários (denominados opostos) são réus.

⁶ Ação de garantia, de natureza condenatória, regressiva.

⁷ Objetiva a substituição do réu, parte ilegítima para a causa, por um réu parte legítima para a causa, corrigindo a legitimação passiva.

⁸ Tem por finalidade a obtenção de título executivo, pelo réu, contra o obrigado.

2.4. O Objeto

A pretensão, no procedimento monitório é, via de regra, um crédito de uma quantia em dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel, desde que tenha o credor uma prova documental para comprovar sua pretensão.

O procedimento visa resolver as obrigações de dar, seja bem numerário (dinheiro), bens móveis, fungíveis ou infungíveis, excluindo-se as obrigações de fazer ou não-fazer, a quais apresentam sede própria.

Segundo o Código Civil, "*são fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituí-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade*". Coisas fungíveis são vistas através de seu gênero, e especificadas por meio de quantidade e qualidade, garantindo-lhes homogeneidade e equivalência, sendo irrelevante sua substituição.

No que tange à prestação de bem numerário, esta deve apresentar valor líquido, pois os débitos que necessitem de liquidação para serem fixados, por arbitramento ou artigos, não podem valer-se do procedimento monitório, por vedação expressa do art. 1.102c.

O autor deve instruir a petição inicial com a memória de cálculos, da mesma forma que ocorre com o processo executivo por quantia certa contra devedor solvente, pois o procedimento monitório é sumário, pelo que dispensa a produção de provas, salvo as que devem instruir a inicial. Não se discute o "*quantum debeatur*", o qual já deve estar especificado, inclusive com atualização monetária, se incidente, na exordial.

O contraditório somente se estabelece por provocação do réu, através de embargos monitórios, sem os quais a ordem judicial prevista na petição inicial passa a ter força executiva, tendo início uma série de procedimentos, com o objetivo de

expropriar bens do patrimônio do devedor, a fim de promover a satisfação do direito do credor.

Quanto à obrigação de entrega de coisa certa móvel, o procedimento tutela a relação obrigacional, e não patrimonial, excluindo a entrega de bem imóvel, cuja pretensão é real e não obrigacional. Qualquer discussão sobre bem imóvel ou móvel, derivado de pretensão real, dar-se-á por via de ação executiva.

2.5. Requisitos Específicos da Ação Monitória

São requisitos de qualquer peça inicial, aqueles elencados no art. 282 do Código de Processo Civil.⁹

Ademais, tratando-se de crédito relativo a bem numerário, deve a inicial da ação monitoria ser instruída com o demonstrativo da dívida, a fim de possibilitar ao réu o pagamento da quantia, isento de custas e honorários, conforme dito anteriormente.¹⁰

Mas há uma condição específica para que seja admissível o ajuizamento da ação monitoria: o título monitorio, consoante estabelece o art. 1.102a do Código de Processo Civil, representado pela prova documental escrita sem eficácia de título executivo.¹¹

⁹ Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.

¹⁰ À luz do que preceitua o parágrafo primeiro do art. 1.102c do CPC.

¹¹ Art. 1.102.a - A ação monitoria 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.

A prova escrita sem eficácia de título executivo, com manifesta participação do devedor ou de seu representante, é requisito específico e indispensável ao procedimento monitório, com a qual, na falta de pronta prestação pelo devedor, restará convertido o mandado inicial em título executivo judicial.

Sem essa prova escrita, o juiz indeferirá a inicial, nos termos do art. 295 do Código de Processo Civil, por carência de interesse processual.

É permitida, ainda, a prova que, embora não tenha sido oferecida diretamente pelo devedor, traga em seu bojo elemento de convicção suficiente a ensejar a ordem de expedição de mandado monitório, notadamente nas obrigações decorrentes de lei.

A jurisprudência é remansosa, neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. PROVA ESCRITA. NOTIFICAÇÃO. QUADRO DEMONSTRATIVO DE DÉBITOS. GUIA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTOS HÁBEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. PRECEDENTES. 1. Tratam os autos de ação monitória ajuizada Sindicato das Empresas de Consultoria, Assessoramento, Perícias, Informações, Pesquisas e Empresas de Serviços Contábeis no Estado Minas Gerais objetivando o pagamento da Contribuição Sindical estabelecida pelos artigos 578 a 591 da CLT, no exercício dos anos de 1996 a 2001, considerando que recorrente é entidade sindical devidamente constituída perante o Ministério Público do Trabalho e por ser a contribuição compulsória, advinda de texto legal, não necessitando, dessa forma, de filiação e não se confundindo com a contribuição social, facultativa. A pretensão inicial restou assim formulada (fl. 10): "ANTE AO EXPOSTO, requer a V. Exa. Que se digne de determinar a expedição do competente mandado para citação/intimação do Representante Legal da Requerida no endereço indicado ou onde for encontrado, inclusive com aplicação de artigo 172, § 2º, do CPC, caso necessário, para que pague o débito no prazo de 15 (quinze) dias, compreendendo o montante de R\$ 1.784,13 (UM MIL SETECENTOS E OITENTA E QUATRO REAIS E TREZE CENTAVOS) atualizado até a data de 28/12/2001, a ser acrescido até a data do pagamento, de correção monetária; multa adicional de 2% ao mês, juros de mora de 1% ao mês, tudo conforme o art. 600 da CLT; ficando neste caso isento de custas e honorários ou se quiser ofereça embargos, no mesmo prazo, sob pena de automática constituição de título judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo IV do CPC". O juízo monocrático indeferiu a petição inicial, por estar a

pretensão da autora amparada "em frágil e inexpressiva prova escrita, que em nada se identifica com aquela exigida para o procedimento monitorio, não vislumbrando em tais documentos a presunção necessária para ensejar o manejo desta ação de cunho excepcional". Dessa forma, não sendo líquidos e certos os documentos apresentados, não há como constituir-los em títulos executivos. Inconformada, a ora recorrente apelou, tendo a oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negado provimento ao recurso ao argumento de que "O demonstrativo da constituição do crédito de natureza tributária da contribuição sindical ou guias de recolhimento da contribuição sindical não se enquadram no conceito da prova escrita da dívida líquida e certa". Nesta via recursal, alega divergência jurisprudencial. 2. O art. 1.102 "a", do CPC, dispõe que "A ação monitoria 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". 3. A ação monitoria tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. Tal prova consiste em documento que, mesmo não provando diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência do direito alegado. Em regra, a incidência da aludida norma legal há de se limitar aos casos em que a prova escrita da dívida comprove, de forma indiscutível, a existência da Obrigação de entregar ou pagar, que é estabelecida pela vontade do devedor. A obrigação deve ser extraída de documento escrito, esteja expressamente nele a manifestação da vontade, ou deduzida dele por um juízo da experiência. 4. A lei, ao não distinguir e exigir apenas a prova escrita, autoriza a utilização de qualquer documento, passível de impulsionar a ação monitoria, cuja validade, no entanto, estaria presa à eficácia do mesmo. A documentação que deve acompanhar a petição inicial não precisa refletir apenas a posição do devedor, que emane verdadeira confissão da dívida ou da relação obrigacional. Tal documento, quando oriundo do credor, é também válido – ao ajuizamento da monitoria – como qualquer outro, desde que sustentado por obrigação entre as partes e guarde os requisitos indispensáveis. 5. In casu, a cobrança de contribuição sindical referida encontra-se prevista em lei e a ela todos estão vinculados ao se encontrarem na hipótese descrita na norma, sendo devida em prol da entidade sindical correspondente à categoria. Para tanto, a entidade lança a cobrança da dívida a partir de dados que permitam o enquadramento do devedor na condição de integrante da categoria sobre a qual incide a contribuição obrigatória, emitindo documento de dívida, o qual é a guia de recolhimento acompanhada de demonstrativo da constituição de crédito. Tem-se, pois, a prova escrita da existência da dívida, perfazendo, assim, o documento hábil para a instrução da ação monitoria. 6. A emissão do boleto bancário concernente à contribuição em apreço, apesar de não possuir a anuência da parte devedora, constitui prova escrita suficiente para ensejar a propositura do procedimento monitorio, tendo em vista que, gozando de valor probante, torna possível deduzir do título o conhecimento da dívida e a condição do devedor como contribuinte, por ostentar a qualificação cartular de proprietário rural. 7. As guias de recolhimento da contribuição sindical, o quadro demonstrativo de débitos e a notificação do devedor que instruem a ação monitoria estão aptas à

demonstração da presença da relação jurídica entre credor e devedor, denotando, portanto, a existência de débito, ajustando-se ao conceito de "prova escrita sem eficácia de título executivo". Precedentes das egrégias 1ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte Superior. 8. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à origem.

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA. LEGITIMIDADE. CONTRIBUINTE. PROPRIETÁRIO RURAL COM OU SEM EMPREGADOS. AÇÃO MONITÓRIA. "PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO" (ART. 1102, "A", DO CPC). GUIAS DE RECOLHIMENTO. SUFICIÊNCIA. 1. A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade para a cobrança da contribuição sindical rural. Precedentes da Primeira Turma. 2. O sujeito passivo da contribuição em debate não é apenas o empregador rural, mas também o proprietário rural que se dedica à atividade agrícola ainda que sem empregados (art. 1º, II, "b", do Decreto-lei n.º 1.166/71). 3. A ação monitória é processo de cognição sumária que tem por objetivo abreviar a formação do título exequendo e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional. O art. 1.102 do Código de Ritos faculta a utilização do procedimento injuntivo ao credor que possua prova escrita do débito, documento sem força de título executivo, mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade. 4. Tratando-se de obrigação ex vi legis, as guias de recolhimento da contribuição sindical enquadram-se no conceito de "prova escrita sem eficácia de título executivo" (art. 1.102, "a", do Código de Ritos), sendo suficientes à propositura da ação monitória. 5. Recurso especial provido.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. CARACTERIZAÇÃO. CABIMENTO. - A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, utilizando-se desse instrumento processual o credor que possuir prova escrita sem força de título executivo, contudo merecedora de fé quanto à sua autenticidade. - Se o contrato de participação em grupo de consórcio para aquisição de veículo automotor e os recibos de pagamento das prestações são suficientes para denotar a relação jurídica travada entre as partes e a existência da dívida, são tais documentos hábeis à instrução da ação monitória, não havendo que se falar em carência de ação por falta de interesse processual. Precedentes.

2.6. A “Tutela” Monitória

O procedimento monitorio não é puramente um processo de natureza executiva. Como sabemos, divide-se em duas fases, sendo a primeira delas destinada à obtenção de uma permissão para executar, ou seja, essa primeira fase tem como objetivo precípuo, nos dizeres da lei, a “constituição do título executivo”.

Analisada a prova escrita sem eficácia de título executivo, que embasa a inicial, e presentes os preceitos legais, o juiz deferirá, de plano, a expedição de mandado, determinando a citação do réu, para que pague ou deposite a coisa.

E é exatamente essa “tutela” que representa a diferenciação que se atribui à ação monitoria, relativamente aos processos já existentes. Leia-se, a respeito, o seguinte ensinamento de Eduardo Talamini:

Precisamente porque não há, de início, “execução”, não se autorizam atos constritivos do patrimônio do réu desde logo (ressalvada a antecipação de tutela, quando a constrição ocorrerá precisamente porque se adiantou a ordem *normal* dos atos). Esse aspecto – longe de ser detalhe secundário – é essencial na distinção entre procedimento monitorio e processo executivo com base em título extrajudicial: neste, executa-se de imediato (e o devedor eventualmente suspende a atuação executiva *já iniciada* com a penhora, ao se opor processualmente à pretensão do credor); naquele, a atividade executiva só será possível depois de exaurida a possibilidade de embargos ao mandado.

(...) Em suma, o processo da “ação monitoria” reúne sucessivamente cognição e execução. Mas isso, por si só, não peculiariza o procedimento monitorio em relação a todos os demais.

(...) A tutela cautelar só se cumpre efetivamente com a plena atuação da cautela. Quem precisa de providência cautelar (e isso vale para a generalidade das medidas de urgência), necessita não apenas de provimento cognitivo reconhecendo a plausibilidade de seu direito, mas principalmente da imediata concretização da medida. Por isso, no processo cautelar (ou em outro que envolva medida de urgência), “execução” e cognição não estão reunidas como duas fases distintas que se sucedem: entremeiam-se no seu curso. Já a cognição e a execução, no procedimento monitorio, são perfeitamente destacáveis. São concebíveis (e verificáveis em outros países ou épocas) modelos de

processo de estrutura monitória que se encerrem com a formação do título executivo – sem que, só por isso, deixem de ter alguma utilidade. (TALAMINI: 1997, p. 159-160)

A decisão que defere a expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa, no prazo de 15 dias é, em essência, condenatória e constitutiva. É executiva, por ser esse o seu regime jurídico. É constitutiva, por atribuir ao título eficácia executiva. É condenatória, porque a decisão *initio litis* determina não que a parte ré se defenda, mas sim que pague ou entregue a coisa, no prazo legal, havendo, com isso, a condenação. E é essa determinação contida no mandado que o torna um mandado monitório, atribuindo à prova escrita a força necessária para que seja exigível o pagamento da dívida nela inscrita.

A determinação de expedição do mandado tem natureza de decisão, que não encerra o processo. Essa decisão inicial, favorável ao autor, gera uma tutela eficaz desde o início. Vejamos o que diz, a respeito, o professor Eduardo Talamini:

Com tudo isso, quer-se mostrar que, já com a emissão do mandado ao réu, há tutela em favor do autor. Emprega-se mecanismo de indução psicológica. Se ninguém nega a simples cominação dos meios coercitivos (“pagar a dívida de alimentos sob pena de prisão”; “cumprir a obrigação de fazer sob pena de multa diária”) é instrumento de tutela jurisdicional, não há como se negar que o meio a esses simétrico, a sanção premial, também o seja.

Nem se diga que não há tutela, por não se poder definir qual a efetiva influência que a isenção de custas e honorários exerceria na deliberação do réu em cumprir a ordem. Ora, o mesmo pode ser dito em relação à ameaça de prisão para o devedor de alimentos: eventualmente ele os paga não porque teme ser preso, mas porque *quer* pagar. Não é a efetiva influência do meio empregado que define haver “tutela indutiva”, mas a sua abstrata idoneidade para influir.

Assim, a decisão inicial propicia tutela declaratória (extremamente tênue), indutiva (desde logo eficaz) e executiva *lato sensu* (em caso de insucesso da indutiva e desde que exaurida a faculdade de embargar o mandado). A forma como se relacionam as três e, sobretudo, a singularidade da segunda delas permitem que sejam denominadas globalmente de *tutela monitória*, como algo peculiar em nosso sistema. (TALAMINI: 1997, p. 163-64).

Caso o juiz indefira a inicial, por não estar convencido da possibilidade de ser existente o direito alegado, estará proferindo uma sentença.

Leiamos, a respeito, o seguinte ensinamento:

Qualquer que seja a solução inicial dada pelo juiz, não teremos a formação da coisa julgada. Se positiva a decisão, não fará coisa julgada, por não ser sentença de mérito. Se extinguir o processo, decidirá nos termos do art. 267 do CPC e igualmente não teremos a coisa julgada, por não ser feito julgamento de mérito. A ação poderá ser renovada como monitória ou outra ação de conhecimento, se o autor não preferir atacar o indeferimento com a apelação. (SALVADOR: 2003, p. 16-17).

2.7. A Citação

Como já sabemos, a ausência de citação do réu torna o processo inexistente, em sua plenitude, pela falta da triangulação autor-réu-juiz necessária, bastando, para isso, que o interessado faça essa argüição, por meio de simples petição, a qualquer momento.

Além de haver a determinação de se citar o réu, também deverão constar do mandado: a) a advertência das consequências da revelia; b) a informação de que existe a faculdade de o réu, querendo, oferecer embargos monitórios, os quais suspenderão a eficácia do mandado judicial; c) a existência do prêmio confidida no parágrafo primeiro do art. 1102c do Código de Processo Civil.¹²

A ausência dessas advertências não torna o mandado nulo, mas impossibilita ao autor a invocação da revelia.

Como dito anteriormente, a finalidade precípua da citação é o pagamento ou a entrega da coisa, e não a apresentação de embargos. A defesa é eventual, sendo iniciativa do réu fazê-la.

¹² Conforme transcrição contida na nota de rodapé 3.

A citação pode ser efetuada por qualquer das modalidades do art. 221 do Código de Processo Civil.¹³

Ou seja, a citação pode ser real ou ficta. Será real, quando efetuada por oficial de justiça. Será ficta, quando o réu não for diretamente citado, ou seja, quando realizada por edital ou quando se der por hora certa, embora nesse último caso também seja feita por oficial de justiça.

Sobre o fato de ser a citação por edital admitida, leia-se, nesse sentido, decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Monitória – citação por edital – Possibilidade de procedimento especial de jurisdição contenciosa que recebe a aplicação subsidiária das disposições do procedimento ordinário – Aplicação do parágrafo único do art. 272 do CPC – Recurso provido.

Ocorrendo a citação ficta, deverá ser nomeado um curador especial para a defesa do réu, principalmente em se tratando de ação monitória, tendo em vista as graves consequências que decorrem da não apresentação de embargos monitórios.

Por fim, a citação torna o juiz prevento, produz litispendência e faz litigiosa a coisa, seja qual for a modalidade de citação verificada. E, ainda que determinada por juiz incompetente, constitui o devedor em mora, e interrompe a prescrição, nos termos do art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil.¹⁴

¹³ Art. 221. A citação far-se-á: I – pelo correio; II – por oficial de justiça; III – por edital; IV – por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria.

¹⁴ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

2.8. A Desistência da Ação

Três são as situações que se podem apresentar, relativamente à desistência da ação monitória.

A primeira delas verifica-se quando a desistência da ação ocorre sem que tenha havido a oposição de embargos. Nesse caso, independe da concordância do réu, por faltar-lhe interesse processual para exigir que o processo tenha prosseguimento. Aqui, não há nenhuma expectativa de tutela que lhe possa ser favorável, diferentemente do que pode vir a ocorrer num processo comum de conhecimento, onde o réu, por ter uma expectativa de que a sentença possa ser julgada improcedente, pode eventualmente discordar da desistência.

A segunda situação verifica-se quando o autor desiste da ação após já terem sido apresentados embargos monitórios. Nessa situação, se os embargos versarem sobre vícios formais, a desistência independe da concordância do réu. Caso versem sobre matérias que impugnem o mérito da pretensão do autor-embargado, o embargante não terá interesse processual, razão pela qual não haverá motivação para discordar do pedido de desistência da ação, formulado pela parte autora, uma vez que a desistência da ação monitória não implica nenhum provimento em seu favor. Contudo, não trará como consequência imediata a extinção do processo de embargos, pois aqui permanece o interesse de se obter um provimento que declare a inexistência total ou parcial do crédito.

A terceira e última situação refere-se à desistência verificada quando o processo já estiver em sua fase executiva. Nessa situação, a desistência da ação se condiciona às regras do art. 569 do Código de Processo Civil.¹⁵

¹⁵ Art. 569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas. Parágrafo único: Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte: a) serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios; b) nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante.

Ou seja, segue as mesmas regras já mencionadas anteriormente. A particularidade é que a autorização para executar, obtida na fase cognitiva do processo monitorio, não sofrerá prejuízo, em virtude da desistência e da conseqüente extinção do processo. Caso o autor da ação monitoria pretenda, poderá vir a pleitear a execução, baseada no título executivo judicial anteriormente formado, que passará a funcionar como verdadeiro título executivo.

CAPÍTULO III

3.1. A constituição do Título Executivo

Conforme disposto no *caput* do art. 1.102c, do Código de Processo Civil ¹⁶, uma vez deferida a sua expedição pelo juízo competente, o mandado de pagamento ou entrega da coisa tem sua eficácia suspensa, desde o seu nascimento, embora conduza ao entendimento de que a suspensão só se verifique por ocasião da oposição de embargos.

O juiz autoriza a expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa, dando ao réu a oportunidade de adimplir voluntariamente à sua obrigação, no prazo de 15 dias. Se, ao invés de fazê-lo, o réu decidir-se pela oposição dos embargos, tal fato irá simplesmente manter suspensa a eficácia do mandado, até que seja proferida a decisão da causa. Ou seja, não são os embargos que suspendem efetivamente a eficácia, a menos que o juiz tenha concedido a tutela antecipada. Todavia, caso não sejam oferecidos os embargos, o título judicial será constituído, de pleno direito, com o prosseguimento a ação, na forma do processo de execução, estabelecida no Livro II, Título II, capítulos II e IV, do Código de Processo Civil.

¹⁶ Art. 1.102c. No prazo previsto no art. 1.102-B, 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.

§ 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 I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

Leiamos o que diz o mestre Carvalho Netto, sobre o caráter de título executivo judicial atribuído ao título monitório, caso não sejam opostos embargos monitórios, por iniciativa do devedor:

Sendo a ação dos embargos, geralmente constitutiva negativa, portanto, não se tratando de ação condenatória – o que a maioria dos que sobre ela escreveram em nosso direito positivo acolhe -, fica difícil deixar-se de admitir a natureza de título executivo judicial ao título monitório. Ou há título a ser desconstituído, ou não há. Se não há, a ação não pode ser desconstitutiva. Seria, ou condenatória, ou declaratória. Mas a declaratória cabível na hipótese dos embargos é aquela que tem pertinência à própria inexistência do título, por falsidade documental. E esta não conta. Se há título constituído, há de ser título condenatório. E se o título é condenatório, pressupõe-se possibilidade de execução. Está-se aqui perante o primeiro princípio de lógica, ou seja, “o que é, é”. Ou “este t non est non potest esse”.

A segunda parte do art. 1.102c reforça a ilação da execução de título executivo com eficácia enfraquecida, pois o título executivo extrajudicial, aquela documentação referida no art. 1.102a, com o deferimento do juiz, de natureza executiva *lato sensu*, atribuindo-lhe caráter de título executivo judicial sem eficácia plena, pela contumácia, isto é, pela ausência de defesa em forma de ação, converte o mandado monitório em mandado de execução, ou seja, com eficácia plena, levando à realização da penhora e a prosseguir-se na execução.

Aliás, semelhante redação encontra-se no § 3º do art. 1.102c.

“Constituir de pleno direito” significa ter-se título executivo com eficácia plena. No mais, portanto, com eficácia atenuada. E que não mais pode ser impugnado. Logo, o título monitório, título executivo judicial com eficácia relativamente contida, torna-se (*rectius*, constitui-se) por força de lei, ante a ausência de defesa ou pela rejeição dos embargos, título executivo judicial (agora, título executivo com eficácia plena).

O mandado monitório, que determina a citação para que o réu pague ou entregue a coisa em 15 dias – haja defesa ou não -, converte-se em mandado executivo. Como já houve a citação, haverá intimação para entregar a coisa (fungível ou bem móvel, visto que nesta fase a coisa já será certa), lavrando-se o respectivo termo, ou, não no fazendo, expedir-se em favor do credor mandado de busca e apreensão (arts. 625 e 631 do CPC), ou para oferecer bens à penhora (art. 652 do CPC). (CARVALHO NETTO: 2001, p. 110-112)

Aqui, não há que se falar em lesão ao princípio do contraditório, estabelecido pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. O que se tem, nesse caso, é o diferimento do contraditório para uma fase posterior à formação do provimento judicial liminar, eventualmente verificada, por ocasião da oposição dos embargos, quando

então será exercido o direito à ampla defesa, com todas as garantias e nos moldes do procedimento ordinário.

Uma outra situação é capaz de determinar a constituição do título executivo judicial: trata-se daquela em que, ofertados os embargos, o juiz prolata sentença que os rejeita. Isso irá propiciar a produção dos efeitos da decisão que ordenou a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, os quais tinham sua eficácia suspensa, parcial ou integralmente, pela oposição dos embargos. Deve-se salientar que a sentença de improcedência dos embargos, em si, não constitui título algum. Simplesmente restabelece a eficácia da decisão liminar.

Vejamos o que diz, a esse respeito, o Professor Cruz e Tucci,

Mas se rejeitada a argumentação apresentada pelo devedor mediante sentença de carência ou de improcedência, a decisão em que consubstanciada a ordem de pagamento (*decreto d'ingiunzione* ou *injunction de payer* belga), cujos efeitos restaram suspensos, após os lapsos e condicionantes previstos pelos ordenamentos italiano e belga, transita em julgado, adquirindo plena eficácia executiva. (CRUZ E TUCCI: 2001, p. 57).

3.2. A Revelia ¹⁷

Expedido o mandado de citação, o qual contém a ordem de pagamento ou entrega da coisa, o réu tem 15 (quinze) dias para cumpri-la.

Vencido o prazo legal, contado da juntada do mandado aos respectivos autos, o réu é declarado revel, não podendo mais pleitear o prosseguimento do processo, a menos que vários sejam os réus, e ao menos um deles tenha oferecido contestação, alegando matéria que lhe possa ser aproveitável. Excluída a referida exceção, o

¹⁷ Não entraremos na discussão referente à diferença terminológica entre contumácia e revelia. Para alguns autores, como por exemplo o Professor José Rodrigues de Carvalho Netto, o termo contumácia deve ser preferido à revelia, adotando a compreensão de que contumácia seria o gênero, do qual a revelia seria a espécie. Para Pontes de Miranda, "revelia é a contumácia quanto à contestação (ou à impugnação da reconvenção)".

mandado inicial converte-se automaticamente em mandado executivo, relativamente àquele réu que não ofereceu embargos monitórios.

Vejamos o que diz, acerca da revelia, o mestre Carreira Alvim:

Diversamente acontece no procedimento monitório, em que a revelia tem maior intensidade, pois a simples ausência de embargos tem força de transformar, de pleno direito, o mandado inicial em título executivo, habilitando o credor a promover desde logo a sua execução. A ausência de embargos não gera apenas a confissão quanto à matéria de fato, mas reconhecimento tácito do próprio direito material do credor. Não terá o devedor que não embarga a mínima possibilidade de intervir no curso do processo, a não ser na qualidade de recorrente – com exceção da primeira fase, que não admite recurso –, ou de embargante na execução, caso entenda defender-se por essa via. Se se limitar, por exemplo, a constituir procurador nos autos, será tão revel como se nada tivesse feito, sofrendo assim as conseqüências da revelia. (CARREIRA ALVIM: 2002, p. 115)

O prazo para a interposição de embargos é peremptório. Assim, decorrido o prazo legal (15 dias), sem que o réu tenha apresentado sua defesa, opera-se a preclusão, transitando em julgado a decisão inicial, tornando imutável e indiscutível toda matéria que não possa ser deduzida na execução.

Vejamos, novamente, o ensinamento de Carreira Alvim:

A preclusão, objetivamente considerada, é um fato impeditivo, destinado a garantir o avanço gradual do processo, evitando recuo a fases já superadas. Subjetivamente, representa a perda de um direito ou faculdade, por não ter sido exercido dentro do prazo, ou por se haver esgotado pelo seu exercício. Não constitui nem sanção processual, nem penalidade, mas uma técnica ligada à própria dinâmica do processo, com o propósito de garantir o seu desenvolvimento.

A preclusão temporal resulta do não-exercício do direito ou faculdade dentro do prazo assinalado pela lei. Assim, se o devedor não oferece embargos no prazo de quinze dias, ou seja, no mesmo prazo de que dispõe para cumprir o mandado de pagamento ou de entrega (art. 1.102c) não pode embargar mais, porquanto o mandado inicial converte-se em mandado executivo (art. 1.102c); encerrando-se, assim, a primeira fase do procedimento. Apenas nos limites dos embargos do devedor de que trata o art. 741 poderá o injuncionado aduzir sua defesa. (CARREIRA ALVIM: 2002, p. 113).

Ou seja, a presunção de verdade das alegações contidas na petição inicial, decorrente da contumácia, traz em si uma séria implicação processual, acima descrita, a qual se encontra amparada no art. 1.102c do Código de Processo Civil.¹⁸

Vejamos, a respeito, o que diz o Doutor Carreira Alvim:

Dada a especial estrutura do processo monitorio, não existe qualquer possibilidade de o juiz passar pela primeira fase admitindo a ação monitoria, e, não sobrevivendo os embargos, pretender resolver de novo, de forma diversa, as questões já resolvidas, porque já terá decidido o *mérito* da causa, em face da omissão do devedor (quem cala, consente) em opor embargos. Resta, assim, *precluso* qualquer propósito de se alterar, *ex officio* ou a pedido, o título executivo, em que se converte, de pleno direito, o mandado de pagamento ou de entrega”.

Não ocorre aqui o que acontece nas ações com provimento antecipado em geral, em que o juiz tem a oportunidade de corrigir eventual *error in procedendo* ou *error in iudicando*. Embora seja a prova escrita um requisito específico do procedimento monitorio, e esteja tal processo, tanto quanto os demais, sujeito à observância dos pressupostos processuais genéricos e às condições da ação, é preciso atender às *peculiaridades do rito*, examinando o juiz todas essas questões na primeira fase, ciente de que, superada esta, a omissão na interposição dos embargos não admitirá mais volte o juiz ao seu exame, seja qual for a razão.

Mesmo as questões pertinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais não podem ser modificadas, ao argumento de que tal matéria, por ser de ordem pública, não se sujeita à preclusão. Na hipótese de decisão teratológica, tem sido admitida ação mandamental.

No processo monitorio, as questões de ordem pública se equivalem à de ordem privada, para efeito preclusivo, pois a ausência de defesa, na primeira fase, mesmo não-contraditória, ou com instrução e cognição sumárias, converte *pleno iure* o mandado inicial em título executivo judicial, quer dizer, independentemente de qualquer pronunciamento do juiz.

Superado o prazo para embargos, já se terá obtido o título que possibilita o acesso ao processo de execução, pelo que qualquer outra decisão, contrária ao conteúdo do mandado monitorio, importaria em

¹⁸ Art. 1.102c. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e V.

desconstitui-lo, ao largo do procedimento próprio de impugnação, e, portanto, com violação do *devido processo legal*. Ademais, apesar de ser um procedimento especial, a pretensão monitoria se desenvolve em processo, que é um “caminhar para diante”.

Se houver embargos, reabre-se a discussão sobre todas as questões que poderiam ser discutidas na primeira fase, como se, desde o início, o feito fosse ordinário. (CARREIRA ALVIM: 2002, p. 98-99)

Leia-se, também, a respeito, a ementa do acórdão prolatado na Apelação Cível nº 222.371-2, da 2ª Câmara Cível, tendo como Relator o Juiz Carreira Machado:

AÇÃO MONITÓRIA – Mandado injuntivo – Embargos – Título executivo judicial – art. 1.102, b e c. O deferimento de expedição de pagamento ou entrega da coisa, a que se refere o art. 1.102, b, do CPC, por se condicionar à prévia verificação de regularidade da prova escrita, importa em juízo de mérito da pretensão monitoria, não sendo permitido ao magistrado alterar, *ex officio* ou a pedido, tal decisão, após decorrido o prazo legal sem oposição de embargos, hipótese em que se constitui, de pleno direito, o título judicial, convertendo-se o mandado inicial em executivo, nos termos do art. 1.102, c, do citado texto legal.

Vale a pena acrescentar, à discussão, a excelente lição contida no voto do Exmo. Sr. Juiz Carreira Machado, Relator do Acórdão prolatado na Apelação supracitada:

(...) Entendo que o processo monitorio é dirigido às situações de direito material nas quais, pela não presença de um título com força executiva definida em lei, o credor ficava à mercê da ordinarietade do conhecimento.

(...) Por meio da petição inicial, o credor apresenta em juízo os documentos necessários e estes deverão ser ratificados pelo magistrado mediante análise dos requisitos básicos.

(...) Ao juiz cabe tão-somente apreciar a presença ou não do título, que deverá mostrar-se líquido, certo e exigível, determinando, em caso positivo, a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, conforme o caso, no prazo de 15 dias. Após examinado o título, e expedido o mandado, não pode o magistrado, de ofício, voltar atrás, sob pena de descumprir o previsto nos arts. 1.102b e 1.102c, ambos do CPC.

É característica da ação monitoria a necessidade de o juiz, ao examinar a inicial, verificar a existência, ou não, da regularidade da prova escrita apresentada; ao determinar o processamento, emite decisão que importa no reconhecimento da existência do crédito, atacável apenas por embargos.

Não comparecendo o devedor para pagar ou embargar, ao juiz só resta o dever de converter o mandado inicial em mandado executivo.

Acrescento, por importante, as palavras de J. E. Carreira Alvim, na sua obra intitulada Código de Processo Civil reformado, da editora Del Rey, à p. 322 e 323:

“Embora a lei se limite a dizer que, ‘estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa’ (art. 1.102b), esse ‘deferimento’ importa juízo de mérito da pretensão, tendo portanto valor jurídico análogo ao de uma decisão definitiva. Tanto assim que, na ausência de embargos, pode constituir-se no único ato jurisdicional da causa, definitivo, com eficácia de coisa julgada material. Mas o que enseja a constituição, de pleno direito, do título executivo judicial, com a conversão do mandado inicial em mandado executivo, não é apenas a decisão judicial em si, mas o reconhecimento (tácito) do réu da pretensão do autor, deixando de interpor embargos no prazo legal”.

(...) Admitido o processamento da ação monitória, é vedado ao juiz voltar atrás. Precluso o prazo para embargos, nasceu, naquele momento, o direito do apelante em relação ao mérito do próprio pedido.

3.3. Os Embargos Monitórios

Para que sejam oferecidos os embargos monitórios, a lei não exige que haja prévia segurança do juízo. E, uma vez apresentados, devem ser processados nos próprios autos, observando-se o procedimento ordinário, qualquer que seja o valor da ação proposta, encerrando-se o processo por uma sentença de mérito, a qual poderá confirmar a ordem contida no mandado inicial - para pagamento ou entrega da coisa -, com a rejeição dos embargos, ou reformá-la, com o provimento dos embargos.

Assim, caso o réu oponha embargos, observado o prazo de 15 dias estabelecido por lei, a eficácia do mandado para pagamento (ou entrega da coisa) manter-se-á suspensa, até a sua decisão final.

Leiamos, a respeito, o seguinte excerto:

Convertido o procedimento monitório, que era especial, em ordinário, em razão dos embargos apresentados, tudo o mais se fará na forma do procedimento novo, com oportunidade para o autor se manifestar sobre a defesa, reabrindo-se para ele, como há outro procedimento, oportunidade para pedir outras provas para demonstrar o seu direito. O réu poderia cumprir o mandado sem a assistência, desde os embargos e sua apresentação. (SALVADOR: 2003, p. 38).

(...)

Se a partir da apresentação dos embargos-defesa passaremos inteiramente para o procedimento ordinário, evidentemente que terá o réu direito a uma resposta integral e não apenas parcial. E a resposta, segundo o art. 297 do CPC, inclui contestação, exceção e reconvenção. Já dissemos que o réu, se pretender se defender, não poderá ser prejudicado pela opção feita pelo autor pelo procedimento monitório, que será especial apenas até certo ponto, quando cessará com a defesa do réu através dos embargos (SALVADOR: 2003, p. 39).

Os embargos monitórios não se afiguram, no direito brasileiro, em uma peça inicial de uma ação autônoma, mas sim em uma simples fase (da defesa) do processo pendente, disciplinada pelo procedimento ordinário. Ressalte-se que referida fase não necessariamente irá se verificar, tendo em vista o fato de que dependerá da vontade e iniciativa do réu, para ser constituída.

A oposição de embargos, como se sabe, não tem o condão de revogar, prontamente, o mandado inicial. Em verdade, apenas suspende a sua eficácia, com a conversão do rito especial, próprio da monitória, em ordinário, onde se verifica a ocorrência do contraditório. Dessa forma, decidirá o juiz, com base nas alegações apresentadas pelo réu, a existência de fundamento para a preservação do mandado inicial.

A ação monitória e os embargos eventualmente opostos se desenvolvem no mesmo processo de conhecimento. A diferença é que, numa primeira fase, esse processo é informado por uma cognição sumária, enquanto na segunda, será informado pela cognição plena dos fatos.

3.4. A Sentença na Ação Monitória Embargada

Na ausência de contraditório, o mandado inicial se converte de pleno direito em mandado executivo judicial, por força de lei, em nome da preclusão, de tal forma que o juiz nada decide no processo.

Todavia, caso os embargos sejam ofertados, suspender-se-á o mandado inicial, e passamos a enfrentar um processo de conhecimento, com rito ordinário. O processo sujeita-se à instrução, de qualquer espécie, não sendo mais exclusivamente escrita.

O ato que acolhe ou rejeita os embargos, com ou sem julgamento de mérito, é a sentença, finalizando o processo que incidentalmente se iniciou, fazendo coisa julgada.

Assim, após ampla e irrestrita produção de provas, os embargos serão julgados procedentes ou improcedentes, nos dizeres do legislador. Em verdade, o que será julgada é a pretensão do autor, implicando na condenação do sucumbente nas custas e despesas processuais, além de verba honorária.

Julgando a lide, o juiz apresenta uma resposta ao pedido inicial, diante da defesa contra ele ofertada. O que se julga é a pretensão do autor, e não apenas um mandado inicial, que depende da não ocorrência de embargos para ser mantido.

Com a procedência dos embargos, a sentença declara a inexistência do crédito, seja de forma parcial ou total, ou a invalidade do processo principal. Ao contrário, quando forem julgados improcedentes, será declarada a inexistência de direito do embargante à tutela pretendida.

Importante salientar que o título executivo não é a sentença que julga improcedentes os embargos. Essa função é assumida pela decisão inicial que concedeu a tutela monitoria, sendo a constituição de pleno direito do título executivo - a que a lei faz menção - decorrente da rejeição dos embargos. E isso ocorre de forma

automática, razão pela qual é dispensável constar da sentença qualquer menção à constituição do título executivo.

CONCLUSÃO

Vimos que o procedimento monitorio não possui, em princípio, natureza executiva. Divide-se em duas fases, destinando-se a primeira delas à obtenção da permissão judicial para executar. Ou seja, tem como objetivo primordial a constituição do título executivo.

Assim, o possuidor de um documento escrito sem eficácia de título executivo, ao postular o seu direito, perante o Judiciário, deve observar, na petição inicial, as exigências elencadas no art. 282 do Código de Processo Civil - como toda e qualquer ação judicial -, bem como atender à exigência específica da ação monitoria, instruindo a inicial com o título monitorio, representado por prova documental escrita, desprovida de eficácia de título executivo.

A inexistência dessa prova escrita implica no indeferimento da inicial, por carência de interesse processual, nos termos do art. 295 do Código de Processo Civil. Por outro lado, analisados os pressupostos da ação, e verificada a regularidade da prova escrita apresentada, ao juiz cumpre deferir - leia-se, tem o dever de deferir -, de plano, a expedição de mandado, determinando a citação do réu, para que pague ou deposite a coisa, no prazo de 15 dias.

A decisão que defere a expedição do mandado monitorio é, em essência, condenatória e constitutiva, atribuindo à prova escrita a força necessária para que seja exigível o pagamento da dívida nela inscrita, e gerando uma tutela eficaz, desde o início. Ademais, importa juízo de mérito da pretensão, apresentando valor jurídico de uma decisão definitiva.

Sendo peremptório o prazo para a interposição de embargos, que se constituem na defesa do réu, a sua ausência opera a preclusão, sendo essencial que se observe o trânsito em julgado da decisão inicial, tornando-se, assim, imutável e indiscutível toda matéria que não possa ser deduzida na execução, razão pela qual o juiz não pode mais intervir no valor da dívida consumada pela inobservância do prazo para o

oferecimento de embargos monitórios, pois estaria, atuando contrariamente ao que dispõe a lei, em defesa do réu revel.

Ora, se o mandado monitório representa um título executivo que possui eficácia atenuada, enfraquecida, desde o momento em que o juiz determina a sua expedição, a revelia traz consigo o poderoso efeito, qual seja, o reconhecimento tácito da pretensão do Autor pelo Réu, constituindo-se de pleno direito o título executivo. Vale dizer, o título executivo passa a gozar de eficácia plena, por força do comando presente no *caput* do art. 1.102c, do Código de Processo Civil.

Resta-nos concluir que o juiz deverá proceder a uma minuciosa análise da petição inicial, notadamente sobre os cálculos em que se fundamentam a prova documental sem eficácia de título executivo, a fim de identificar eventuais abusos praticados pelo credor – sejam eles de natureza acidental ou maliciosa -, na aplicação de parâmetros relativos a correção monetária, juros, comissão de permanência ou qualquer outra denominação, sobre o montante da dívida.

O juiz não mais poderá intervir no curso do feito, após o decurso do prazo para o oferecimento de embargos, por estar preclusa qualquer pretensão de se alterar o título executivo constituído, *ex officio* ou a pedido da parte. Restar-lhe-á a condução do processo, na forma prevista no Capítulo X - "Do Cumprimento da Sentença" - do Livro I, Título VIII, do diploma processual vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Processo Monitório**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 23-47 e 114-115.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RESP 200401131426 – (680519 MG) – 1ª Turma**. Relator Ministro José Delgado. DJU 30.05.05, p. 245.

BRASIL, idem. **RESP 200400968141 – (660463 SP) – 2ª Turma**. Relator Ministro Castro Meira. DJU 16.05.05, p. 315.

BRASIL, idem. **RESP 351.461/SP – 3ª Turma**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJU 14.10.02, p. 225.

BRASIL, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 2ª Câmara. **Apelação Cível 222.371-2** – Relator Juiz Carreira Machado. J. 17.09.96.

BRASIL, Tribunal de Alçada de São Paulo, 6ª Câmara. **Agravo de Instrumento 986186-7**, Marília. Acórdão nº 31.836. Relator Juiz Oscarlino Moeller, J. 18.05.99.

CALDERON, Nei. **Ação Monitória no Direito Positivo Brasileiro**: uma reflexão diferenciada sobre o tema. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do Direito, 2004

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: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 275.

SALVADOR, Antonio Raphael Silva. **Do Procedimento Monitório**: aspectos controvertidos, exame doutrinário e jurisprudencial e posições do autor a respeito dessas dúvidas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória: a ação monitoria – Lei 9.079/95**. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória: Lei 9.079, de 14.07.1995**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.