

**JUSTIÇA
CIDADANIA &**

revistajc@revistajc.com.br - www.revistajc.com.br

A Ação Monitoria



Tony Blair:

**"FHC
é um dos mais
preeminentes chefes de Estado"**

Editorial: Reforma do Poder Judiciário

A AÇÃO MONITÓRIA

Artigo 1.102 a. b. e c. do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 9.079, de 14.07.95

Des. Wilson Marques

INTRODUÇÃO

A ação monitoria se insere dentro do contexto das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, assim entendidas aquelas que visam alcançar a efetividade do processo de forma mais completa possível, nos casos em que os instrumentos tradicionais não são capazes de proporcionar os efeitos desejados.

Com as tutelas jurisdicionais diferenciadas, atinge-se o resultado visado por dois diferentes caminhos:

Primeiro: Através da criação de instrumentos mais efetivos à solução da lide. Assim: v.g., o mandado de segurança, a ação popular, o habeas data, o mandado de injunção, o habeas corpus, a ação civil pública, etc. etc.

Segundo: Mediante criação de mecanismos de agilização da prestação jurisdicional: juizados especiais, tutela antecipada (artigos 273, 461, parágrafo 3º, etc. etc.)

Como anota Cruz e Tucci, "dentre essas espécies de tutela jurisdicional diferenciada, visando, em última análise, à obtenção de prestação jurisdicional eficaz, tem granjeado acentuado relevo na atualidade o emprego da técnica do procedimento monitorio ou injuntivo..." "e isso porque o procedimento monitorio responde ao reclamo de tutelar prontamente o direito subjetivo do credor desprovido de título executivo, sem que seja necessária a submissão de sua pretensão a prévio processo de conhecimento" (A Ação Monitoria, página 18)

"A técnica do procedimento monitorio - acrescenta o mesmo autor - inserido na tipologia da tutela jurisdicional diferenciada

(sumária, não cautelar), desde os seus antecedentes mais remotos, visa a neutralizar o lapso de tempo intercorrente entre o início do processo e a sentença" (op. cit. página 21)

Sobre o fascinante tema da tutela jurisdicional diferenciada há obras que se tomaram clássicas, tanto na Itália (Andrea Proto Pisani "Sulla tutela giurisdizionale differenziata") como no Brasil (Donaldo Armelin: "Tutela Jurisdicional Diferenciada").

ORIGENS

Como informa Chioyenda, citado por Carreira Alvim, para determinados créditos, não constantes de documentos, estabeleceu-se, no direito medieval italiano, o uso de não citar em juízo o devedor, mas de obter diretamente do juiz a ordem de prestação que ensejava a execução, isto é o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*, que era acompanhado e justificado pela cláusula de que, se o devedor se propusesse a alegar exceções, podia opô-las dentro de certo prazo.

Eis aí a mais remota origem da ação monitoria, que, até hoje, tem essas mesmas características e finalidades.

A ação de assinação de dez dias, ou ação decendiária, introduzida no velho direito português, pelas Ordenações Manoelinas, e no direito brasileiro, pelo Regulamento 737, de 25 de outubro de 1850, descende desse procedimento monitorio medieval italiano.

Nesta ação - de assinação ou decendiária - o réu era citado para, em dez dias, pagar ou apresentar quitação da dívida, ou, então, apresentar embargos que o relevassem da condenação.

No direito moderno, os processos monitorios basicamente se dividem em dois grandes grupos: o do processo monitorio documental, que exige que o direito do autor se funde em documentos - o *Mandatsverfahren*

do direito austriaco - e o do processo monitorio não documental, que não o exige - o *Mahnverfahren* - do direito alemão e austriaco e o *Rechtsbot* do direito suíço.

O nosso processo monitorio, como veremos mais a frente, é do tipo documental - *Mandatsverfahren* - mas se aproxima muito mais do modelo italiano do que do austriaco.

Com efeito, enquanto no modelo austriaco o processo monitorio somente pode ter por base atos públicos ou escrituras particulares autenticadas, no modelo italiano e brasileiro o processo monitorio e o de injunção podem fundar-se em "qualquer prova escrita", o que em muito alarga o seu campo de aplicação.

CARACTERÍSTICAS GERAIS

São características comuns a todos os tipos de processo monitorio: a) a expedição de ordem de prestação *inaudita altera parte*, mediante cognição apenas sumária; b) a possibilidade de ulterior oposição do réu, o que torna a ordem destituída de valor, porque expedida na suposição de que o devedor nada tinha a opor à pretensão do credor; c) a possibilidade de a ordem se tornar definitiva, possibilitando a execução.

CONCEITO DA AÇÃO MONITÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

A ação monitoria, tal como regulada entre nós, é o instrumento destinado a abreviar a formação de título executivo, posto, pela lei, à disposição de credor de soma de dinheiro, de coisa fungível ou de bem móvel, comprovados com prova escrita, desprovida de eficácia de título executivo.

Foto: Arquivo J&C



Des. Wilson Marques

Trata-se de um atalho que o credor pode utilizar para chegar mais depressa à execução forçada.

Não é razoável que aquele que dispõe de prova escrita da existência da obrigação - uma carta, um telegrama, um vale, etc. etc. - tenha que submeter-se às agruras do processo de conhecimento comum, exatamente como aquele que da obrigação não dispõe de prova alguma.

Entre a ação de conhecimento, de procedimento ordinário, sempre demorada, e a ação de execução, rápida, porque, com ela, parte-se, desde logo, para a prática de atos materiais concretos tendentes a tornar efetivo o direito do credor, havia, entre nós, um vazio, representado por aquela situação do credor provido de prova escrita da existência da obrigação, que não podia entrar com ação de execução, porque não dispunha de título executivo, mas de quem não era razoável exigir que percorresse o longo caminho da ação de conhecimento, de procedimento ordinário, dispondo, como dispunha, de prova escrita da existência da obrigação.

Daí permitir-lhe a lei, por meio da ação monitoria, a abreviação do procedimento e a formação do título executivo com maior rapidez.

Não obstante, não é obrigatório o uso do instrumento que a lei põe ao alcance do interessado, para aquele fim.

Se achar melhor o caminho comum do

processo de conhecimento, o credor poderá utilizá-lo, sem nenhum problema.

Como a finalidade da lei é a de possibilitar a formação de título executivo, com maior brevidade, é óbvio que ficam excluídas da tutela monitoria todas as pretensões à mera declaração ou à constituição de situação jurídica nova, pois, como é sabido e ressabido, as sentenças declaratórias e as sentenças constitutivas não podem ser objeto de execução.

LEGITIMAÇÃO DAS PARTES

Ao dispor sobre a ação monitoria, a lei não estabeleceu regras especiais relativas à legitimação ativa e passiva para a causa, de tal sorte que, no seu âmbito, as partes considerarem-se legitimadas, ou não, segundo as regras e critérios gerais.

Grassa séria divergência, na doutrina, a respeito da possibilidade de uso do processo monitorio contra a Fazenda Pública.

José Rogério Cruz e Tucci que, entre nós, foi quem primeiro escreveu sobre ação monitoria, entende que não, argumentando que os pagamentos devidos pela Fazenda devem ser feitos na ordem de entrada dos precatórios (artigo 100 da Constituição Federal e 730 do

Código de Processo Civil), de modo que, recebendo o mandado para pagar ou entregar a coisa, em quinze dias, a Fazenda, mesmo querendo, não poderia fazê-lo, sem descumprir a Constituição e o Código.

Ao argumento responde, com vantagem, Dinamarco, observando que o sistema de precatórios somente é inafastável nos casos de condenação através de sentença judiciária, inexistente, no caso de ação monitoria, porque o mandado de pagamento não contém uma sentença de condenação a pagar.

Na verdade o cumprimento da "ordem" veiculada no mandado de pagamento é satisfação voluntária da obrigação, o que não significa que, desatendida a "ordem", não opostos embargos, ou rejeitados os que foram oferecidos, não se vá cair no rito procedimental da execução contra a Fazenda, com a expedição de precatório, etc. etc., para o que, no entanto, será necessário submeter, antes, ao duplo grau obrigatório de jurisdição, a sentença declaratória de improcedência dos embargos, na forma do disposto no artigo 475, II, do Código de Processo Civil

É claro que se não houver embargos, não se poderá cogitar do reexame necessário do pronunciamento judicial que deferiu a expedição do

mandado de pagamento, como condição de ingresso do autor nas vias executórias, pois esse pronunciamento judicial tem natureza de decisão interlocutória (Código de Processo Civil, artigo 162, parágrafo 2º), e somente as sentenças (Código de Processo Civil, artigo 162, parágrafo 1º) para serem eficazes, estão sujeitas ao duplo grau obrigatório de jurisdição (artigo 475).

O título executivo formado contra a Fazenda, embora não seja, a rigor, título sentencial, é, sem dúvida, título judicial, o que, a nosso ver, basta para autorizar o credor a ingressar nas vias executórias especiais do artigo 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil.

Nos casos de injunção a entregar coisas diferentes de dinheiro, o problema sequer se põe, porque os artigos 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil somente se referem à execução por quantia certa (de dinheiro), não a créditos de outra natureza.

Nenhum obstáculo existe, igualmente, a que figure a Fazenda Pública no pólo ativo da relação processual da ação monitória.

Será que o portador de título executivo extrajudicial pode propor, em face da Fazenda Pública, ação monitória ?

Impõe-se a resposta afirmativa.

Como os bens públicos são impenhoráveis, não se pode cogitar de execução fundada em título extrajudicial, contra a Fazenda, na modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente, pois, no seu âmbito, "se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o Oficial de Justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios" (artigo 659) Inadmissível, igualmente, é a execução contra a Fazenda, fundada em título executivo extrajudicial, pelo sistema dos precatórios, pois este somente é utilizável nos casos de execução fundada em título judicial, nos exatos termos do artigo 100 da Constituição Federal e 730 do Código de Processo Civil.

Logo, o portador de título executivo extrajudicial contra a Fazenda, na verdade não dispõe de título executivo extrajudicial, mas certamente dispõe de documento capaz de infundir certeza razoável da existência do seu crédito, a justificar a propositura da ação monitória, com base no artigo 1.102 a do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não obsta ao exercício do direito à ação monitória a existência

de incapazes, no pólo ativo ou no passivo da mesma relação processual.

NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO MONITÓRIA

Sérgio Bermudes, Nelson Nery Júnior, José Rogério Cruz e Tucci e outros entendem que a ação monitória é uma ação de conhecimento, de natureza condenatória, na mesma linha de Chioevinda, que alude a uma ação de accertamento com prevalente função executiva e de Edoardo Garbagnati, para quem é inequívoca a sua natureza de processo de conhecimento, porque a única particularidade do processo monitório é a de criar o título executivo, mais celeremente, mediante um procedimento especial.

Não partilha desse entendimento Cândido Dinamarco, ao ver de quem a ação monitória "não se enquadra na figura do

No direito brasileiro, somente se admite o uso da ação monitória se for para o credor pedir "pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. - artigo 1.102a.-

processo de conhecimento, nem na do executivo e, muito menos, na do cautelar".

Esse é, também, o pensamento de Carnelutti, que vê, no processo de injunção, equivalente ao nosso procedimento monitório, uma função diversa da do processo de conhecimento e do processo de execução.

Seria, pois, a injunção, um *tertium genus* (de processo), intermédio entre o de cognição e o de execução.

Temos maior simpatia por este último entendimento, porque, afastada qualquer possibilidade de caracterizar o processo monitório como processo de execução ou cautelar, igualmente não podemos identificá-lo com um processo de conhecimento, pois, diferentemente do que ocorre neste, em que se busca a solução de um conflito de interesses através de sentença de mérito, no processo monitório tal não ocorre, a não ser em sede de embargos, mas aí já estaremos no âmbito de outra ação e de outro processo, dos quais só mais tarde trataremos.

NATUREZA DA OBRIGAÇÃO

No direito brasileiro, somente se admite o uso da ação monitória se for para o credor pedir "pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. - artigo 1.102 a. -

Regra igual é a do artigo 633 do Código Italiano.

Já um tanto diferente é o parágrafo 688 do Código Alemão que alude à determinada soma de dinheiro e à entrega de quantidade determinada de coisas fungíveis ou de valores, mas silencia sobre coisas móveis determinadas.

Bem é tudo aquilo que pode ser objeto de direito, tendo, ou não, conteúdo econômico. A coisa é uma espécie de bem. É o bem que possui valor econômico.

Coisa fungível é a coisa móvel que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade - Código Civil, artigo 50 -

Coisa móvel é a suscetível de movimento próprio, ou de remoção por força alheia - Código Civil - artigo 47 -

Diante do texto legal - artigo 1.102a. - é inadmissível o uso da ação monitória para tutela de obrigações de fazer ou de não fazer e para a de dar imóvel.

A PROVA ESCRITA

Somente se confere ação monitória ao credor que dispõe de prova escrita da existência da obrigação, desprovida de eficácia executiva.

O mero "começo de prova escrita", que

não ministra razoável certeza da existência da obrigação, não é suficiente.

A prova escrita é a documental, *strictu sensu*, ou seja o papel, abrangendo tanto a prova preconstituída - a que foi produzida com a finalidade de fazer a prova de fato determinado - uma confissão de dívida - como a prova casual - a que não foi produzida com tal finalidade - as notas de um diário privado -

Como anota, com a costureira clarividência, Carreira Alvim, fica excluída do âmbito de incidência da ação monitória a prova documental *lato sensu*: v.g. a fita cassete, o vídeo-tape, etc. etc.

Na Itália, autores como Satta, só consideram documento hábil a instruir a ação monitória aquele que provém do próprio devedor e firma certeza atual da existência do crédito, sua liquidez e exigibilidade, lição que se reluta em aceitar, porque tais requisitos não são exigidos nem pela lei italiana, nem pela brasileira.

Os autores, de um modo geral - Bermudes, Dinamarco - não exigem documento escrito que revele a certeza sobre a existência da obrigação. Contentam-se com aquele do qual razoavelmente se possa inferir a existência do crédito.

O primeiro - Bermudes - exemplifica com: a) uma carta em que o remetente agradece ao destinatário um empréstimo de dinheiro, obrigando-se a restituí-lo em determinado dia; b) um bilhete que um agricultor deixa na fazenda vizinha, dizendo que tomou por empréstimo algumas sacas de café de certo tipo e que reporá outras, de igual espécie, qualidade e quantidade, num dia próximo; c) a carta em que o antiquário escreve a cliente acusando o recebimento do preço de uma estatueta rara e promete entregá-la até certa data.

O segundo - Dinamarco - oferece outros exemplos: a) títulos de crédito (notas promissórias, cheques) depois de prescrito o direito que corporificam; b) sentença declaratória em que foi reconhecida, definitivamente, a existência do direito (vg. a sentença que julgou improcedente pedido de declaração de inexistência de obrigação cambial).

Em sede de ação monitória, a prova escrita exigível diz respeito, única e exclusivamente, aos pressupostos específicos do processo - a existência do crédito - líquido, certo e exigível - e a natureza das prestações, não abrangendo, portanto, todos os fatos da causa.

Se a dívida não for líquida a ação

monitória não será admissível, porque, no seu âmbito, não existe espaço para a liquidação incidental, seja na primeira, seja na segunda fase do processo monitório.

A PETIÇÃO INICIAL

Embora a lei não o diga, expressamente, a petição inicial da ação monitória, como a de qualquer outra, deve satisfazer às exigências dos artigos 282, 283, 39 do Código de Processo Civil.

Nessa petição inicial, o autor, exibindo prova escrita da existência do seu direito, requererá ao juiz a expedição de mandado de pagamento (da soma em dinheiro) ou de entrega (de coisa fungível ou de determinado bem móvel).

Diversamente do que já se tem afirmado, parece-nos que não cabe, no caso, pedido de condenação do réu a pagar a dívida ou a entregar a coisa, pois, como já se acentuou, a ação monitória não é ação de conhecimento, muito menos de natureza condenatória, não podendo, portanto, o autor pedir o que o juiz não lhe pode dar: a condenação.

Nos casos previstos em lei - Código de Processo Civil, artigo 295 - a petição inicial será indeferida, através de sentença, de que caberá apelação.

Também será indeferida, por razões ligadas à própria natureza da ação monitória: o autor pede coisa imóvel; satisfação de obrigação não patrimonial; tutela de obrigação de fazer ou de não fazer; provimento constitutivo ou declaratório e assim por diante.

Igualmente será indeferida a inicial, por razões inerentes à própria ação monitória, se o juiz, ao submeter a pretensão do autor, em cognição sumária, a um juízo de delibação, convencer-se de que não é provável a existência do direito do qual o autor se diz titular.

Se não indeferir a petição inicial, por qualquer uma das razões mencionadas, o juiz deferirá, de plano (ou seja inaudita altera parte), a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa (artigo 1.102b.)

O MANDADO DE PAGAMENTO E DE ENTREGA

Diferentemente do que dá a entender a letra do artigo 1.102b, para que o juiz determine a expedição do mandado de pagamento ou de

entrega não basta que a petição inicial esteja "devidamente instruída".

É de mister que, à luz da prova escrita apresentada, o juiz se convença de que é provável a existência do direito afirmado na inicial.

Tal como na antecipação da tutela, não se exige a certeza da existência do direito, mas, por outro, o juiz não deve contentar-se com a mera possibilidade de que ele exista. Reclama-se a probabilidade da sua existência. Probabilidade é menos do que certeza e mais do que possibilidade.

Eduardo Talamini afirma que é admissível antecipação da tutela na ação monitória. (Tutela Monitória, Editora Revista dos Tribunais, 1998, página 157)

Mas como será isso possível se, na antecipação da tutela, o que se antecipa é a "tutela pretendida no Código de Processo Civil, 6ª edição, página 84).

De sentença, não se pode falar porque, ao deferir, de plano, o mandado de pagamento ou de entrega, o juiz não põe fim ao processo monitório, antes impulsiona-o no rumo do seu destino natural.

De provimento judicial de mérito também não se pode cogitar, porque, na petição inicial da ação monitória, o autor pede um mandado de pagamento ou de entrega, não a condenação do devedor a pagar ou a entregar, não podendo o juiz, que está adstrito ao pedido do autor, julgar o mérito de causa se nenhum julgamento de mérito lhe foi pedido.

Na verdade, o efeito do discutido provimento judicial, como anota Dinamarco, é meramente processual: ele institui, para o devedor, o ônus de embargar. Nada mais.

Das premissas estabelecidas deve ser extraída a conclusão de que nenhum sentido faz a afirmação, tão freqüente, de que a decisão que determina a expedição do mandado de pagamento ou de entrega faz coisa julgada material e, reunidos os requisitos legais, pode ser atacada por meio de ação rescisória.

No sentido do texto: Redenti (Diritto Processuale civile, volume 3, 2ª edição, páginas 26 e 27); Carnelutti (Istituzioni, vol. 3, página 136). Bem recentemente, Giovanni Tomei (Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi, Scritti in onore di Elio Fazzalari, vol. 2, Milano, 1993, página 318))

A expressão "mandado de pagamento ou de entrega" utilizada, pelo Código, no artigo 1.102b., não tem o significado de ordem ou determinação imperativa, que, habitualmente,

emprestamos ao vocábulo.

Se mandado, no referido dispositivo legal, significasse ordem ou determinação imperativa, o devedor, ao recebê-la teria de efetuar o pagamento ou a entrega da coisa, no prazo de 15 dias, sob pena de ser preso em flagrante como incurso nas penas do crime de desobediência.

Na verdade o mandado não é de pagamento ou de entrega, senão que de exortação, de concitação do devedor a pagar ou a entregar, acenando-lhe o juiz, desde logo, com as vantagens de assim proceder, dentre as quais avulta a da isenção das custas do processo e de honorários de advogado (parágrafo 1º do artigo 1.102c.)

Aliás, essa conclusão está de acordo com a etimologia da palavra *monição*, do latim *monitio*, *monere*, que significa advertir, avisar, exortar, concitar.

Como anota De Plácido e Silva, no seu Vocabulário Jurídico, 11ª edição, página 205, *monição*, na terminologia do Direito Canônico, é a advertência feita pela autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de evitar a sanção ou a penalidade a que este sujeita, pela omissão ou ações indicadas.

Em suma: o devedor, recebendo o mandado, atende, ou não, de acordo com o seu livre arbítrio, a exortação, a concitação do juiz.

Esse mandado, já se disse antes, mas não custa repetir, é sempre expedido *inaudita altera parte*, não havendo, portanto, contraditório, nesta fase. Da decisão que determina a sua expedição não cabe recurso algum, pois toda a matéria que o réu poderia alegar, caberá a ele alegá-la por outra via, a dos embargos.

Aliás, contraditório, tomada a expressão no sentido de exercício do direito de defesa, não existe, na ação monitória, em nenhum caso e em nenhum momento.

Nem antes, nem depois da expedição do mandado.

No procedimento monitório há duas fases: a primeira, a monitória propriamente dita, começa com a propositura da ação e finda com a expedição do mandado monitório; a segunda, a da execução, começa com a conversão do mandado monitório em título executivo judicial e termina com a satisfação do direito do credor.

Nas duas, não se confere ao réu o direito de se defender alegando a inexistência do direito de que, na inicial, o autor se disse

titular. Na ação monitória não existe defesa.

Não se imagine, no entanto, que esse esquema vulnera o princípio do *due process of law* e, sobretudo, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, de acordo com o qual "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Na verdade, não há supressão do contraditório, que, como se diz na doutrina italiana, é apenas *posticipato* ou *differito* para um momento ulterior, de tal sorte que "o *due process of law* é aqui resguardado pela fase de oposição, que é eventual, mas que introduz, no procedimento especial, todas as garantias do processo ordinário de cognição" (Ferruccio Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, página 25)

É claro que, uma vez citado, o réu poderá alegar matéria de defesa, através de embargos, mas esses embargos, algumas vezes chamados de embargos ao mandado, constituem ação nova e processo novo, como melhor se procurará demonstrar um pouco mais a frente.

Nesses embargos, típica ação de conhecimento que são, existe, é claro, contraditório, o que significa dizer que existe contraditório nos embargos ao mandado monitório, mas não existe contraditório na ação monitória.

Todos os autores salientam a necessidade de que a decisão que determina a expedição do mandado seja fundamentada, mas a questão não merece as galas com que costuma ser brindada, pois se todas as decisões judiciais, inclusive as interlocutórias (Código de Processo Civil, artigo 165, fine) devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (Constituição Federal, artigo 93, IX), não se compreende porque se há de discutir se entre tais decisões se inclui, ou não, a que, em sede de ação monitória, determina a expedição de mandado de pagamento ou de entrega.

A CITAÇÃO

Posto a lei não o diga expressamente, é óbvio, que, convencendo-se o juiz da probabilidade da existência do direito do autor e determinando, em consequência, a expedição de mandado de pagamento ou de entrega, determinará, também, a citação do réu, pois é exatamente com a citação, indispensável para

a validade de qualquer espécie de processo (artigo 214), que se estendem ao réu os efeitos da propositura da ação (artigo 263, fine).

Substancialmente, o mandado, a ser cumprido pelas vias comuns - correio, oficial de justiça, precatória, edital - é, ao mesmo tempo, um mandado de citação, destinado a integrar a relação processual, e um mandado monitório, com feição de mandado de intimação destinado a concitar o devedor a pagar a soma de dinheiro ou a entregar a coisa.

Posto a lei também não o diga, expressamente, entende-se que do mandado há de constar a advertência de que, se não efetuar o pagamento ou não entregar a coisa e não oferecer embargos, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, o devedor permitirá que se forme de imediato o título executivo e que, também imediatamente, tenha início a fase executiva, sem outras possibilidades de discussão do mérito da causa.

Se os efeitos da omissão do citando, na ação monitória, são muito mais graves do que os efeitos da revelia, no processo comum, parece que a advertência, exigida, pelo artigo 285, para o caso em que os efeitos são menos graves, não pode deixar de ser exigida, e até com mais forte razão, no caso em que os efeitos se revestem de maior gravidade.

CONDUTA DO RÉU DENTRO DO PRAZO DE 15 DIAS

Citado, o réu, na ação monitória, poderá tomar várias atitudes:

Primeira atitude do réu: Paga a soma em dinheiro ou entrega a coisa fungível ou determinado bem móvel.

Neste caso, com a satisfação do direito do credor, extingue-se o processo monitório, que atingiu integralmente os seus fins.

A lei incentiva a adoção, pelo réu, dessa atitude, acenando-lhe com a isenção das custas e honorários advocatícios (parágrafo 1º do artigo 1.102c.)

Se a isenção compreendesse, apenas, as custas despendidas pelo réu e os honorários do advogado que ele próprio contratou, nada se teria a opor ao texto legal, mas, ao que tudo indica, a intenção foi isentá-lo de reembolsar, também, as custas despendidas pelo autor e os honorários do advogado que contratou.

Se é assim, é preciso reconhecer que o legislador, ao desfalcocar o patrimônio do credor,

em proveito do devedor, fez cortesia com o chapéu alheio, com desprezo à velha máxima de Chiovenda, de acordo com a qual a atuação da lei não pode representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor ela se efetiva.

Dentro desse contexto, não faltará credor que abdique do processo monitório, para não sofrer desfalque patrimonial, proveniente do fato de ter de pagar as custas do processo e os honorários de seu advogado, sem possibilidade de obter o correspondente reembolso.

Nos outros casos - não pagou e não embargou ou embargou e sucumbiu - o réu, obviamente, pagará, normalmente, como vencido, as custas e honorários da ação monitória.

Segunda atitude do réu: Ele se omite.

Diz a lei que "se os embargos não forem opostos (e, é claro, se, cumulativamente, o réu não efetuar o pagamento nem entregar a coisa) "constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo...".

Como diz, com acerto, Flávia Machado da Silva, "aquele documento trazido pelo autor é elevado ao status de título executivo judicial..." (Análise Sistemática da Ação Monitória no Direito Brasileiro, página 46)

Como, nos termos da lei, a constituição do título executivo judicial, em decorrência da omissão do réu, é automática, ou, como se diz, no artigo 1.102c., é de "pleno direito", deve-se entender que a formação do título executivo prescinde de sentença ou de qualquer outro pronunciamento judicial que o declare formado.

Em suma, a expressão "convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo", deve ser entendida no sentido de que o mandado inicial, que era de pagamento ou de entrega, agora se vê transformado, automaticamente, em mandado de execução.

Terceira atitude do réu: Ele entra com embargos.

OS EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA.

Controverte-se sobre a natureza jurídica desses embargos.

Alguns (Carreira Alvim, Nelson Nery Júnior, Sérgio Shimura, Alexandre Câmara) entendem que os embargos constituem forma de defesa, identificando-a com uma contestação, que não acarreta a formação de processo novo.

Outros (Sérgio Bermudes, Barbosa Moreira, Cruz e Tucci, Elaine Macedo, Dinamarco, Flávia Machado da Silva) sustentam que os embargos, ditos ao mandado, constituem ação nova, geradora de processo novo, que começa com uma petição inicial e finda com uma sentença, que lhe põe termo.

Entendemos que a razão está com os últimos.

Em primeiro lugar, porque se quisesse emprestar aos embargos natureza jurídica de defesa, a lei teria empregado vocábulo apropriado, capaz de revelar a sua intenção: resposta, contestação, defesa.

Depois, porque, afirmando que "os embargos independem de prévia segurança do juízo" (artigo 1.102c., parágrafo 2º), a lei

Diz a lei que "se os embargos não forem opostos (e, é claro, se, cumulativamente, o réu não efetuar o pagamento nem entregar a coisa) "constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo..."

deixa claro que não é de defesa que se trata, pois não se conhece nenhum caso em que, para apresentar contestação ou defesa, sob qualquer outra forma, o réu tenha que segurar o juízo, mas se conhece caso de ações em que, para insurgir-se contra a pretensão do autor, deve o réu satisfazer previamente aquela formalidade (ação de embargos do devedor).

Em seguida, porque, se, de acordo com o mesmo dispositivo legal, os embargos "serão processados, nos próprios autos, pelo procedimento ordinário" é porque eles não constituem defesa, já que existem ações que se

submetem ao procedimento ordinário, mas nunca se ouvir falar de qualquer modalidade de defesa submetido ao... procedimento ordinário ou a qualquer outro, suscetível de ser processada nos próprios autos ou em outros.

Finalmente, porque a mesma conclusão se extrai do parágrafo 3º do mesmo artigo 1.102c, quando diz que "rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial...", uma vez que o que o juiz rejeita (ou acolhe) é sempre o pedido formulado pelo autor, na petição inicial da ação que intentou, não se tendo notícia de nenhum caso em que ao julgar o mérito da causa, o juiz rejeitou ou julgou improcedente...a contestação do réu !!!

Em suma, parece evidente que, na ação monitória, o que é julgado procedente ou improcedente é o pedido do embargante, veiculado nos seus embargos, não é o pedido formulado pelo autor-embargado, na petição inicial da ação monitória.

Nos embargos à ação monitória, ajuizáveis através de petição inicial elaborada com observância das regras constantes dos artigos 282 e 283, o embargante poderá alegar toda a matéria de defesa que alegaria em processo de conhecimento comum, com destaque, naturalmente, para a de inexistência do crédito de que o autor se diz titular, ou a de sua existência, mas de valor menor.

O pedido será de sentença obstativa da formação do título executivo.

Como se trata de procedimento ordinário, o embargado será citado, para apresentação de resposta, no prazo de 15 dias, seguindo-se o feito, depois, em seus ulteriores termos, como de Direito, inclusive com adoção de providências preliminares, réplica, julgamento conforme o estado do processo, nas modalidades de julgamento de extinção do processo, julgamento antecipado da lide e saneamento, em audiência de conciliação.

Em lição que se reluta em aceitar, porque destoante das regras legais sobre ônus da prova, Dinamarco afirma que, nos embargos ao mandado é do autor-embargado o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e é do réu-embargante o ônus de provar os fatos de seu interesse (extintivos, impeditivos, modificativos). Seria assim, se os embargos constituíssem espécie de defesa, mas, como já se viu, assim não é.

A teor do que dispõe o artigo 1.102c., os embargos "suspenderão a eficácia do mandado inicial".

Não é bem assim.

O mandado inicial, até então, não estava produzindo efeito algum, de tal sorte que não se pode falar em suspender efeitos que o mandado não estava produzindo.

Na verdade, o que ocorre é que os embargos impedem ou retardam a conversão do mandado inicial em mandado executivo judicial, e, em decorrência, o prosseguimento do feito, como ação de execução.

Excluídas as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, que não carecem de exame específico, os embargos poderão ser julgados procedentes ou improcedentes.

Se julgados procedentes, a sentença declarará a inexistência do direito de que, na inicial da ação monitória o autor se afirmou titular e, declarará, ainda, em decorrência, que o título executivo não se formou.

Se julgados improcedentes, declarará o inverso, ou seja a existência daquele direito e que o título executivo se formou.

Nos dois casos, a sentença será apelável e em ambos, a nosso ver, a apelação será recebida no duplo efeito, sendo inadmissível a aplicação ao caso da regra constante do artigo 520, V ("Será recebida, no só efeito devolutivo (a apelação) quando interposta da sentença que : rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes"), sendo inadmissível, também, em decorrência, execução provisória em sede de ação monitória.

Assim pensamos porque : a) a regra do artigo 520, V, que dá apelação sem efeito suspensivo à sentença que "rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes" não é aplicável aos embargos na ação monitória, que não são embargos à execução ou embargos de devedor; b) essa regra do artigo 520, V, é de exceção, e as regras de exceção se interpretam restritivamente não podendo ser interpretadas extensivamente, analogicamente ou ampliativamente ; c) a regra geral, aplicável mesmo quando a lei é omissa, é no sentido de que, salvo disposição em contrário, inexistente, no caso, a apelação é sempre recebida no duplo efeito.

Esse é, também, o pensamento de Eduardo Talamini (op. cit., página 141)

Corretamente, assim decidiu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.757.7, de que foi relator o eminente Desembargador Wilson Reback.

Contra, mas, data venia, sem nenhuma razão, neste ponto, Dinamarco (A Reforma, 3ª edição, páginas 241 e 242) e Bermudes (A Reforma, 2ª edição, página 177)

Como já se assinalou, tendo julgado o mérito da causa, no sentido da procedência do pedido veiculado nos embargos, a sentença declarará, além da não formação do título executivo, a inexistência do direito do embargado-autor, para o qual ele veio a juízo pedir tutela, com a sua ação monitória.

Essa sentença, por ser de mérito, fará coisa julgada material, como qualquer outra, impedindo que o autor volte a juízo para pedir tutela para o mesmo direito declarado inexistente.

Sendo de mérito essa sentença desafia ação rescisória, se reunidos os requisitos legais.

E' claro que se os embargos foram

Excluídas as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, que não carecem de exame específico, os embargos poderão ser julgados procedentes ou improcedentes.

acolhidos por razões de ordem processual (v.g. ilegitimidade ativa do autor da ação monitória), nada impedirá que o verdadeiro legitimado venha ulteriormente a postular tutela para o seu direito, seja pela via monitória, seja pela via ordinária.

A sentença que julgar os embargos improcedentes, igualmente fará coisa julgada material, sem nenhuma peculiaridade digna de nota e com todas as conseqüências daí decorrentes.

A EXECUÇÃO

Instaura-se a execução se os embargos não forem oferecidos ou se forem rejeitados.

Conforme o caso, a execução será por quantia certa contra devedor solvente (artigos 646 a 731) ou para entrega de coisa (artigos 621 a 631)

A execução instaura-se ex officio (... prosseguindo-se na forma prevista no livro II, etc. etc. "diz o artigo 1.102 c; § 3º.) da mesma e única ação, bastando, a nosso ver, simples intimação, para que, no prazo de 24 horas, o devedor efetue o pagamento da dívida ou nomeie bens à penhora (artigo 652), ou, então, dentro de 10 dias, satisfaça a obrigação.

Diferentemente do que sustentam Bermudes (op. cit. pag. 177) e Cruz e Tucci (op. cit. página 64), pensamos que embargos do devedor, de primeira fase, regulados no artigo 741 e 745, não são admissíveis, porque, no processo monitório, não há dois processos, o monitório propriamente dito e o executório. Um é continuação do outro, de tal sorte que tudo o que o devedor pode alegar em seu prol ele há de fazê-lo nos embargos ao mandado, ou embargos à ação monitória, sob pena de preclusão, eis que, a coisa julgada formada no processo dos embargos ao mandado cobre tanto o deduzido como o deduzível, nos exatos termos do artigo 474 do Código de Processo Civil.

Admitir o inverso é permitir a interposição dos mesmos embargos de primeira fase, duas vezes, num processo só, em autêntico *bis in idem*, o que não se afigura lógico e, menos ainda, jurídico.

Mas não se exclui a possibilidade de que, reunidos os requisitos legais, sejam interpostos aqueles embargos, desde que fundados em fato novo, não alcançado pela preclusão - v.g. pagamento, novação ou remissão da dívida - e, ainda, no momento adequado, os embargos de segunda fase, à arrematação e à adjudicação (artigo 746) e os embargos de retenção por benfeitorias (artigo 744), eis que, nestes casos, incorre o *bis in idem* obstativo da repetição dos embargos de primeira fase (artigos 741 e 745) ■

Wilson Marques é professor e desembargador do Tribunal de Justiça - RJ