

Da Ação Monitória

Volnir Cardoso Aragão

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Processo Civil pela Unisinos/RS
Mestre em Processo Civil pela PUC/RS
Professor na UNIRITTER/RS*

RESUMO: O presente trabalho busca analisar aspectos controvertidos do processo monitorio, entre eles a sua natureza juridica, procedimento e a natureza juridica dos embargos monitorios à luz da doutrina e jurisprudências pátrias. São analisadas questões quanto ao conceito de prova escrita, o objeto da ação e a legitimidade para ela, bem como procura verificar o desenvolvimento do procedimento em duas fases distintas e estanques. Analisa as decisões na ação monitoria e os eventuais recursos a serem utilizados contra os mesmos e conclui fazendo considerações quanto à efetividade do procedimento ou a falta dela.

Palavras-chave: Ação Monitoria. Questões controvertidas.

1 Considerações Preliminares

Embora introduzida apenas recentemente no direito brasileiro através da Lei 9.079 de 14.7.95, a ação monitoria é desde muito um instituto de larga utilização no direito europeu, tendo sido introduzido em 1967 na Bélgica, país no qual o processo monitorio foi tido como solução aos mesmos problemas que afligem o sistema judiciário brasileiro, não obstante remontar sua origem ao Direito Romano.

O direito europeu conhece dois tipos de procedimento monitorio, também chamado de *procedimento de injunção: o puro e o documental*. No primeiro, basta a mera alegação de um direito de crédito, para que o juiz expeça um mandado de pagamento ou entrega da coisa; no segundo, que foi adotado pelo direito pátrio, é necessário que exista prova escrita do débito.

Independentemente do seu país de origem, verifica-se que a ação monitória é quase uma unanimidade quanto a ser um remédio processual, que visa a eliminar o processo de conhecimento (embora no mais das vezes isto não aconteça), através de um rito especial e sumário quando determinada pessoa possua documento escrito, sem força de título executivo, permitindo assim ao credor substituir a ação de cobrança por um expediente que visa a incitar o devedor a reconhecer o título e realizar o pagamento, ao invés de procurar o embate judicial.

Portanto, um dos escopos fundamentais do processo monitório segundo CALAMANDREI¹ é o de dar vida com maior celeridade à formação de título executivo, pois, antes de mais nada, as razões para a introdução do processo monitório se justificam pela sua capacidade em dar muito mais agilidade e eficácia ao mecanismo judiciário e, conseqüentemente, pelos fundamentos de economia processual.

2 Da Ação Monitória

2.1 Conceito

Para SALVATORE SATTA, o processo monitório, chamado *ingiunzione* no Direito italiano:

*"(...) consiste na emanação de uma ordem do Juiz conforme o pedido do credor, para que o devedor pague uma importância em dinheiro (ou uma quantidade certa de coisas fungíveis), no prazo estabelecido, facultando-se embargos ao devedor, a cuja falta a ordem adquirirá o valor de uma sentença condenatória passada em julgado"*²

Na doutrina brasileira, NELSON NERY JUNIOR conceituou a ação monitória da seguinte forma:

*"(...) a ação monitória é o instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, de coisa fungível ou de coisa móvel determinada, com crédito comprovado por documento escrito sem eficácia de título executivo, para que se possa requerer em juízo a expedição de mandado de pagamento ou entrega da coisa para a satisfação do seu direito".*³

No mesmo sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI entende que a ação monitoria:

*"Consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, reque-
rendo a prolação de provimento judicial
consubstanciado, em última análise, num manda-
do de pagamento ou entrega de coisa, visa obter
a satisfação do seu direito".⁴*

Na verdade não há na doutrina, quer estrangeira, quer nacional, divergência quanto ao conceito da ação monitoria, não obstante, como adiante será demonstrada, a falta de unanimidade, ao menos na doutrina brasileira, quanto à sua natureza jurídica.

2.2 Natureza Jurídica

Diversamente do conceito, a natureza jurídica da ação monitoria tem suscitado entre os doutrinadores inúmeras controvérsias, sendo comum a defesa de teses opostas.

No estudo da moderna processualística civil há duas fortes correntes: a primeira entende ter a ação monitoria natureza jurídica de processo de conhecimento de caráter condenatório; a segunda entende ter o processo monitorio natureza de processo executivo.

Entre os defensores da primeira teoria cite-se JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI⁵ para quem o procedimento monitorio documental tem natureza de processo de conhecimento por três razões:

- a) o procedimento termina, substancialmente, com uma decisão condenatória contra o devedor;
- b) obrigatoriamente esta decisão dever ser fundamentada; e
- c) há produção de coisa julgada material, ou, no mínimo, preclusão endoprocessual.

EDILTON MEIRELES, ao concluir estudo especificamente quanto à natureza da ação monitoria, entende que esta possui natureza puramente de ação executiva, reconhecendo apenas a existência de uma primeira fase no processo monitorio, o que será observado mais adiante, e que esta fase se desenvolveria em duas etapas, *verbis*:

"Em síntese, temos, então, que a decisão do juiz ao despachar a ação monitoria divide-se em duas etapas.

Na primeira, dota ou não a prova escrita de eficácia executiva, por decisão de natureza administrativa; em seguida, a partir de sua primeira deliberação, o juiz decide jurisdicionalmente, seja ordenando o mandado monitório, definindo, assim a inicial, seja indeferindo a exordial, por não estarem presentes os requisitos necessários ao desenvolvimento válido da ação monitória.

A natureza, no entanto, dessa segunda decisão - tipicamente jurisdicional - advirá do pronunciamento do juiz.

Se indeferir a inicial, seu ato terá natureza sentencial, pois põe termo ao processo (art. 162, § 1º, CPC). Se, ao, invés, deferir a inicial, será mera decisão interlocutória (art. 162, § 2º, CPC).

Terá por fim, essa mesma natureza a decisão que acolher parcialmente a inicial, ou seja, ordena a expedição do mandado de apenas parte da pretensão do requerente, já que ela não põe termo ao processo.

Por via de consequência, diante dessas conclusões, é inexorável concluir que ação monitória tem natureza de ação executiva." ⁶

Existe ainda outro entendimento quanto à natureza jurídica do procedimento monitório, cuja tese é defendida por CARNELUTTI, na qual considera que o mandado injuntivo é um *tertium genus*, colocando-se como intermediário entre cognição e execução, resolvendo-se, não em um juízo imperativo, mas em um puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo.

O jurista bem caracteriza a natureza da injunção quando diz que:

"A injunção executiva, diferente da coisa julgada, não é um juízo imperativo, e sim puramente um mandado; essa observação se refere ao seu valor jurídico, não ao seu valor lógico; os componentes da injunção logicamente são os mesmos com que se forma a decisão; juízo e mandado, mas juridicamente o valor (imperativo) da decisão depende do juízo e, por sua vez, o da injunção é indepen-

dente dele; quando se decide, a decisão obriga por que, segundo o juiz, é conforme a verdade, quando se impõe a injunção, esta se obriga apesar de o juiz se reservar a julgar." ⁷

A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao referir-se sobre à natureza do procedimento monitorio, faz um resumo das inúmeras correntes e seus autores, *verbis*:

"Qual é a natureza desse processo? Carnelutti, que foi um dos primeiros que o estudaram, dizia ser diferente tanto do processo de conhecimento como do processo de execução. Chiovenda afirmou tratar-se de um acerto, de uma declaração, com prevalente função executiva. E Garbagnati, cuja posição prefiro, entendeu tratar-se de uma verdadeira sentença condenatória ou, pelo menos, de um mandamento que se equipara a uma sentença condenatória sujeita a uma condição suspensiva, ou seja, a que não haja oposição dos embargos. Só que, como veremos, essa sentença condenatória é acompanhada de um mandamento, que é exatamente a ordem judicial monitoria após a cognição sumária inaudita altera parte. Então, quem sabe, aqui também, não fosse o caso de o processualista rever algumas posições firmes, até pouco tempo atrás contrárias ao reconhecimento de uma categoria de sentenças, que seria a sentença mandamental, para eventualmente se dizer que a sentença monitoria é de natureza mandamental, não dependendo de uma execução ex intervallo. No próprio processo de conhecimento sumário da ação monitoria, existe a condenação e o mandamento a praticar um determinado ato". ⁸

Apesar dos entendimentos até então apresentados, VICENTE GRECO FILHO, em nosso entender, é quem mais se aproxima de uma definição conclusiva quanto à natureza do procedimento monitorio, e com grande maestria assim o define:

*"A ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva. Assim, apesar de estar a ação colocada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão e a solução dos problemas práticos que apresenta, somente serão possíveis se for tratada como se fosse processo de execução. Ou seja, como se fosse uma espécie de execução por título extrajudicial em que, ao invés do mandado de citação para pagamento em 24 horas sob pena de penhora, há a citação com a ordem de pagamento ou entrega de coisa móvel. A interposição dos embargos, que na execução somente é possível depois de seguro o juízo, no caso da ação monitória é ensejada antes da penhora e suspende a eficácia do preceito. É como se o ato construtivo da penhora tivesse sido cindido em dois momentos (a ordem de pagamento e a constrição) e entre eles se pudesse apresentar embargos."*⁹

Tem-se, assim, que a ação monitória possui uma natureza jurídica híbrida e, portanto, uma natureza diferenciada em razão do misto de execução e conhecimento que melhor pode ser observado quando tratarmos mais adiante no item quanto ao *procedimento*.

2.3 Finalidade

ADA PELLEGRINI GRINOVER esclarece com precisão a finalidade da ação monitória:

*"E esta é a finalidade última do procedimento monitório: exatamente acelerar a formação do título executivo judicial sem as complicações e as demoras do processo ordinário de conhecimento. Sabemos que não pode haver qualquer execução sem título, e, por isso, quando não há esse título, o Direito Processual tenta abreviar o caminho para a sua constituição, abrindo mão das delongas que, normalmente, seriam necessárias num processo de conhecimento que levasse a uma sentença condenatória e, a partir daí, ao título executivo judicial."*¹⁰

Portanto, segundo CARREIRA ALVIN¹¹, a finalidade precípua do procedimento monitorio é evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar.

OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA afirma que o procedimento ordinário, dada a sua morosidade e complexidade frente às necessidades e contingências atuais, traz mais desvantagens do que vantagens, pois deixa o magistrado inerte, sendo que muitas vezes o juiz e o autor ficam compelidos a assistir impotentes, às vezes por longos e longos anos, ao conhecido sortilégio de escaramuças e manobras de que se vale o demandado para prolongar ao máximo a duração da causa, enquanto se locupleta da impunidade.

Na realidade, o que se verifica na experiência forense brasileira, independentemente do que o Código prescreva, ou daquilo que a doutrina nos ensine, é uma batalha contra a lentidão e inoperância do procedimento monitorio, bem como contra a passividade em que o mesmo coloca o magistrado.

O autor esclarece ainda que:

"Se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica (...)." ¹²

Dessa forma, a ação monitoria vem ao encontro dos princípios de economia e celeridade processual, evitando-se submeter o credor que possui documento idôneo sem força de título executivo, porém capaz de comprovar a existência do seu direito, ao demorado e dispendioso procedimento ordinário. Devemos primar pela pronta e efetiva prestação jurisdicional¹³ em detrimento do rigorismo formal que cause o perecimento do direito, descaracterizando, assim, a função do judiciário.

2.4 Cabimento e Admissibilidade

O artigo 1102a delimita o campo de admissibilidade desse procedimento. A ação monitoria é instrumento ofertado ao credor de soma em dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel, desde que tenha alguma prova documental a corroborar o alegado crédito.

Pode-se afirmar que para admissibilidade da ação monitória, faz-se necessária quando se tratar de soma em dinheiro, a liquidez da dívida, ou seja, que seu valor seja certo e determinado, bem como seja exigível, estando, portanto vencida, a exemplo do que ocorre com a ação de execução.

Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI¹⁴, múltiplos são os casos de cabimento da ação monitória, bastando que o interessado seja portador de um documento, público ou privado, que justifique o crédito e que não contenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

Neste caso, portanto, pode o credor eleger a via da ação monitória, ao invés de submeter sua pretensão ao procedimento comum, que seguramente é sempre mais custoso e demorado.

Dentre os múltiplos casos de cabimento da ação monitória, ELAINE HARZHEIN MACEDO enumera alguns:

“Inúmeras situações de direito material que tenham por objeto obrigação de pagar quantia determinada poderão se ver protegidas por essa via procedimental. Basta-nos lembrar que o credor de um cheque cuja força executiva encontra-se prescrita, pelo sistema convencional só poderia se socorrer da ação de cobrança, pelo rito ordinário (art. 282) ou formalmente sumário (art. 275), dependendo de seu valor, mas de qualquer forma pelo penoso caminho da cognição plena. Também se beneficiam dessa via materialmente sumária os credores de duplicatas inaceitas e desacompanhadas dos documentos que lhe podem conferir executividade (protesto, cópia de nota fiscal e comprovante de recebimento de mercadoria, da prestação efetiva do serviço contratado), letras de câmbio inaceitas, valores devidos a título de correção monetária não satisfeitos por ocasião do pagamento do título de crédito levado a protesto, taxas condominiais, créditos oriundos de honorários devidos por serviços prestados por profissional liberal, entre outros tantos.

...

Assim, a prova documental ou deve ter a seu favor o reconhecimento da obrigação pelo devedor (che-

ques ou notas promissórias executivamente prescritas; confissões de dívida a que faltem alguns dos requisitos configuradores do título executivo, como a assinatura de duas testemunhas quando se tratar de documento particular), ou deve gozar de certa presunção de veracidade como ocorre com os registros contábeis ou outros também oficiais.”¹⁵

Embora, cada vez mais, haja uma taxatividade dos casos de cabimento da ação monitória, nada substituirá o magistrado na verificação das hipóteses de cabimento, uma vez que a este cabe a análise última, mesmo que entendida como sumária, do documento apresentado pelo suposto credor, ou seja, a prova escrita onde há uma obrigação assumida, quer de pagar, quer de entregar a coisa.

2.4.1 Prova Escrita

Para NELSON NERY JUNIOR¹⁶, *o documento que aparelha a ação monitória deve ser escrito e não possuir eficácia de título executivo.*

Este mesmo autor, citando Garbagnati, informa que por documento escrito deve-se entender "qualquer documento que seja merecedor de fé quanto a sua autenticidade e eficácia probatória", cabendo ao juiz verificar, através de uma análise que, embora sumária, permita convencer-se da idoneidade da prova.

Interessante entendimento é apresentado por VICENTE GRECO FILHO¹⁷, para quem a prova escrita deve constituir-se num pré-título que expresse obrigação de pagamento em dinheiro ou entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel, vindo assim a transformar-se em título, caso ocorra a não apresentação dos embargos ao mandado monitório, sua rejeição ou improcedência.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conceituou de forma irrepreensível a prova escrita que possibilita à ação monitória, cumprindo transcrever parte de alguns destes julgamentos acórdãos:

"A prova escrita que deve acompanhar a inicial da ação monitória não precisa, necessariamente, ser de emissão, elaboração ou assinatura do devedor, ou representante. Anotações de venda de mercadorias podem ser a prova escrita exigida pela lei.”¹⁸

"A prova escrita do art. 1.102a do estatuto adjetivo civil deve retratar uma obrigação vinculativa entre as partes."¹⁹

"A prova escrita, exigida pelo art. 1102 do CPC, é todo documento que, embora não prove, diretamente, o fato constitutivo, permita ao órgão judiciário deduzir, através de presunção, a existência do direito alegado. Lição da doutrina italiana."²⁰

Em que pese os inúmeros entendimentos existentes, é certo que para instrução da ação monitória há que ser documento, porquanto outras provas, tais como vídeos e gravações, não são aceitas. Também há que ser escrito e, através do vernáculo, expressar a existência do crédito e a obrigação ao pagamento ou entrega do bem.

2.4.2 Objeto

No Direito brasileiro, igualmente ao Direito italiano, somente se admite a ação monitória se o pedido do autor tiver como objeto pagamento de quantia certa, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel.

Faz-se necessário que o título *para-executivo* que instrumentará a ação monitória seja líquido, uma vez que o procedimento é instaurado por meio da expedição de um mandado de pagamento a ser expedido com base em prova documental a ser apresentada na inicial.

Sendo assim, o procedimento monitório, por ser célere, não comporta fase de liquidação, própria do procedimento ordinário. Caso o documento não apresente o valor do crédito exigido, deverá ser procedida a sua remessa ao contador, descaracterizando, assim, o propósito deste procedimento especial, qual seja ser rápido e direto.

Dessa forma, se, antes da expedição do mandado monitório, se fizer necessária a liquidação do título *para-executivo*, o processo deverá ser ordinarizado, visto que o juiz, ao receber a petição inicial na ação monitória, analisará o documento apresentado e, a partir deste, vislumbrará a plausibilidade do direito de crédito do autor, o que ensejará a condenação provisória do réu e, por esse motivo, a condenação deverá ter um valor certo, justificando, assim, a imperiosidade de que o título *para-executivo* possua liquidez, não sendo possível suprir a falta desse requisito através da ação monitória.

No caso de entrega de coisa fungível, significa às obrigações de dar coisa genérica ou incerta, ou seja, coisas que são indicadas pelo gênero e quantidade, e cuja satisfação em juízo se realiza por meio da execução

forçada. Por fim, cumpre evidenciar que referentemente à obrigação de dar coisa certa, somente é possível, através do procedimento em questão, a cobrança referente a bem móvel; os bens imóveis terão que ser alcançados pelo juízo contencioso ordinário. Não são incluídas também as obrigações de fazer e não fazer.

2.4.3 Legitimidade

Quanto à legitimidade ativa para a ação monitória, segundo CRUZ E TUCCI²¹ não há, em princípio, qualquer dificuldade que se apresenta neste aspecto, ou seja, poderá ser ajuizada pelo titular do crédito, assim reconhecida pela documentação que deverá instruir a petição inicial, ficando, porém, ao arbítrio do juiz a verificação desta condição processual de admissibilidade.

No que diz respeito à legitimidade passiva para ação monitória, entendemos aplicar-se, com determinadas reservas, a norma inserida no artigo 568 do CPC.

Ora, se a finalidade da ação monitória é a formação do título executivo contra o *devedor*, tendo o mandado monitório intrínseca similitude com o expedido na ação executiva, nada mais coerente do que se aplicar quanto à legitimidade passiva a norma acima referida.

Temos assim que os legitimados para ação monitória seriam: a) o devedor, reconhecido como tal no documento escrito, b) o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor, e c) o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultando do documento escrito.

Não obstante, observa GERSON FISCHMANN que é inútil falar-se em legitimação sob o ponto de vista do processo, pois:

*"É réu aquele que o autor designa como tal. Se, entretanto, esse réu não é, no plano material, cujo reconhecimento implicará julgamento de mérito daquela ação proposta, não haverá qualquer interferência como a eventual demanda a ser movida contra o verdadeiro obrigado pela singela razão de que esta última não foi objeto da lide."*²²

Pode surgir alguma dúvida no que diz respeito à possibilidade do ajuizamento da demanda em face da existência de devedores solidários. Neste aspecto, CRUZ E TUCCI entende que:

“Legitimado passivo é o devedor, sendo, no entanto, possível, desde que haja vínculo de solidariedade passiva, o aforamento da demanda em face de um ou de todos os coobrigados. Poderá assim ocorrer que o autor, fundado em crédito decorrente de obrigação solidária, proponha a demanda em face de todos os devedores. Havendo então pluralidade de demandados, não cumprida a ordenação judicial no prazo legal, mas ofertados os embargos apenas por um ou por alguns deles, a respectiva decisão passa a valer como título executivo em face dos réus que se mantiveram inertes.”²³

Outro aspecto relevante diz respeito à possibilidade do ajuizamento da ação monitória contra as pessoas incapazes. Esclarece J. E. CARREIRA ALVIN²⁴, positivamente, que podendo ser o incapaz parte no processo de conhecimento, em que será citado na pessoa do seu representante legal ou na sua própria pessoa, conforme se trate de absoluta ou relativa a sua incapacidade, também pode ser igualmente réu na ação monitória, cabendo, portanto, em caso de representação, ao seu representante, a opção entre cumprir a obrigação ou embargar.

Questão ainda pouco explorada, diz respeito à possibilidade da intervenção de terceiros no processo monitório, o que no nosso entender mostra-se plenamente aceitável em face da aplicação dos princípios atinentes ao processo de conhecimento, quanto mais quando for embargada a ação.

Cumpra esclarecer que a jurisprudência mostra-se dividida neste aspecto, conforme se verifica pelas ementas abaixo transcritas:

“Agravo de instrumento. Ação monitória. Denúnciação à lide. Possibilidade. É perfeitamente possível a intervenção de terceiros nos embargos ao mandado de ação monitória, dada a regra insculpida no art. 1.102c, § 2º, do CPC. Agravo de instrumento provido. Unânime.”²⁵

“Monitória. Denúnciação da lide. A jurisprudência tem assentado que não cabe a intervenção de terceiros na ação monitória, pois ela não se compatibiliza com a celeridade e a natureza do sistema, assim como não o é possível em embargos de devedor. Agravo regimental improvido.”²⁶

GERSON FISCHMANN lembra que o procedimento monitorio, enquanto rito especial, desaparece com a oposição de embargos, não sendo difícil, portanto, perceber e admitir a ampla possibilidade de quaisquer das formas de intervenção de terceiros, desde que interpostos aqueles. Porém, acrescenta que:

"Contudo veja-se a gravidade de se tratar os embargos como ação autônoma. Adota-se o rito ordinário, mas o réu da monitoria passa a ser "autor" dos embargos, o que resulta por afastar a possibilidade de que venha a nomear a autoria, por exemplo, pois esta forma de intervenção de terceiro tem por finalidade a alteração no pólo passivo da demanda. Todavia, em face do direito positivo, viram-se doutrina e jurisprudência jungidas a um contorcionismo de hermenêutica para, de um lado, não se afastar da letra da lei e, de outro, tampouco, deixar de admitir a sua natureza de defesa. Assim, e a título exemplificativo, para efeitos de contagem de prazo de interposição os embargos são tratados como ação autônoma, assim como a decisão que os acolhe ou os rejeita é classificada como sentença; de outra parte, são tratados como contestação na medida em que parte da doutrina admite a nomeação à autoria e o chamamento ao processo, figuras intervencionais de alteração do pólo subjetivo da demanda."²⁷

Não obstante, a aplicação do instituto da intervenção de terceiros, está diretamente ligado ao entendimento quanto à natureza jurídica da oposição do réu ao mandado.

Da mesma forma, discute-se a possibilidade de oferecimento de reconvenção pelo réu, o que a doutrina tem aceitado acaso reconhecida à oposição como mera defesa, o que acaba por se tornar necessário, pois visa, sobretudo, possibilitar sejam compatibilizados tais institutos com a ação monitoria.

3 Procedimento

Na doutrina nacional há divergência entre os autores quanto ao desenvolvimento do procedimento monitorio, entendendo alguns que

a ação se desenvolve em duas fases, embora sendo uma, onde na primeira efetivamente há uma sumariedade do procedimento, tendo em vista que o juiz exerce um julgamento preliminar tão somente com base na inicial e nos documentos apresentados pelo credor.

A outra corrente entende que o procedimento monitorio propriamente dito aconteceria tão somente em uma única fase.

Não obstante, a doutrina demonstra ser quase unânime quanto à sumariedade desse procedimento, porém restrita essa somente à primeira fase do processo, uma vez que, havendo oferecimento de embargos pelo devedor, o rito a ser tomado é o ordinário com cognição exauriente.

Para aqueles que entendem desenvolver-se em duas fases, a primeira iniciaria com o oferecimento da inicial e terminaria com a citação do réu, ou seja, antes do oferecimento de oposição pelo suposto devedor, e a segunda fase principiaria neste momento e terminaria com a sentença de procedência ou improcedência da demanda monitoria.

Podemos definir que o processo monitorio é um todo, cujo procedimento comporta duas fases, sendo uma primeira sumária e executiva e outra cognitiva e ordinária, que mesmo pode não vir a acontecer, não podendo, portanto, em face de alguns doutrinadores, considerá-lo como sendo apenas sua primeira fase.

A fim de que se possa visualizar o procedimento monitorio de uma forma geral, adiante serão tratadas especificamente cada fase do processo monitorio e seus atos respectivos.

3.1 Primeira Fase

Nessa primeira fase o juiz, ao receber a inicial verifica a possibilidade de expedição de mandado monitorio, determinando que o réu pague a dívida, entregue a coisa ou ofereça embargos no prazo de 15 dias.

Neste primeiro momento o juiz exerce não somente uma atividade administrativa (ao dar seguimento à ação e determinar a citação do devedor), mas também uma atividade jurisdicional, ao verificar se o documento escrito apresentado pelo suposto credor preenche os requisitos de liquidez e exigibilidade, ou seja, condições mínimas de procedibilidade, não obstante faltar a este documento a certeza, característica intrínseca aos títulos executivos extrajudiciais.

Emite assim um juízo de valor quanto ao documento (prova escrita) e por que não dizer quanto à existência e validade do crédito propriamente dito, entendido pela doutrina como *provimento liminar*, o que justifica o entendimento de ser o procedimento monitorio *especial* e de *cognição sumária*.

Tal entendimento é corroborado por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI²⁸ para quem a ação monitória possui procedimento especialíssimo em razão da sumariedade formal da cognição, estando caracterizado pela exigência de prova escrita do crédito, desprovida porém de força executiva.

No mesmo sentido NELSON NERY JUNIOR²⁹, para quem o processo monitório é ação *de procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título*.

Não há dúvidas, portanto, que nesta primeira fase a cognição é sumária, fazendo-se necessária à atividade jurisdicional no sentido de verificação dos pressupostos e condições da ação, verificando o magistrado a verossimilhança do direito do requerente e se tal tem o condão de possibilitar a expedição do mandado *injuntivo* contra o réu.

Citado o pretense devedor, poderá este apresentar, no prazo de 15 dias, oposição à pretensão do credor, alegando toda e qualquer matéria que entenda pertinente, tanto quanto à existência, validade e eficácia que diga respeito ao documento, quanto ao próprio crédito.

Não apresentando contestação ao mandado monitório, ou apresentando e sendo intempestivo, obrigatoriamente o juízo deverá julgar, por assim dizer, antecipadamente a lide, transformando um documento escrito, ao qual num primeiro momento, em face da cognição sumária, e determinação de pagamento através de mandado, é dada eficácia de título executivo extrajudicial em outro, agora judicial, em decorrência da decisão proferida.

Convola-se, assim, o procedimento monitório em processo de execução.

3.1.1 Citação

Pode-se afirmar que a citação do réu ou pretense devedor encerra a primeira fase do processo monitório.

Impende salientar que nesta ação, assim como ocorre no processo de execução, o réu não é citado para defender-se e sim para efetuar o pagamento ou entregar a coisa, sendo portanto o mandado de citação ato mandamental de profunda similitude executiva.

É expedida, portanto, pelo magistrado, uma ordem de pagamento ou de entrega de coisa, com a ciência ao réu do prazo legal, que é de quinze dias conforme o disposto no artigo 1.102b, para que pague ou entregue, ou mesmo apresente defesa justificando porque não está obrigado à prestação reclamada na inicial.

Com esclarecedoras razões, ELAINE HARZHEIN MACEDO entende que tal citação deva ser pessoal, *verbis*:

"Se temos a citação no processo de conhecimento e a citação no processo de execução, a primeira para vir responder, a segunda para pagar ou nomear bens à penhora, não antevemos porque há de ser diferente na ação monitória, que, como já se salientou neste trabalho, situa-se num ponto de confluência entre o procedimento de cognição e o de execução.

Peculiaridade dessa citação, como já se destacou, é o comando judicial, a injunção, a ordem de pagamento ou entrega de coisa, traço, aliás, tão caracterizador do procedimento que inclusive lhe dá o nome. No mais, há de receber, subsidiariamente, as regras do procedimento comum, como por exemplo, o artigo 225, no que couber, por força do disposto no já citado artigo 272, par. único.

Indagação que reclamará da doutrina e jurisprudência atenção, é a possibilidade de ser feita a citação pelo correio, conforme dispõe o artigo 222 do Código. Esse dispositivo, reformulado recentemente no direito brasileiro, inverteu a regra geral, onde a citação era por mandado e só por exclusão através de correspondência com aviso de recebimento, estabelecendo, às avessas, as hipóteses em que não se aplica o chamamento através do correio, quais sejam: ações de estado; quando for ré pessoa incapaz, quando o demandado for pessoa de direito público; nos processos de execução; quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência, e, genericamente, quando o autor requerer a citação de outra forma. Trata-se, evidentemente, de hipóteses previstas dentro do direito positivo então vigente, quando desconhecida a ação monitória.

Dentre as hipóteses reguladas pelo artigo 222, a que mais diz com o procedimento injuncional é a que trata do processo de execução. E por uma razão gritante: lá o réu não é citado para responder, mas para pagar ou nomear bens a penhora. Atividade cognitiva desenrolar-se-á tão-somente se o executado aforar ação incidental de embargos. Trata-se, pois, de citação sui generis, a exemplo do que ocorre com o chamamento na ação do artigo 1.102a. Também aqui o demandado não é chamado para integrar a lide, mas sim para cumprir o decreto de pagamento ou entrega da coisa. O contraditório, se houver, face à inversão provocada pela sumariedade procedimental, terá que ser instaurado pelo requerido, opondo-se à ordem via embargos. Daí concluir-se que, a exemplo do que ocorre no processo de execução, também na ação monitoria a citação pelo correio, mesmo com as cautelas do parágrafo único do artigo 223, não teria a utilidade que o ato exige, tornando inócua, ou, no mínimo, frágil. Nessa esteira, pelo princípio analógico, propugnamos pela inaplicabilidade do artigo 222 no novo instituto, utilizando a convencional citação por mandado, que melhor coaduna com o decreto judicial emanado."³⁰

Ao contrário do entendimento acima esposado, VICENTE GRECO FILHO³¹ entende que a citação do réu deve ser feita nos termos gerais do código, e sendo assim, inclusive pelo correio

Ousamos discordar do entendimento acima, pois se se aceitar que o mandado monitorio é similar ao executivo, obrigatoriamente a citação do réu/devedor deverá ser pessoal, a exemplo do que ocorre com o processo de execução.

3.2 Segunda Fase

Contestado o mandado monitorio, abre-se uma segunda fase da ação monitoria, com a instauração do contraditório, ocorrendo, obrigatoriamente, cognição exauriente.

3.2.1 Oposição

Outro aspecto que tem colocado doutrinadores em lados diferentes é no que diz respeito à defesa oferecida pelo réu ao mandado monitório, podendo a doutrina, com respeito à matéria, ser dividida em duas teorias.

Entende parte da doutrina que os embargos ao mandado monitório seriam efetivamente espécie de embargos, assim reconhecidos como *ação de natureza declaratória ou constitutiva negativa*³².

Tal entendimento leva em conta que se a sua apresentação suspende a eficácia do mandado monitório, este não poderá ser reconhecido apenas como mera defesa, muito embora seja autuado nos autos do processo e não separadamente a exemplo dos embargos do devedor no processo executivo.

Entender que a oposição do réu ao mandado monitório seja ação similar aos embargos do executado na execução, traz conseqüências no que diz respeito à própria sentença e sua eficácia, bem como quanto aos efeitos de eventual recurso interposto dela, bem como as matérias que podem e devem ser alegadas pelo réu.

Neste sentir, ao reconhecer-se a oposição do devedor como ação, eventual sentença de improcedência destrancaria por assim dizer o mandado monitório, dando-se prosseguimento à fase executiva que teoricamente havia começado com a expedição liminar do mandado monitório, nada impedindo que viesse *a posteriori* o réu, agora convertido em devedor, apresentar embargos à execução, alegando toda e qualquer matéria que entenda devida, inclusive aquelas levantadas contra o mandado monitório, uma vez que não estaria o credor a executar a sentença e sim o documento escrito, apresentado inicialmente, que ganhou força executiva com o pronunciamento judicial.

A segunda teoria entende serem os embargos mera defesa do suposto devedor e que seria inconveniente reconhecer-se estes como ação, pois acarretaria a inversão dos pólos ativo e passivo como ocorre nos embargos ao processo executivo, bem como acarretaria uma subversão no processo, pois sendo ação proposta, estaria invertendo o ônus da prova.

Este é o entendimento de NELSON NERY JUNIOR³³, para quem os embargos ao mandado monitório *têm característica de defesa, de oposição à pretensão monitória, não se confundindo com os embargos do devedor, somente cabíveis no processo de execução stricto sensu, não instaurando assim novo processo.*

No mesmo sentido entende J.E CARREIRA ALVIN³⁴, ao explicar que *os embargos monitórios mais não são, pois, do que um meio de defesa, introduzindo no âmbito do mesmo processo de conhecimento um novo procedimento de primeiro grau, devolvendo ao juiz o reexame completo, de fato e de direito, da relação jurídica controvertida.*

A adoção de uma ou outra teoria acima apresentadas irá influenciá-las sobremaneira nas demais fases do processo monitório, porquanto os atos desencadeados com base nestes entendimentos se contrapõem.

Parece-nos mais coerente entender que efetivamente os embargos ao mandado monitório são mera defesa, e, não obstante, toda e qualquer matéria que diga respeito ao suposto crédito, bem como à formação do título que se pretende, deva ser oferecida pelo réu neste momento processual, sob pena de aplicar-se o princípio da eventualidade, precluindo, portanto, o direito de opor-se, após esta fase, com matérias outras não suscitadas anteriormente, nada impedindo porém que no curso da demanda promova a produção de provas que entender cabíveis.

O Professor EDUARDO TALAMINI³⁵ refuta alguns dos entendimentos acima, analisando que alguns dos critérios utilizados para concluir quanto à natureza dos embargos monitórios seriam inadequados para que haja uma efetiva conclusão quanto a sua natureza.

Tais critérios ditos irrelevantes dizem respeito especificamente quanto: a) delimitação das matérias veiculáveis e das provas admissíveis; b) cabimento de intervenção de terceiros; c) distribuição do ônus probatório; d) determinação do procedimento cabível, e; e) forma de cientificação do embargado.

A *contrario sensu*, EDUARDO TALAMINI³⁶ descreve que haverá relevância sim na verificação da natureza quando diga respeito a prazo para resposta do embargado, e, ainda, haverá extrema relevância no que diz respeito às questões atinentes à causa de pedir (coisa julgada, extensão do efeito devolutivo da apelação, conhecimento de ofício de objeções materiais).

Por fim, EDUARDO TALAMINI³⁷ conclui que a *nossa legislação ao tratar sobre a monitória estabeleceu que o mandado ficará suspenso, quando forem interpostos embargos (art. 1.102c, caput). Previu também que, julgados improcedentes os embargos, o mandado inicial irá se converter de pleno direito em "título executivo" (art. 1.102c, § 3º), independentemente de sentença final.*

Ainda segundo TALAMINI³⁸, *isso basta para descartar que os embargos do art. 1.102c sejam "contestação". Pois, constituem, nitidamente*

te, forma incidental de desconstituição do provimento inicial e (ou) de reconhecimento da inexistência do crédito - o que, no sistema processual brasileiro, é feito através de nova demanda, geradora de outro processo.

Não obstante as teorias dominantes quanto à natureza dos embargos monitorios, PAULO HOFFMAN³⁹, fugindo ao convencional, entende que *os embargos monitorios não são ação desconstitutiva nem contestação, mas uma medida impugnativa própria e específica do processo monitorio, algo semelhante à figura da objeção de pré-executividade.*

PAULO HOFFMAN⁴⁰ baseia-se, sobretudo, no entendimento de que o mandado monitorio que se constitui em título executivo judicial e, portanto, se os embargos fossem encarados como contestação na forma do processo ordinário, a sentença ao final proferida é que seria o título executivo judicial.

Ao contrário, este mesmo autor entende que se encarados os embargos como ação autônoma desconstitutiva, não haveria justificativa para formação de título executivo judicial com a sua improcedência.

Assim, verificadas as teorias quanto à natureza dos embargos monitorios e as conseqüências de seu oferecimento, resta verificar também as conseqüências do seu *não oferecimento*.

Segundo NELSON NERY JUNIOR⁴¹ o réu, citado, possui duas atitudes a seguir: a) ou cumpre o mandado, pagando a quantia ou entregando a coisa certa ou incerta, ficando isento de custas e honorários (CPC 1102c, §1º) ou, b) opõe embargos ao mandado monitorio.

Ocorre que o réu, citado, pode ainda tomar outra atitude, ou seja, *silenciar*, não pagando portanto a quantia reclamada, não entregando a coisa e também não oferecendo embargos.

A conseqüência de seu silêncio é a constituição de pleno direito do título executivo (CPC 1102c, *fine*), permitindo desde logo, ao credor, o prosseguimento da ação monitoria, agora como ação de execução.

Da mesma forma acontecerá se, opostos embargos, estes não forem conhecidos.

Em regra, quanto à sentença que julga a ação monitoria, tendo ocorrido o efetivo contraditório e possibilitada às partes a produção de todas as provas que entenderam cabíveis, ou seja, efetiva cognição exauriente, que sói acontecer no processo de conhecimento, não há dúvidas que tal decisão dá azo a formação de *título executivo judicial*.

Ocorre que há divisão na doutrina quanto à decisão proferida na ausência de oposição pelo devedor, ou ainda quando rejeitada sem que tenha havido julgamento do mérito propriamente dito.

Para CRUZ E TUCCI⁴², *rejeitados os embargos ao mandado por sentença de mérito, transitada esta em julgado, nenhum questionamento poderá mais ser feito no âmbito de futuros embargos à execução acerca daquilo que foi definitivamente decidido.*

Ao contrário, entende que *a falta de oferecimento dos embargos ao mandado produzirá uma preclusão de menor calibre, visto que a formação do título se deu de modo unilateral, isto é, sem a efetivação do contraditório acerca dos fatos deduzidos na ação monitoria.*

Mais adiante, este mesmo autor, ao tratar da defesa do agora executado através de embargos à execução pelo título formado, sem que tenha havido oposição ao mandado monitorio, esclarece o seguinte:

*“Os embargos (à execução), portanto, quando tenha ficado inerte o demandado no processo da ação monitoria, serão de cognição plenária, segundo o disposto no art. 745 do Código de Processo Civil, podendo o embargante suscitar, “além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”, inclusive e principalmente aquela concernente a fato superveniente, assegurando-se-lhe, destarte, todos os meios regulares de oposição ao processo executivo”.*⁴³

Neste mesmo sentido é o entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“Contudo, na hipótese de não ter havido oposição ao mandado monitorio, tendo decorrido in albis o prazo de 15 dias para contestar, o mandado liminar convola-se em título executivo. Esse título executivo judicial, agora, formou-se fora do contraditório. Hoje a garantia do contraditório não é formal, é uma garantia efetiva e real, que assegura o contraditório efetivo e não apenas a possibilidade de contraditório. Podemos harmonizar tudo isso com a antecipação de cognição, como o mandamento inicial inaudita altera parte, desde que se dê ao executado a possibilidade de embargar com a cognição extensa do art. 745 do Código de Processo Civil. Nesse ponto, a execução

será por título judicial, sem dúvida, mas o âmbito de conhecimento do juiz nos embargos deve ser o mais completo possível para equilibrar a situação que levou à constituição de um título executivo judicial fora do contraditório."⁴⁴

Tais entendimentos são veementemente refutados pelo professor VICENTE GRECO FILHO, ao entender que a sentença que julga em face do silêncio do réu, ou rejeita liminarmente os embargos, está acobertada pela eficácia preclusiva da *res judicata*, *verbis*:

"Há que se observar que o "título judicial", constituído de pleno direito pela não apresentação dos embargos ou sua rejeição, é um título judicial sem sentença que existe nos moldes do processo de conhecimento. Trata-se de título judicial por equiparação e não pela natureza do provimento.

Evidentemente é um título judicial sui generis, porque o título é a resultante do documento + provimento judicial interlocutório + fato da não apresentação ou rejeição dos embargos.

O legislador fez a equiparação para afastar a possibilidade de virem a ser argüidas questões anteriores a ele, ainda que não objeto dos embargos.

Não concordamos, pois, data venia, com José Rogério Cruz e Tucci, que limita a preclusão à matéria efetivamente decidida nos embargos, porque, se assim fosse, o título não seria judicial. Parece-nos que a preclusão é toda a do art. 474, ainda que não tenha havido sentença propriamente dita. O fato de não ter havido contraditório pleno e efetivo não implica no rebaixamento de um título considerado judicial por força de lei a uma categoria inferior (porque atacável com outros fundamentos) ao do título judicial sentencial.

A diferença quanto à impugnabilidade de títulos constituídos em processo com contraditório efe-

tivo ou contraditório ficto é própria dos países que adotam a figura do processo contumacial e não do Brasil, em que, havendo, ou não, o contraditório efetivo, desde que se tenha dado a oportunidade de fazê-lo, o título tem os mesmos motivos de impugnação. Isto é, tenha sido o réu citado por edital e tenha permanecido revel ou tenha ele efetivamente contestado, a sentença terá exatamente os mesmos efeitos e mesmos meios de impugnação. Transportando o paralelo para o procedimento monitorio temos que, tenha ou não havido embargos, tenha ou não o réu argüido toda a matéria possível, rejeitados estes constitui-se o título judicial, que somente poderá ser impugnado nos casos de ação rescisória. Não será, porém, por ação rescisória, que pressupõe sentença de mérito, mas por ação anulatória ou declaratória de nulidade. Contudo, nos casos do art. 485, é óbvio que se o que se pretende atacar é a sentença dos embargos transitada em julgado, o instrumento adequado será mesmo a ação rescisória."⁴⁵

Sem embargo dos doutos entendimentos acima esposados, há que se recordar que o processo aqui tratado em nada se assemelha aos paradigmas existentes, devendo pois existir um meio termo em face da polarização de entendimentos.

Não obstante, cumpre referir que ao aceitar-se a possibilidade do devedor/executado de embargar a execução, usando da faculdade do artigo 745 do CPC, quando não apresentada oposição ao mandado monitorio, ou rejeitados liminarmente, obrigatoriamente deverá reconhecer-se que o documento escrito apresentado pelo autor com a inicial teve suprida a característica de certeza, em decorrência da decisão proferida, que na verdade nada mais fez do que manter a eficácia do mandado inicial, conforme já anteriormente argumentado.

O reconhecimento da certeza do documento, juntamente com a liquidez e a *exigibilidade*, necessárias desde o ajuizamento da demanda, lhe dariam, portanto, a qualidade efetiva de *título executivo extrajudicial*.

3.3 Conclusões Quanto ao Procedimento

GELSON FISCHMANN reconhece o desenvolvimento do processo em duas fases:

"O procedimento monitorio divide-se em duas fases: a primeira que inicia com o ajuizamento da demanda através da petição inicial e finda com o término do prazo para cumprimento do mandado ou apresentação dos embargos. Essa a fase monitoria propriamente dita. O procedimento monitorio de rito especial encerra-se ou com o cumprimento do mandado, ou com a constituição do título executivo se os embargos não forem opostos ou, finalmente, pela interposição dos embargos.

A partir da interposição dos embargos inicia-se a segunda fase, que será então idêntica à ritualidade de qualquer demanda condenatória plenária de procedimento comum. Como é fácil perceber, esta segunda fase pode não existir, pois dependerá de que sejam interpostos embargos."⁴⁶

Reconhecer-se, portanto, comportar o procedimento monitorio duas fases, é reconhecer da mesma forma estar-se diante de um procedimento unitário, embora dividido por duas fases processuais.

Neste sentido, CRUZ E TUCCI⁴⁷ refere GOLDSCHIMIDT, que entende que a conversão em procedimento ordinário que se verifica a partir da resistência do devedor nada mais representa que a continuação do procedimento monitorio.

3.4 Sentença e Recurso

Ao reconhecer-se que o processo monitorio possui duas fases, a exemplo de outros procedimentos especiais, tais como a ação de prestação de contas, estar-se-á diante de mais de uma decisão num mesmo processo, inclusive com a possibilidade de meios de impugnação, destas decisões, diversos.

Embora a terminologia usada no presente tópico seja de sentença, entendemos que o mais apropriado seria utilizar decisão, cujas razões serão devidamente esclarecidas ao final.

3.4.1 Decisão Liminar

Conforme anteriormente esclarecido, especificamente no tópico que diz respeito à natureza jurídica do processo monitorio, o juiz ao receber a inicial irá exercer um juízo de valor, a fim de verificar, dentre os pressupostos da ação, a possibilidade de dar seguimento ao procedimento monitorio, tendo por base os documentos apresentados, expedindo, se for o caso, o mandado monitorio.

Acaso verificado que inexistem condições para ser dado prosseguimento ao feito, o magistrado pode extinguir a ação sem julgamento do mérito, por lhe faltar qualquer das condições, sendo, portanto, tal decisão terminativa do feito, e, sendo assim, atacável através do recurso de apelação.

Ao contrário, ao verificar a possibilidade de dar prosseguimento ao feito, irá determinar, liminarmente, a expedição de mandado monitorio contra o réu.

Há efetivamente conteúdo decisório na expedição deste mandado liminar, porquanto, embora tenha ocorrido uma verificação sumária dos fatos apresentados pelo autor, existe aí uma sentença de caráter mandamental, não obstante parte da doutrina entender que seria decisão com conteúdo e eficácia de natureza condenatória.

O professor CARREIRA ALVIN assim manifesta-se quanto a esta decisão:

*"Dadas as características desse procedimento, o juiz ao reconhecer como hábil a prova exibida pelo autor para instruir a ação monitoria emite decisão que importa no reconhecimento (que pode ou não ser final) da existência do crédito e, portanto, do mérito da pretensão substancial."*⁴⁸

Portanto, tal expedição de mandado liminar, reconhecida como decisão, no entender de CARREIRA ALVIN⁴⁹ tem, sob o aspecto processual, forma de *interlocutória*, e, sob o aspecto substancial, o conteúdo de sentença, tudo dependendo do devedor, pois, caso inexistir oposição por parte deste, deixará de ser liminar para tornar-se definitiva.

Também VICENTE GRECO FILHO⁵⁰ entende ser a decisão que expede o mandado de pagamento ou entrega da coisa, agravável.

Em sentido contrário, entende NELSON NERY JUNIOR⁵¹ que da decisão que defere a expedição do mandado monitorio não caberia qualquer tipo de recurso, pois faltaria interesse recursal do réu, já que sua defesa poderá ser feita através dos embargos.

Saliente-se ainda que se tornando definitiva a decisão liminar, quer pelo silêncio do réu, quer pela rejeição liminar dos embargos, tal decisão, a exemplo da decisão que expede o mandado liminar, tem eficácia de coisa julgada material, convertendo-se o mandado liminar em mandado executivo.

Da mesma forma, desafia tal decisão o recurso de agravo de instrumento, pois também não põe fim ao processo, que agora seguirá como execução.

3.4.2 Decisão nos Embargos Monitórios

Analisada a primeira fase do procedimento monitório e verificadas suas decisões e recursos cabíveis, cumpre passar à análise da sua segunda fase, que conforme anteriormente argumentado, principia com o oferecimento de embargos ao mandado monitório pelo réu.

Primeiramente, cabe analisar a decisão que rejeita os embargos, cumprindo referir o entendimento de J.E CARREIRA ALVIN⁵², para quem *uma vez opostos os embargos, não podem ser liminarmente rejeitados, do mesmo modo como não pode ser rejeitada in limine a defesa (contestação) oferecida na ação ordinária. Salvo, evidentemente, se intempestivos.*

Ousamos discordar do entendimento acima, uma vez que não somente a intempestividade pode ser causa de rejeição dos embargos, citando apenas para exemplificar que a flagrante ilegitimidade de parte também pode ser causa para tanto.

Rejeitados, portanto, os embargos, incidirá a regra do artigo 1.102c, § 3º, do CPC, constituindo-se de pleno direito o título executivo, ou, no entender de alguns, passa a ter plena eficácia o mandado monitório, que estava suspenso pela interposição daqueles.

Para NELSON NERY JUNIOR⁵³, *o ato que indefere liminarmente os embargos não é sentença, porque não encerra nenhum processo, já que os embargos são defesa e não se processam em separado*, porém, tal é uma decisão interlocutória, sujeitando-se ao agravo de instrumento.

Neste sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cumprindo transcrever o seguinte acórdão:

“Processual civil. Ação monitória. Oposição do réu ao mandado de pagamento através de peça designada contestação. Rejeição liminar. Presente acirrada controvérsia da natureza jurídica da oposição do devedor ao mandado de pagamento no monitório, não se considera erro sua de-

signação como contestação, nem é causa de rejeição liminar dos embargos. Recurso cabível. A rejeição dos embargos à ação monitoria deve ser tratada como decisão interlocutória, e de consequência reclama agravo de instrumento, porque nesse caso a extinção da ação não coincide com a extinção do processo (monitorio). Decisão reformada".⁵⁴

Verificada a natureza da decisão que indefere liminarmente os embargos, cumpre verificar a natureza da decisão que os julga.

Para ELAINE HARZHEIM MACEDO:

"A sentença proferida nos embargos e que apreciar a lide de direito material é sentença de mérito, que alcança a res judicata, na sua carga declaratória."⁵⁵

Esta mesma autora verifica as duas situações, inclusive quanto à carga sentencial desta sentença, que podem ser de: a) acolhimento dos embargos e, b) improcedência dos embargos.

Quanto à primeira:

"Assim, se reconhecer à inexistência do crédito alegado pelo autor, quer por fato modificativo, extintivo ou impeditivo demonstrado pelo embargante, tal declaração não poderá mais ser rediscutida em novo processo. Sua eficácia predominante, porém, não é a declaratória, mas sim a constitutiva negativa. A relação de crédito que sustentou a propositura da ação especial passa a ser desconstituída pela sentença de procedência dos embargos".⁵⁶

Quanto à segunda:

"...a sentença de improcedência dos embargos do artigo 1.102c goza de igual eficácia das sentenças condenatórias proferidas no processo de cognição tradicional - declara a existência do crédito, exorta o devedor ao pagamento e constitui título executivo judicial, instrumentalizando o autor da ação

monitória, até então sujeito de uma relação de crédito plausível, mas não certa, mero provável credor, agora transformado em credor exequente, reconhecendo-se, outrossim, a indiscutibilidade de sua eficácia declaratória, qualificada que fica pela coisa julgada."⁵⁷

Em ambos os casos a consequência premente é a extinção da ação com efetivo julgamento de mérito, conforme anteriormente argumentado e, portanto, ambas decisões desafiam o *recurso de apelação*.

Faz-se necessário, a fim de concluir o presente estudo, verificarem-se os efeitos do recurso de apelação interposto da decisão que julga imprecidentes os embargos.

A regra do código processual quanto ao recurso de apelação é o seu recebimento nos efeitos *devolutivo e suspensivo*.

Torna-se interessante verificar se a sentença de improcedência dos embargos ao mandado monitório teria o mesmo condão de possibilitar o seguimento de forma definitiva da execução, a exemplo do que ocorre com o julgamento de improcedência dos embargos do devedor, ou seja, se haveria que se aplicar por analogia à regra do artigo 520, inciso V, do CPC ao procedimento monitório.

A doutrina neste aspecto não é unânime, embora em sua maioria entenda que as exceções previstas no artigo 520 do CPC são taxativas, impossibilitando assim que se aplique por analogia tais regras.

A jurisprudência neste aspecto pende ao encontro da maioria da doutrina, cumprindo transcrever seu entendimento inserto no seguinte acórdão:

*"Agravo de instrumento. Efeitos da apelação interposta contra sentença que desacolhe embargos em ação monitória. Hipótese não elencada no art. 520 do CPC. Recurso provido."*⁵⁸

Tem-se, assim, que a interposição de embargos ao mandado monitório, ou como entendem alguns, apresentação de defesa pelo réu, faz com que a ação monitória tome o rumo de processo de conhecimento, terminando ao final com sentença, quer de procedência ou improcedência da ação, acatando ou rejeitando os embargos/defesa, desafiando o recurso de apelação, sujeito às regras do artigo 520, caput, qual seja seu recebimento no duplo efeito.

4 Considerações Finais

Embora a grande maioria da doutrina tenha recepcionado a ação monitória como um grande benefício ao credor, uma vez sua finalidade de rapidez na elaboração de título executivo, procurando assim fugir ao demorado processo de conhecimento de cognição exauriente, observa-se que no mais das vezes não é o que ocorre.

Institucionalizou-se no país a política do devedor, que encontra guarida, sobretudo, no judiciário, sob o pretexto de tratar-se este mesmo devedor de parte hipossuficiente, em detrimento assim do credor que, mesmo possuindo título executivo, não recupera seu crédito.

Entendemos, assim, que a ação monitória trouxe mínimos benefícios aos credores, uma vez que a regra, assim como ocorre na execução aparelhada por título, é ser embargada, remetendo-se a formação do título ao demorado processo de conhecimento.

Não se conseguiu dar a este instituto a efetividade necessária, bem como, conforme verificado ao longo do trabalho, a doutrina continua apegada em premissas ultrapassadas cujos resultados têm-se mostrado insatisfatórios.

Há efetivamente que se criarem instrumentos processuais que dêem eficácia aos direitos dos detentores de créditos, porém, há também que se afastar dos paradigmas existentes, e porque não ousar na criação de novos institutos, e não simplesmente na utilização de modelos europeus, que embora consagrados em seus países, têm sua aplicabilidade limitada muitas vezes por meras questões culturais.

Notas

- 1 CALAMANDREI, Piero. *Sulla struttura del procedimento monitorio nel diritto italiano*. Studi senesi, 1923. p. 186, e, depois, in *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*. Milano: Unitas, 1926. p. 7.
- 2 SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, p. 685.
- 3 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1996. p.1.282.
- 4 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitória*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, pág. 68.
- 5 *Op. Cit.*, pág. 69.
- 6 MEIRELES, Edilton. *Natureza da Ação Monitória*, in Revista de Processo nº 89/234. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 240.
- 7 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. volume I, Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000, p. 201.
- 8 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Monitória*. In Revista Jurídica Consulex nº 6 ano de 1997, p. 23.

- 9 GRECO FILHO, Vicente. **Considerações sobre a Ação Monitória**. In Revista de Processo nº 80/155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 155.
- 10 *Op. Cit.*, pág. 24.
- 11 ALVIN, J.E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 4ª ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Ed. Del Ray, 1999, pág. 405.
- 12 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume I, 5ª edição, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 121e 125.
- 13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 332.
- 14 *Op. Cit.*, pág. 69.
- 15 MACEDO, Elaine Harzhein. **Da Ação Monitória**, in Inovações do Código de Processo Civil. 2ª tiragem - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág. 235/236.
- 16 *Op. Cit.*, pág. 1.282.
- 17 *Op. Cit.*, pág. 156.
- 18 Apelação cível nº 70004785309, nona câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Rejane Maria Dias De Castro Bins, Julgado em 20/11/02.
- 19 Apelação cível nº 70002209930, décima oitava câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/03/01.
- 20 Apelação cível nº 70000477281, décima quinta câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vicente Barrôco De Vasconcellos, Julgado em 09/02/00.
- 21 *Op. Cit.*, pág. 72.
- 22 *Op. Cit.*, pág. 384.
- 23 *Idem*, pág. 72.
- 24 *Op. Cit.*, pág. 434/435.
- 25 Agravo de Instrumento nº 70004620282, segunda câmara especial cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. , julgado em 14/11/02.
- 26 Agravo de Instrumento nº 198702342, sexta câmara cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Des. Ilton Carlos Dellandrea, julgado em 02/04/98.
- 27 *Op. Cit.*, pág. 422.
- 28 *Op. Cit.*, pág. 69.
- 29 *Op. Cit.*, pág. 1.282.
- 30 *Op. Cit.*, pág. 241/242.
- 31 *Op. Cit.*, pág. 157.
- 32 *Idem*, pág. 157.
- 33 *Op. Cit.*, pág. 1.285.
- 34 ALVIN, J.E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 4ª ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Ed. Del Ray, 1999, pág. 415.
- 35 TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória: a ação monitoria - Lei 9.079/95**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, pag. 146.
- 36 *Idem*, págs. 150 e 151.
- 37 *Idem*, pág. 154.
- 38 *Ibidem*.
- 39 HOFFMAN, Paulo. **Monitória Efetiva ou Cobrança Especial?** - Uma proposta para que o processo monitorio atinja seus objetivos. in Revista de Processo nº 117/176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, págs. 185 e 186.
- 40 *Idem*, pág. 186.
- 41 *Idem*, pág. 1.284
- 42 *Op. Cit.*, pág. 94/95.

- 43 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. Cit.* pág. 96.
- 44 *Op. Cit.*, pág.
- 45 *Op. Cit.*, pág.
- 46 *Op. Cit.*, pág. 361.
- 47 *Op. Cit.*, pág. 58.
- 48 *Op. Cit.*, pág. 415.
- 49 *Idem*, pág. 415.
- 50 *Op. Cit.*, pág. 157.
- 52 *Op. Cit.*, pág. 1.284.
- 52 *Op. Cit.*, pág. 429.
- 53 *Op. Cit.*, pág. 1.285.
- 54 Agravo de Instrumento nº 598151694, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Mara Larsen Chechi, Julgado em 08/09/98.
- 55 *Op. Cit.*, pág. 246.
- 56 *Ibidem*, pág. 246.
- 57 *Op. Cit.*, pág. 247.
- 58 Agravo de Instrumento nº 599423944, Segunda Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Orlando Heemann Júnior, Julgado em 06/10/99.

Referências

- ALVIN, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 4ª ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Ed. Del Ray, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Sulla struttura del procedimento monitorio nel diritto italiano**. Studi senesi, 1923.
- _____. **Il procedimento monitorio nella legislazione italiana**. Milano: Unitas, 1926.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. volume I, Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitoria**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 14: Dos Procedimentos Especiais, arts. 982 a 1.102c. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Monitoria**. In Revista Jurídica Consulex nº 6; ano de 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Considerações sobre a Ação Monitoria**. in Revista de Processo nº 80/155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HOFFMAN, Paulo. **Monitoria Efetiva ou Cobrança Especial?** - Uma proposta para que o processo monitorio atinja seus objetivos. In Revista de Processo nº 117/176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MACEDO, Elaine Harzhein. **Da Ação Monitoria**, in Inovações do Código de Processo Civil. 2ª tiragem - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MEIRELES, Edilton. **Natureza da Ação Monitoria**, in Revista de Processo nº 89/234. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1996.
- SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume I, 5ª edição, São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória: a ação monitória - Lei 9.079/95**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.