

ACÇÃO MONITÓRIA

Milton Flaks

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

Introdução: origem remota e filiação atual - Natureza jurídica e suas conseqüências - Condições de admissibilidade - Estrutura procedimental - Utilização contra a Fazenda Pública: peculiaridades.

INTRODUÇÃO

1. Com a promulgação da Lei nº 9.079, de 14.07.95, instituindo a **ação monitória**, completa-se mais uma etapa da denominada "Reforma Processual": um conjunto de onze projetos elaborados por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, dos quais oito já convertidos em lei, destinados a aperfeiçoar e modernizar o processo civil brasileiro, mas sem romper com a estrutura básica e as concepções doutrinárias do Código de 1973.

2. Vigente a partir de 15.09.95 (sessenta dias após a publicação da lei no DOU de 17.07.95), a ação monitória visaria à agilizar a entrega da prestação jurisdicional, a exemplo de outras recentes inovações, como a generalização da tutela satisfativa antecipada e a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais (Leis nºs 8.952 e 8.953, ambas de 13.12.94).

3. Lamentavelmente, como adiante se expõe (*infra*, nºs 9 e 10), o legislador não extraiu da ação monitória toda a sua potencialidade. Além disso, foi extremamente sintético ao disciplinar o novo instrumento, deixando à construção doutrinária suprir lacunas e omissões. Comprova a experiência que tal técnica geralmente provoca soluções conflitantes, exigindo anos até que a jurisprudência se pacifique em favor desta ou daquela tese.

4. Alguns autores identificam o procedimento monitório na vetusta ação decendária ou de "assinção de dez dias" do direito lusitano. Possivelmente instituída pelas Ordenações Manuelinas (Liv. 3, Tit. 66), foi mantida em nosso ordenamento jurídico pelas sucessivas codificações, desaparecendo com o Código unitário de 1939¹. É que, incluídos entre os títulos executivos extrajudiciais muitos dos que autorizavam o emprego da ação decendária, o legislador da época entendeu dispensável preservá-la.

5. Nos dias atuais, entretanto, a ação monitória se filia à **injunção documental** do moderno direito europeu, mais precisamente ao

"procedimento d'ingiunzione" do Código italiano (o art. 1.102a reproduz, em substância, o art. 633 do **Codice di Procedura Civile**). É na doutrina peninsular, portanto, que se devem buscar subsídios para a melhor compreensão do instituto, mas sempre com a cautela de adaptá-la às peculiaridades do direito positivo pátrio.

NATUREZA JURÍDICA

6. Na injunção documental, adotada pelo nosso legislador, parte-se do pressuposto, em face da prova produzida pelo autor, de que o réu não tem condições de contestar a obrigação; não a cumpre porque não quer ou não pode². Nesse caso, a hipótese não seria de pretensão resistida (fundamento do processo de cognição), mas de pretensão insatisfeita (fundamento do processo de execução).

Verdadeiro o pressuposto, tornar-se-ia dispensável um processo cognitivo completo. Daí iniciar-se o procedimento monitório (CPC, art. 1.102b), não com a citação do réu para oferecer defesa mas com um mandado para que cumpra a obrigação (**mandatum de solvendo**)³. Descumprida, a decisão que declarar o decurso *in albis* do prazo para opor embargos, ou rejeitá-los, converte o mandado originalmente expedido em mandado executivo (CPC, 1.102c, **caput** e § 3º).

Admite a lei que o réu se defenda por meio de embargos porque não poderia desprezar a hipótese contrária, isto é, a de possuir motivos para resistir à pretensão do autor. Como a presunção de certeza que resulta da prova produzida pelo autor é menor do que aquela que se atribui a um título executivo extrajudicial, permite que o réu oponha toda a defesa que tiver sem prévia segurança do juízo.

7. Como se verifica, o procedimento monitório aproxima-se do processo de execução: a) pela expedição inicial do **mandatum de solvendo**; b) pela desnecessidade de estabelecer uma nova relação processual (a relação executória), visto que, convertido o primeiro mandado em mandado executivo, os atos subseqüentes, destinados à satisfação do credor, independem de nova citação do devedor. Dele se afasta, contudo, porque os bens do devedor não ficam sujeitos, desde logo, à constrição judicial.

8. Costuma-se dizer que a ação monitória ou injuncional seria um **tertium genus**, intermediário entre o processo de cognição e o de execução⁴. Não obstante, em nosso Código e no Código italiano figura entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

É, portanto, um procedimento cognitivo (ou predominantemente cognitivo), não só por opção do legislador, mas também porque o título

executivo só se forma no decorrer do seu curso, como está expresso no art. 1.102c, **caput** e parágrafo 3º. Este dispositivo afasta a possibilidade de subsunção dos embargos do réu, necessariamente anteriores à formação do título executivo, aos embargos opostos à execução.

9. De sua natureza cognitiva, e não executória, podem-se extrair as seguintes conseqüências práticas: 1ª) cabe a citação postal; 2ª) comporta reconvenção; 3ª) a apelação da sentença deverá ser recebida no seu duplo efeito, suspensivo e devolutivo, em face da inexistência de regra em contrário (CPC, art. 520).

Essa possibilidade - a apelação no seu duplo efeito - , por falta de previsão do legislador, tende a esvaziar a ação monitória, transformando-a em procedimento comum, qualificado semente pelo **mandatum de solvendo** e pela dispensa de nova citação para a execução.

Poderia, quando menos, admitir a execução provisória, a exemplo do Código italiano e como previa o anteprojeto elaborado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, pioneiro e ardoroso defensor da introdução desse instituto em nosso ordenamento jurídico⁵.

10. O correto implicaria em o legislador ir mais longe estatuidando que eventual apelação seria recebida apenas no efeito devolutivo e não impediria o prosseguimento da execução em caráter definitivo. É certo que estaria inovando (e até cometendo uma heresia sob a óptica de processualistas mais acadêmicos), ao admitir a execução definitiva de sentença, não transitada em julgado, proferida em processo de conhecimento; mas já se disse que o direito positivo não se subordina a nenhum esquema teórico e sim às conveniências da sociedade em que atua.

Pacificou-se a jurisprudência no sentido de considerar definitiva a execução por título executivo extrajudicial: cessado o efeito suspensivo dos embargos, prossegue normalmente, sem restrições, ainda que pendente recurso contra a sentença que os julgou improcedentes⁶.

Vulnera a lógica que um documento particular assinado pelo devedor, reconhecendo uma obrigação, só porque subscrito por duas testemunhas (título executivo extrajudicial), tenha mais valor do que idêntico documento, sem testemunhas (hábil para instruir a ação monitória), mas que passou previamente pelo crivo do contraditório e do juiz.

O Código português (art. 46), nesse ponto, é mais liberal do que o nosso, uma vez que considera títulos executivos extrajudiciais simples "... vales... ou quaisquer outros escritos particulares, assinados pelo devedor, dos quais conste obrigação de pagamento de quantia determinada ou de entrega de coisas fungíveis"⁷.

CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

11. A ação monitória tem como objeto conseguir um título executivo judicial com base em documento ou conjunto de documentos desprovidos de eficácia executiva, por não reunirem os requisitos dos arts. 584 e 585 do CPC.

12. Pressupõe: a) uma obrigação de pagar soma em dinheiro, de entregar coisa certa móvel ou de entregar coisa incerta, mas determinada pelo seu gênero e quantidade (bens fungíveis); b) prova escrita e pré-constituída dessa obrigação (art. 1.102a). Ficaram excluídas do âmbito da ação monitória quaisquer outras obrigações: fazer ou não fazer, entregar bem imóvel.

13. Como o título executivo tende a se constituir de pleno direito, inexistindo espaço para a dilação probatória, salvo se opostos embargos, é necessário que a obrigação apresente-se **certa, líquida e exigível**, de modo a atender ao disposto no art. 586 do CPC.

Indispensável, assim, que o autor comprove ao ajuizar o seu pedido: a) quem deve e porquê deve (**an debeatur**) ; b) quanto deve ou o que deve (**quantum debeatur**); c) inexistência de termo ou condição (**quando debeatur**)⁸.

Deve-se admitir o exercício da ação monitória, também, se o autor puder comprovar, igualmente de plano, que ocorreu o termo ou se verificou a condição, mediante aplicação analógica do art. 614, nº III, do CPC⁹.

14. É possível a cumulação de pedidos, desde que compatíveis com o procedimento: **v.g.**, obrigação de entregar coisa móvel e de pagar quantia certa, esta resultante de multa prefixada pelo inadimplemento. Não caberia a cumulação, todavia, se o autor postulasse a entrega do bem e uma indenização pelo atraso, a ser apurada em liquidação de sentença (CPC, art. 292, nº III).

15. Prova escrita, em princípio, é qualquer documento que os arts. 364 e seguintes do CPC admitem como hábil para provar no procedimento comum, mas certas exigências do Código devem ser temperadas de modo a adaptá-las aos tempos modernos, em que se generalizou o emprego de computadores e da correspondência eletrônica.

Deve-se admitir como prova, por exemplo, a correspondência trocada entre as partes por telex (sem assinaturas) ou extratos bancários (produzidos pelo credor), quando se tratar de instituições financeiras e vierem acompanhados do contrato de abertura de crédito.

Convém observar que a lei não exige prova **inequívoca**, como impõe quando cuida da tutela satisfativa antecipada, mas sim prova adequada ao

convencimento do juiz, **prima facie**, convencimento esse que simplesmente confirmará se não forem opostos embargos ou se estes se mostrarem destituídos de fundamento.

ESTRUTURA PROCEDIMENTAL

16. No ordenamento italiano, o **mandatum de solvendo** é autorizado mediante despacho (**decreto**) do juiz, obrigatoriamente motivado, uma exceção à regra de que o **decreto** dispensa motivação. Consoante construção doutrinária, esse **decreto** equivale a uma sentença condenatória sob reserva de defesa. Desse modo, se a defesa não é apresentada ou vem a ser repelida, o **decreto** se reveste da autoridade de coisa julgada, só podendo ser desconstituído por ação rescisória (**revocazione**)

Em caso de inércia do réu, não há necessidade de sentença, bastando uma simples declaração do juiz de que decorreu **in albis** o prazo para a defesa, declaração esta que confere eficácia executiva ao mandado originalmente expedido.

O réu pode se defender por meio de embargos (**opposizione**), visando a desconstituir total ou parcialmente o **decreto**. A sentença que os rejeita, não tem eficácia executiva própria, mas a transmite ao **mandatum de solvendo**; a que os acolhe, anula ou limita os efeitos deste último¹⁰.

17. A desnecessariamente complexa construção do direito italiano (aliada a outras particularidades que tornam a injunção menos efetiva do que poderia ser) não passou incólume pela censura doutrinária: CHIOVENDA reclama contra o seu "hibridismo, como consequência da penúria de noções históricas e confusão com institutos do processo ordinário"; CARNELUTTI a considera, "ilógica e barroca"¹¹.

É possível que o nosso legislador estivesse com a mente voltada para o direito italiano ao dispor que "constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial", se não opostos embargos ou se estes forem rejeitados (arts. 1.102c, **caput** e § 3º). Nele, com efeito, o título é a decisão motivada que ordena seja expedido o mandado injuncional.

O legislador pátrio, no entanto, não determinou que o juiz motive o despacho que ordena a citação, nem indicou que documento existente no processo se transformaria, **pleno iure**, em título executivo judicial (no contexto e segundo o AURÉLIO, título significa "documento que autentica um direito"). É difícil conceber-se como tal um simples despacho de impulso ("cite-se"), o próprio **mandatum de solvendo** ou a prova produzida pelo autor.

Por outro lado, se o título ainda não se constituiu, nem sequer provisoriamente, nada justifica que se dê à defesa do réu o nome de "embargos" (a **opposizione** do direito italiano), adequado só se objetivassem desconstituir um título preexistente.

18. Diante da omissão do legislador, o texto legal autoriza construção mais simples e compatível com a natureza cognitiva da ação monitória: os embargos do réu devem ser tratados como **resposta** (CPC, arts. 297 e seguintes); o juiz profere **sentença condenatória**, que consubstanciará o título executivo judicial, se não oposta defesa ou se esta se revelar infundada.

Da intimação da sentença contar-se-á o prazo para a apelação e do seu trânsito em julgado o prazo para eventual ação rescisória.

19. Se o pedido não se adaptar ao procedimento ou se a prova for considerada insuficiente (**non liquet**), o juiz poderá determinar ao autor que complete a prova ou emende a petição inicial, optando pelo procedimento adequado, sob pena de seu indeferimento (CPC, arts. 284 e 295, nº V). Consumado este, se houver inconformismo, o autor não fica impedido, obviamente, de reproduzir a demanda sob o rito comum, uma vez que a extinção do processo dar-se-á sem julgamento do mérito.

Expedido o **mandatum de solvendo** e opostos embargos, a ação prosseguirá sob o rito ordinário (CPC, art. 1.102c, § 3º), assegurada ao réu a mais ampla defesa e a ambas as partes a utilização de todos os meios de prova permitidos. Nesta hipótese, ressalvada a extinção anormal do processo, a sentença acolherá ou rejeitará a defesa (**rectius**: julgará o pedido procedente ou improcedente, se aceita a construção proposta neste texto); ou seja, declarará a existência ou inexistência da obrigação, produzindo coisa julgada material. Só se abre ao juiz a oportunidade de pronunciar o **non liquet** ao despachar a petição inicial.

20. O réu dispõe do prazo de quinze dias: a) para cumprir a obrigação, caso em que, para estimulá-lo a não opor resistência injustificada, a lei o dispensa do pagamento das custas e honorários advocatícios (CPC, art. 1.102c, § 1º); b) ou oferecer embargos, que suspendem a eficácia do **mandatum de solvendo**, independentemente de prévia segurança do juízo, a serem processados nos próprios autos, obedecido o rito ordinário (CPC, art. 1.102c, **caput** e § 2º).

Decorrido **in albis** o prazo para embargos ou rejeitados estes, a decisão que converte o **mandatum de solvendo** em mandado executivo cobre todas as questões deduzidas ou que poderiam mas não foram deduzidas (ilegitimidade, pagamento, prescrição, compensação, etc.), só podendo ser desconstituída mediante ação rescisória¹².

21. Tornando-se exeqüível o **mandatum de solvendo** (em caráter definitivo ou provisório), procede-se de acordo com as disposições do CPC que disciplinam a execução para entrega de coisa ou a execução por quantia certa contra devedor solvente, conforme o caso, dispensada nova citação (CPC, art. 1.102c, caput e § 3º).

Garantido o juízo pela penhora ou pela apreensão dos bens, abre-se ao devedor, como em qualquer outro processo originariamente cognitivo, uma segunda oportunidade de defesa: os embargos à execução por título executivo judicial previstos no art. 741 do CPC¹³. Convém lembrar, porém, que abstraída a hipótese prevista no seu inciso I, todas as demais elencadas pressupõem eventos supervenientes à sentença.

22. Se houve embargos, a lei manda intimar (e não citar) o devedor, antes dos atos materiais constitutivos (CPC, art. 1.102c, § 3º). Supondo que se defendeu convencido da inexistência total ou parcial da obrigação parece que não quis surpreendê-lo. A intimação, portanto, destina-se a permitir que, no prazo de vinte e quatro horas, pague ou nomeie bens à penhora, ou que, no prazo de dez dias, entregue os bens ou os deposite (CPC, arts. 621 e 652).

Não esclarece a lei se a intimação deve ser pessoal ou pode ser feita na pessoa do seu advogado. Considerando-se que o advogado tomou ciência da sentença que rejeitou os embargos, intimá-lo novamente para a finalidade acima indicada seria um desnecessário **bis in idem**. É de se entender, assim, que a intimação para adimplir a obrigação ou garantir o juízo deve ser feita diretamente ao devedor.

Igual oportunidade não é aberta ao réu que não embargou, como resulta do confronto entre o **caput** do art. 1.102c e o seu parágrafo terceiro. Deve-se admitir, entretanto, que no prazo de quinze dias de que dispõe, possa nomear bens à penhora, se não puder pagar; ou depositar os bens reclamados, se houver recusa do autor em recebê-los ou razões para supor que não os receberá.

FAZENDA PÚBLICA

23. É difícil conceber a Fazenda Pública utilizando-se da ação monitoria para receber soma em dinheiro. Se o crédito, tributário ou não tributário, é certo, líquido e exigível, a hipótese é de sua inscrição como dívida ativa e de execução fiscal. Pode dela utilizar-se, porém, para obter a entrega de bens, quando não for possível aplicar o princípio da auto-executoriedade dos atos administrativos.

24. Contra a Fazenda Pública inexistente qualquer impedimento ao emprego da ação monitoria. Só que, tratando-se de quantia certa, o **mandatum de solvendo** será expedido para que oponha embargos no prazo legal, sob pena de expedição do precatório, mediante aplicação analógica do art. 730 do CPC.

Em relação à Fazenda Pública, cabem, ainda, as seguintes observações:

a) como os embargos, no procedimento monitorio, equivalem à resposta do réu (e não a uma ação autônoma do devedor para desconstituir o título executivo), o prazo para embargar será de sessenta dias, consoante o art. 188 do CPC;

b) a sentença, quando proferida contra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (mas não contra as suas autarquias e fundações autárquicas), sujeita-se ao duplo grau de jurisdição previsto no art. 475 do CPC, para adquirir eficácia¹⁴.

NOTAS

1. Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "O procedimento monitorio e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro", *Revista Forense* 271/77.

2. Cf. **Exposição de motivos**, item 7.

3. Existem duas espécies de procedimento monitorio ou injuncional - **puro e documental** -, ambas baseadas no mesmo pressuposto: o de que o réu não val resistir à pretensão do autor. A Injunção pura dispensa qualquer prova, mas a simples oposição do réu, independentemente de motivo ou comprovação, paralisa o procedimento e remete as partes às vias ordinárias. A injunção documental exige prova pré-constituída e obriga o réu a opor defesa fundamentada, hipótese em que se instaura, desde logo, uma relação processual litigiosa. O direito alemão e o austríaco admitem as duas espécies; o italiano, só a injunção documental (cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, RF 271/75). Recentemente, o direito português aderiu à injunção pura (V. nota 6).

4. Cf. CARNELUTTI, *Instituciones Del Proceso Civil*, trad. arg., Buenos Aires, 1973, v. I, nº 40; LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. arg., Buenos Aires, 1980, nº 85.

5. *Ob. cit.*, RF 271/78 e 79.

6. Cf. THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual*, 26ª ed., Saraiva, 1995, nota 6 ao art. 587, em que coleciona os mais recentes arestos do Superior Tribunal de Justiça.

7. Deve-se a tal liberalidade, provavelmente, o fato de o moderno direito português haver aderido, pelo Decreto-lei nº 404, de 10.12.93, apenas à **injunção pura**, autorizada quando se tratar de obrigações pecuniárias de pequeno valor (metade do valor da alçada do tribunal de 1ª instância). O requerimento é feito diretamente ao secretário do tribunal e dispensa documentos comprobatórios. Não havendo oposição, o secretário apõe a fórmula executória no próprio requerimento. Se houver oposição do devedor, o processo é encaminhado ao juiz competente, passando-se a observar o procedimento sumaríssimo.

8. Cf. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. com notas de Liebman, 3ª ed., Saraiva, 1969, v. I, nº 78, p. 262; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, RF 271/76.
9. O art. 633 do Código italiano prevê expressamente a possibilidade.
10. Cf. CHIOVENDA, *ob. cit.*, nº 78; LIEBMAN, *ob. cit.*, nº 85.
11. Cf. CHIOVENDA, *ob. cit.*, nº 85, p. 261; CARNELUTTI, *ob. cit.*, v. III, no 864, p. 202.
12. Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, RF 271/74.
13. Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *ob. cit.*, RF 271/74.
14. STF, Súmula nº 620; TFR, Súmula nº 34.