

ANDERSON DANIEL MOSER

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Luiz Guilherme Marinoni.

Co-orientador: Sérgio Cruz Arenhart.

CURITIBA

2004

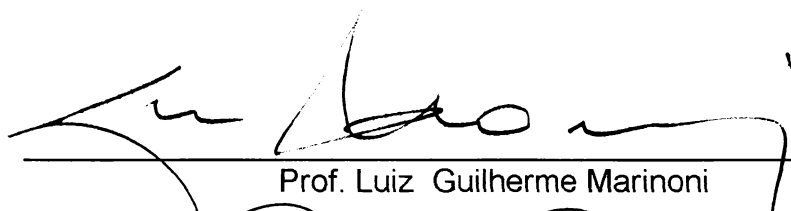
Para minha família:
Pai, Mãe e Fafa.
Uma bela união, que
proporcionou serenidade e incentivo
durante a minha caminhada,
que apenas começou!

TERMO DE APROVAÇÃO

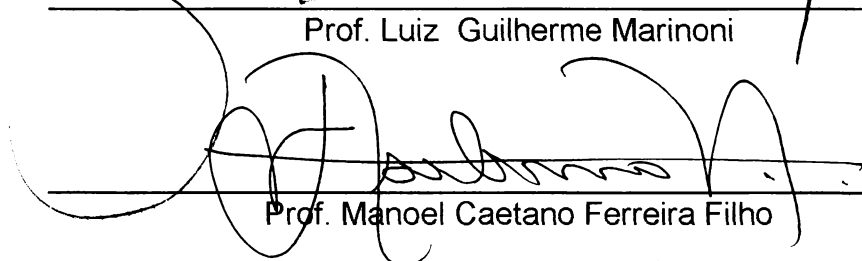
ANDERSON DANIEL MOSER

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

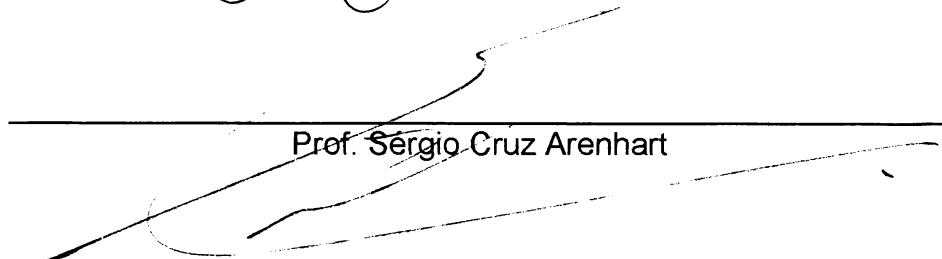
Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em direito, do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, para a seguinte banca examinadora:



Prof. Luiz Guilherme Marinoni



Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho



Prof. Sérgio Cruz Arenhart

Curitiba, 09 de novembro de 2004.

Agradecimento especial a minha irmã, Fabiana Moser, que divide residência comigo na capital paranaense, que por diversas vezes irritou-se com os intermitentes golpes no teclado do computador, torcendo fervorosamente para a conclusão desta monografia.

*Agradecimento aos meus professores orientadores, **Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart**, que sempre me atenderam sem embargos e, desde o início, apoiaram a escolha do tema.*

A todos, minha gratidão.

“O Direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.
(Rudolf von Ihering, A Luta pelo Direito).

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	
1.1 Tutela Monitória. A distância entre a teoria e a prática.....	01
1.2 A necessidade de uma tempestiva prestação da tutela jurisdicional.....	01
1.3 Tempestividade da prestação da tutela e função social do processo.....	03
1.4 O direito à adequada tutela jurisdicional como fundamento constitucional à antecipação dos efeitos da tutela no processo civil brasileiro. (CF/88, art. 5º, XXV).....	04
1.5 Instrumentalidade do processo.....	05
2. AÇÃO MONITÓRIA, BREVE NOÇÃO HISTÓRICA E O PROCEDIMENTI DI INGIUNZIONE DO DIREITO PROCESSUAL ITALIANO	
2.1 Origem histórica.....	07
2.1.1 O <i>mandatum de solvendo cum clausula iustificativa</i> do Direito Medieval Italiano.....	07
2.1.2 A Ação Decendiária do Direito Português.....	08
2.1.3 Ação Decendiária no Direito Brasileiro.....	09
2.2 O <i>procedimento di ingiunzione</i> do Direito Processual Italiano como referência à atual disciplina da ação monitoria brasileira.....	09
3. REGIME JURÍDICO DA AÇÃO MONITÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	
3.1 Função da ação monitoria.....	11
3.2 A prova escrita como requisito à tutela monitoria. Crítica à teoria do título monitorio.....	12
3.3 Cognição e processo.....	14
3.3.1 Cognição no processo civil.....	14
3.3.2 Cognição na ação monitoria.....	16
3.4 Coisa julgada material e o mandado monitorio não embargado.....	18
3.5 Conjugação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente " <i>secundum eventum defensionis</i> ".....	19
3.6 Embargos ao mandado.....	21
4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	
4.1 Tutela provisória.....	25
4.2 A tutela antecipada no código de processo civil brasileiro.....	26
4.2.1 A antecipação da tutela nas ações condenatórias, declaratórias, constitutivas, mandamentais e executivas <i>lato sensu</i>	26
4.2.2 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação.....	28
4.2.3 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação.....	29
4.2.4 Abuso de direito ou manifesto proposto protelatório do réu.....	30
4.2.5 Antecipação dos efeitos da parte incontroversa da demanda ou da demanda não contestada.....	31
4.2.6 A antecipação da tutela e a irreversibilidade fática e jurídica do pedido.....	32
4.2.7 A efetivação da tutela antecipada.....	35
4.2.7.1. A execução provisória no Código de Processo Civil.....	35
4.2.7.2. A efetivação da antecipação da tutela através do art. 588, do CPC.....	36
4.2.7.3 A antecipação da tutela nos casos de pagamento de soma em dinheiro..	37
4.2.7.4 A antecipação da tutela nos casos entrega de coisa fungível ou de	

determinado bem móvel. (Art. 1.102a, <i>caput</i> , parte final, do CPC).....	39
5. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NA AÇÃO MONITÓRIA.	
5.1 Aplicação do art. 273, do CPC, nos procedimentos especiais do Livro IV, do Código de Processo Civil.....	40
5.2 Bases para a aplicação do art. 273, do CPC, na ação monitória.....	41
5.3 A antecipação dos efeitos da tutela na ação monitória com base no inc. II, do art. 273, do CPC.....	43
5.4 Antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda ou da demanda não contestada.....	43
5.5 A antecipação dos efeitos da tutela na ação monitória com base no inc. I, do art. 273, do CPC.....	44
5.5.1 O momento da antecipação e a sua satisfatividade.....	44
5.5.2 O mandado monitório qualificado no caso de antecipação liminar da tutela na ação monitória fundada no <i>periculum in mora</i>	45
6. O PROBLEMA DA (IN)VOLUNTARIEDADE DO CUMPRIMENTO DA ORDEM ANTECIPATÓRIA E A INEFICÁCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA SATISFAÇÃO DO DIREITO PLEITEADO.	
6.1 Ineficácia da tutela condenatória para satisfação antecipada do direito.....	46
6.2 A tutela mandamental como solução à efetividade da tutela condenatória de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.....	48
7. SOLUÇÕES PARA UMA MELHOR APLICAÇÃO DA TUTELA MONITÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	49
CONCLUSÕES	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

RESUMO

A ação monitória, introduzida pela lei 9.079/95, tem como intuito conceber uma maior efetividade no pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, baseada em prova escrita sem eficácia de título executivo. Trata-se de ação condenatória, onde o devedor não é intimado para defender-se, mas sim, para satisfazer o direito do credor, sob pena de formação de título executivo e o ingresso na via executiva.

Percebe-se, portanto, a nítida intenção do legislador em buscar soluções para a morosidade da justiça, todavia, a ação monitória “brasileira” permite a apresentação dos embargos, suspendendo a imediata formação do título executivo, e pior, volta-se ao procedimento ordinário, esvaindo completamente a índole monitória e eliminando a satisfação do direito do cidadão, acarretando uma demora para a obtenção do bem da vida levado à tutela do poder judiciário. Carreira Alvim, ao comentar sobre a efetividade da tutela monitória menciona que o Código de Processo Civil brasileiro, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, não adotou mecanismo capaz de garantir a eficácia imediata do mandado monitório, admitindo, por exemplo, poder o juiz de pronto declará-lo provisoriamente executivo, mesmo antes de eventual oposição de embargos ou depois dela (como na Itália), ou proceder a uma condenação com reserva (como na Alemanha).¹

De outro lado, a primeira etapa da reforma do CPC também trouxe a possibilidade da antecipação da tutela (Art. 273 e §§, e art. 461 e §§, do CPC), deflagrando claramente a intenção do legislador em distribuir o ônus do tempo do processo, bem como, permitindo para o autor antecipar efeitos da tutela condenatória ou constitutiva, e ao réu, a antecipação dos efeitos declaratórios negativos do direito do autor.

Diante desta nova perspectiva processual, a monografia estuda a possibilidade (ou não) de se antecipar os efeitos do pedido na ação monitória, antes ou após a apresentação dos embargos. E com base nesta premissa – ação monitória e tutela antecipada -, concluir-se-á respondendo sobre o modo de

cognição específica desta ação e sua compatibilidade com o art. 273, do CPC, os prováveis requisitos para a antecipação da tutela e a possibilidade ou não da aplicação da execução provisória.

¹ Carreira Alvim, J. E. *in* Revista do Conselho da Justiça Federal, n.º 17, p. 95-104.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

1.1 Tutela Monitória. A distância entre a teoria e a prática.

Dentro do ambiente acadêmico, a tutela monitoria representa a vanguarda do moderno processo civil, no momento em que possibilita ao jurisdicionado um rápido alcance à fase executiva, isto é, à realização concreta do bem da vida levado ao Poder Judiciário.

Entretanto, a prática forense delineou uma outra imagem. A ação monitoria, introduzida no processo civil brasileiro através da Lei 9.079/95, adquiriu contornos problemáticos e uma margem mínima da efetividade jurisdicional.

Nos capítulos seguintes adentrar-se-á nas causas desta discrepância e buscar-se-á, amparado na doutrina e no direito comparado, apontar possíveis soluções para que a tutela monitoria seja efetiva. Para tanto, adianta-se: a antecipação dos efeitos da tutela é instituto chave, no qual é possível conjugar prestação adequada com tempestividade jurisdicional, combinação pouco vivenciada na atual aplicação da tutela monitoria em nosso país.

Por questão meramente didática e estrutural, tratar-se-á primeiramente da ação monitoria, para só após adentrar-se no estudo da tutela antecipada. Esta inversão tem o intuito de proporcionar o estudo da antecipação dos efeitos da tutela na ação monitoria já com as bases doutrinárias sobre a tutela monitoria elucidadas. É inviável falar-se em tutela antecipada sem antes analisar a natureza jurídica do mandado monitorio e as suas conseqüências.

1.2 A necessidade de uma tempestiva prestação da tutela jurisdicional.

O tempo no processo é primordial, ou melhor, em muitos casos, é mais importante que a própria tutela definitiva do direito. Cabe então, ao operador do direito adequá-lo à realidade e aos problemas sociais. Muito se afirma que a morosidade da justiça tem como motivo a inadequação das leis, ou seja, tratam-na como questão legislativa. Há apenas razão parcial neste discurso, e mais, ousa-se afirmar que é possível uma melhor tutela apenas aplicando de forma

mais intensiva e racional os institutos já existentes. Neste aspecto, valiosa a lição de Donaldo Armelin:

“a morosidade da prestação jurisdicional sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores. A bula Clementina Saepe demonstra que há séculos, tal problema afligia a todos, tal como ocorre na atualidade. Todavia, não será ele resolvido apenas através de leis, devendo mesmo se arredar tal enfoque que constitui marca de subdesenvolvimento, o de se pensar que problemas marcadamente econômicos possam ter soluções meramente legislativas”.¹

Desta feita, muito há de ser estudado no sentido de adequar a tutela jurisdicional dentro de um tempo tolerável e aceitável. Tal desiderato constitui o respeito ao devido processo legal, insculpido na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV², princípio que assegura um processo e uma decisão justa. Não obstante a diretriz constitucional, a demora da prestação jurisdicional possui efeitos sociais negativos, no momento em que fomenta à população a idéia de uma Poder Judiciário ineficaz. A perda da celeridade acaba por descaracterizar a própria função de pacificação social do Poder Judiciário. Isto porque, como dizem os processualistas, para determinadas pretensões tanto vale tutelar tardiamente quanto não tutelar³. Luiz Guilherme Marinoni aborda a questão com presteza:

“Não são raras as vezes que o cidadão comum se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário por conhecer sua lentidão. Por igual, e este ponto também tem importância fundamental, não são poucas as vezes que o cidadão deixa de recorrer à Justiça por conhecer os males (angústias e sofrimentos psicológicos) provocados pela morosidade da litispendência”⁴

Vislumbra-se, desta maneira, que o processo deve medir segurança e tempo. A cognição exauriente implica, em regra, uma margem temporal maior, de outro lado, a demora pode ocasionar danos irreparáveis. A cognição sumária

¹ ARMELIN, Donaldo. *Acesso à justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 31, p. 172/173.

² Art. 5º. Inciso LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³ DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa na demanda no direito processual civil brasileiro*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998. p. 2.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*, tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992. p. 40.

conduz a decisões mais céleres, porém, com menor conhecimento da verdade, e ato contínuo, com uma segurança jurídica menor.

Deve-se compatibilizar tempo e segurança, respeitado o princípio do devido processo legal e seus corolários. Neste aspecto, pertinente a menção do princípio da proporcionalidade, que possibilita ao operador ponderar as situações. Muitas vezes, a tempestiva e provisória tutela pode ser mais útil do que a longa cognição exauriente. “Em suma, quando dois direitos colidem, deve ser preservado, em face do caso concreto, o bem considerado juridicamente superior em detrimento do bem considerado juridicamente inferior”⁵.

Portanto, é dever do Poder Judiciário fornecer uma tempestiva prestação jurisdicional. Neste ponto, as tutelas provisórias, ou tutelas de urgências têm especial relevo. A antecipação dos efeitos da tutela representa um dos avanços técnicos mais representativos na prática forense. Aliar a tutela provisória antecipatória à tutela monitoria é tarefa que coincide com a necessidade de uma tempestiva jurisdição.

1.3 A tempestividade da prestação da tutela e função social do processo.

A efetividade do processo guarda estreita relação com a instrumentalidade do processo. De nada adianta o processo que não obtenha efeitos práticos entre as partes e também perante à sociedade.

Mas não é só isso. A tutela jurisdicional deve observar as características sócio-econômicas das partes e buscar igualá-las perante o Judiciário, em profundo respeito ao princípio da isonomia. É inegável que litigantes habituais e com grande poder financeiro obtenham maior êxito processual do que o cidadão comum, que não tem conhecimento sobre os trâmites que envolvem um litígio.

Assim, para se buscar a função social do processo, as partes devem encontrar-se em igualdade. Cabe ao juiz lançar mão de uma instrução probatória mais flexível e menos dogmática, bem como, dividir o ônus do tempo através de medidas antecipatórias provisórias. Deve-se buscar uma aplicação do processo civil sem o excessivo rigorismo formal, que muitas vezes deixa de tutelar bens da vida do cidadão apenas por interpretações formalísticas do processo, tornando-se

muito mais um fim em si mesmo do que um meio. Cita-se a lição de Augusto M. Morello:

“Cuatrocientos cincuenta millones de cabezas que hablan el español y el portugués empeñadas en superar un pensamiento anclado en el conceptualismo, el exceso garantista y el enclaustramiento que nos aisbla del caudaloso río de la vida; en una dogmática paralizante, en teoremas y usos denominados por la demasia ritual, com cánones que miraban más hacia la técnica interior del processo y los anhelos de los profesores, que a las verdaderas soluciones que requerian socialmente nuestros pueblos cada vez más informados, solidarios y ansiosos por acceder realmente y todos a la Jurisdicción en y dentro del tiempo de la Justicia, como lo verificáramos en San Pablo pouquísimos años antes en el hermoso Encuentro sobre Participación Y Processo”.⁶

Não há mais espaço no moderno processo civil para apegos formais que acarretem como consequência mediata a descrença da população no Poder Judiciário. Deve-se satisfazer os anseios populares de forma adequada e tempestiva, propiciando ao jurisdicionado justiça social.

Portanto, evidente que o processo exerce função social, pois serve para resolução dos anseios do cidadão. Destarte, deve ser instrumento capaz de tratar a todos de forma igualitária, corrigindo as desigualdades e atuando sempre com o firme objetivo de realizar o direito material levado à juízo, e neste caminho, antigos dogmas processuais devem ser quebrados. Novos institutos devem ser aplicados e interpretados corretamente, proporcionando tutela efetiva aliada à satisfação social.

1.4 O direito à adequada tutela jurisdicional como fundamento constitucional à antecipação dos efeitos da tutela no processo civil brasileiro. (CF/88, art. 5º, XXXV).

Depreende-se da Carta Política de 1988 que cabe ao Poder Judiciário a arbitragem da jurisdição, no momento em que declara, em seu art. 5º, inc. XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Trata-se do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que determina o

⁵ *Idem. Ibidem. p. 115/116.*

⁶ MORELO, Augusto M. *Perspectivas atuais do direito processual*, in Revista de Direito Processual Civil, n. 03, 1997, apud PASETI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo.*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 83.

dever de apreciação de todas as questões levadas ao seu conhecimento. Nem mesmo a lei poderá constituir óbice a este caminho.

Este princípio está alocado na CF/88 dentro do capítulo “Dos Direitos Individuais e Coletivos”, não consistindo em mera sugestão legislativa, pois o §1º, do artigo 5º, arremata: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, isto é, “são normas que produzem seus efeitos essenciais, acertando todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, incidindo diretamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Qualquer auxílio da lei é supérfluo para exprimir tudo que intenta.”⁷

Portanto, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário deve ser aplicado sem óbices, porque detém aplicação imediata.

Aplicando este princípio ao processo civil brasileiro, notadamente à disposição do art. 273, do Código de Processo Civil, percebe-se que a antecipação dos efeitos da tutela está plenamente inserida dentro do princípio da inafastabilidade, pois um dos seus requisitos é o *periculum in mora* (mas não o único), ou seja, cabe ao judiciário evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Há um segundo requisito, não cumulativo com o primeiro, que consiste na antecipação da tutela devido ao abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Em ambos os casos, a antecipação da tutela visa impedir a ocorrência de prejuízos à parte que a pleiteia em juízo, ou seja, está em estrita consonância, até mesmo literal, com o art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

Portanto, a antecipação dos efeitos da tutela tem, sem sombra de dúvidas, fundamento expresso na Carta Magna.

1.5 Instrumentalidade do processo.

Após a análise dos motivos pelos quais faz-se necessária uma tempestiva tutela jurisdicional, bem como, a função essencial da antecipação da tutela neste

⁷ José Afonso da Silva, ainda sobre a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, afirma que desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular, *in Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101.

intuito, deve-se ponderar, ainda que brevemente, sobre suas conseqüências no processo civil e nos procedimentos que aceitam sua aplicação.

Cândido Rangel Dinamarco define instrumentalidade como a “almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.”⁸

Na busca da efetividade do processo, a instrumentalidade pode dar-se com a distribuição mais freqüente do ônus processual, onde a demora, em regra, é suportada exclusivamente pelo autor da ação. No caso da ação monitória, pelo credor. Esta demora já ficou demonstrada que, além de injusta, traz graves prejuízos ao credor.

Neste passo, a divisão do ônus do tempo do processo, através da antecipação da tutela também proporciona uma maior instrumentalidade ao processo civil brasileiro. Destarte, cabe ao magistrado dividir o ônus com a parte adversa, e neste objetivo, deve minimizar a sensação de erro ou precariedade na antecipação da tutela. É, em verdade, decisão com risco calculado, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Se assim não o fizer, pode ocasionar prejuízo tão nocivo que nem a melhor das decisões será capaz de reverter. Marinoni preleciona sobre este assunto com objetividade: “É necessário que o magistrado compreenda que não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos. (...) O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo”⁹

Muito embora seja a instrumentalidade um dos elementos mais básicos do processo civil, observa-se que na prática, os operadores do direito tratam do processo com pouca “instrumentalidade”, apegando-se a conceitos ultrapassados, que não deixam de estar corretos, mas a evolução social também exige uma evolução na sensibilidade deste operador, para que produza decisões, ainda que provisórias, mas céleres, sem se preocupar com o receio de prejudicar a parte adversa. Deve-se procurar dividir o ônus do tempo do processo. Isto sim, representa medida simples, mas com alto grau de instrumentalidade processual.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 271.

2. AÇÃO MONITÓRIA, BREVE NOÇÃO HISTÓRICA E O *PROCEDIMENTI DI INGIUNZIONE* DO DIREITO PROCESSUAL ITALIANO.

2.1 Origem histórica.

2.1.1 O *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* do Direito Medieval Italiano.

A ação monitoria pátria tem como espelho a atual disciplina no direito processual civil italiano. Porém, antes da Lei 9.079/95, que a instituiu em nosso ordenamento processual, o Brasil conviveu, durante algum tempo, com a ação decendiária originária do direito português. Ambas são diferentes em sua estrutura, mas têm idêntica origem, que remota ao Direito Medieval Italiano.

Neste período histórico medieval, já existia uma diferença entre procedimentos de cognição e execução, estes últimos tinham como função satisfazer o bem da vida, de forma prática. Entretanto, à época, toda execução dependia de anterior processo de cognição.

Devido às novas necessidades, notadamente as oriundas do comércio, instaurou-se uma série de alterações no processo executivo, abrindo margem à via executiva para documentos públicos lavrados perante o tabelião, equiparando o instrumento público à sentença. Era a chamada execução baseada em *instrumenta quarentigiata*, conforme ensina Eduardo Talamini.¹⁰

Mas ainda tratava-se de liberalidade dentro do processo executivo. Não havia contornos de “tutela monitoria”, porém, o grande marco foi a possibilidade de se executar a partir de documento, sem a necessidade de processo de conhecimento.

Esta “abertura” no processo medieval italiano possibilitou aos credores que não detivessem título executivo, que pleiteassem eficácia executiva de seus documentos em juízo, com base nas provas produzidas. Após a análise e deferimento do pedido ao juiz, era expedido o *mandatum de solvendo cum*

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da tutela*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 18.

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 39.

cláusula iustificativa, que se resumia em uma ordem de pagamento, porém, ofertava ao réu a possibilidade de defesa, e em havendo oposição, o pleito executivo restaria sem efeito e serviria apenas como citação. Em não havendo defesa, iniciava-se o processo executivo.

Esta é a gênese da ação monitória.

2.1.2 A Ação decendiária do Direito Português.

Não houve, a princípio, relação entre o *mandatum de solvendo* e a ação decendiária, tanto que o processo português não adotava o procedimento da execução aparelha por documentos produzidos fora do juízo (*instrumenta guarentigiata*). Há, de fato, apenas semelhança procedimental. Conforme ensinamentos de Talamini, a ação decendiária surgiu nas ordenações Manoelinas, onde se inscreveu sob o número XVI, o Título: “Em que maneira se procederá contra os demandados por escrituras públicas ou alvarás, que têm força de escritura pública, ou reconhecidos pela parte”.¹¹ Ramalho assim a definia: “Ação de assinação de dez dias é aquela pela qual se ajuizam as obrigações que devem ser prontamente cumpridas...”¹². Era ação facultativa ao autor e havia apenas uma pequena série de documentos que poderiam ensejar a ação de 10 dias: “credor de coisa ou quantidade documentado em escritura pública, alvará assinado por pessoa a quem se devesse detinha fé tanto quanto escritura pública, sentença transitada em julgado que não ensejasse execução”¹³ e escrito particular assinado por pessoa que admitisse em juízo sua assinatura.

A fase procedimental guarda semelhança com o *mandatum de solvendo*, pois o juiz fixava prazo de 10 dias ao devedor, (e aí vem o *nomen iuris* da ação: decenciária) e este poderia pagar, provar a quitação ou apresentar defesa relevante, onde se abria prazo probatório. Não procedendo desta maneira, iniciava-se a *vis executiva*, com a condenação judicial do devedor.

Nas Ordenações Filipinas manteve-se a ação decendiária, apenas com sutis mudanças de procedimento.

¹¹ *Idem. Ibidem.* p. 43.

¹² RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Licções de pratica*. Org. Francisco A. D. Rodrigues. São Paulo: Typografia Imparcial, s.d. *apud* TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. 2º Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 44.

2.1.3 Ação Decendiária no Direito Brasileiro.

Sabe-se que as Ordenações Filipinas perduraram como instrumento legal por anos no Brasil, portanto, aplicava-se a ação decendiária com base neste sistema normativo, sem nenhuma alteração.

Com o advento do regulamento 737, manteve-se a estrutura lusitana, acrescentando ao rol de documentos ensejadores da ação alguns títulos comerciais e eliminou-se consideravelmente o caráter personalíssimo da ação, tendo em vista o caráter cambial dos títulos daqueles títulos.

Na Constituição de 1891, a competência de legislar sobre matéria processual foi delegada aos Estados. Alguns poucos, como o Estado de São Paulo regularam a ação decendiária.

O Código de Processo Civil de 1939 eliminou qualquer medida de caráter monitório, o diploma de 1973 também nada regulou. Apenas com a Lei 9.079/95 é que a tutela monitória foi introduzida no sistema pátrio. Sem relação alguma com a ação decendiária, posto que fora adaptada do sistema processual italiano.

2.2 O procedimento di ingiunzione do Direito Processual Italiano como referência à atual disciplina da ação monitória brasileira.

A lei 9.079/95, que instituiu no ordenamento processual civil brasileiro a ação monitória, inspirou-se indubitavelmente, e sem exageros, no *procedimenti di ingiunzione* do ordenamento processual italiano. Pode-se afirmar que o legislador pátrio “copiou” o instituto, e como toda cópia guarda limitações quando comparada à original, o caso acima também não fugiu à regra.

O ideal da tutela monitória é idêntica, porém, falhou o legislador brasileiro no momento de concretizar as possibilidades processuais da ação, e esta falha contribuiu para que a tutela monitória nacional não alcançasse a esperada efetividade.

Na Itália, o procedimento monitório é regulado nos artigos 633 a 656. A princípio, a prova ensejadora do *decreto d'ingiunzione* é documental, tal qual a

¹³ *Idem. Ibidem.*

ação brasileira, mas há a possibilidade prevista em lei de se obter prova apenas por afirmações. Há, portanto, naquele país, um sistema monitorio híbrido. Nas palavras de Andrea Proto Pisani, processualista italiano, citado por José Rodrigues de Carvalho Neto:

“La disciplina del nostro procedimento per ingiunzione (Che risale all’á 1.9 leglio 1922, n. 1035 e al r.d. 24 luglio 1922, n. 1036, sucesivamente modificati dal r.d. 7 agosto 1936, n. 1531) costituisce una ibrida fusione di questi due modelli per molti versi diversissimi se non antitetici. In particolare il nostro legislatore há previsto um único schema procedurale sai com riferimento ad ipotesi in cui la domanda é fondata su fatti provati documentalmente (art. 633, n. 1) sia com riferimento ad ipotesi in cui la domanda é fondata su fatti meramente affermati (art. 633, nn. 2 e 3, 635, 636, ma v. anche l’art. 634, comma 2.”¹⁴

Vislumbra-se de imediato uma maior utilidade, e logo, efetividade do *procedimenti di ingiunzione* frente à ação monitoria, posto que possível de ser decretada apenas com as afirmações do autor, ou melhor, sem a demonstração de plano de prova documental capaz de demonstrar de plano o direito do autor.

Mas não é só. O juiz, ao analisar o pedido pode declará-lo provisoriamente executivo. Se o crédito é fundado sob cambial, cheque e outros títulos de natureza executória, admite-se a execução provisória¹⁵, bem como, é aceitável a possibilidade de uma antecipação da tutela monitoria (art. 186 – ter).

Teceu-se uma breve síntese do *procedimenti di ingiunzione*, entretanto, há muito para ser relatado sobre o procedimento estrangeiro, mas, durante a análise fundamental deste estudo, adentrar-se-á em pontos mais específicos, favorecendo o estudo na medida em que se utiliza o direito comparado pra fundamentar cada capítulo subsequente.

¹⁴ PISANI, Andréa Proto. “Sentenze d’um anno”, In *Rivista Trimestali di Diritto e Procedura Civile*, p. 293, apud CARVALHO NETO, José Rodrigues de. *Da ação monitoria*. RT: São Paulo, 2001. p. 41.

¹⁵ CARVALHO NETO, José Rodrigues de. *Da ação monitoria*. RT: São Paulo, 2001. p. 47.

3. REGIME JURÍDICO DA AÇÃO MONITÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

3.1 Função da ação monitoria

O Código de Processo Civil, ao regular a matéria, em seu art. 1.102a, afirma que compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Trata-se de ação condenatória, de rito especial. Muito embora guarde semelhança com o processo de execução e pode alcançar esta via de forma mais célere, deve-se conceituá-la como ação de conhecimento:

“O fato de que a execução se dará nos mesmos autos de modo algum transforma a natureza da ação de conhecimento (condenatória) e nem faz desaparecer a distinção entre esta e a execução que lhe segue, do mesmo modo que as execuções de sentenças de condenação dos procedimentos comuns, ordinários ou sumários, são processadas nos mesmos autos em que se realizou a demanda de cognição”.¹⁶

A Ação Monitoria é facultativa, ou seja, cabe ao autor da demanda escolher a via especial, do contrário, poderá demandar através do procedimento ordinário, sem nenhum obstáculo.

Sua função é de acelerar a formação do título executivo e evitar o custo e a demora de um processo ordinário de conhecimento. Lembra Andréa Proto Pisani, citado por Gerson Fischmann:

“I procedimenti monitori (nel cui alveo si inserisce anche il nostro procedimento per ingiunzione) assolvono la funzione di evitare (alle parti ed all'amministrazione della giustizia) il costo Del processo a cognizione piena quando esso non sai giustificato da una contestazione effettiva; questa funzione è realizzata per un verso consentendo Che il giudice emani un provvedimento di condanna in assenza di contraddittorio e per altro verso apostando sul convenuto (cioè sulla parte nel cui interesse è predisposto il contraddittorio) il giudizio sulla opportunità di determinare la instaurazione del processo a cognizione piena”.¹⁷

¹⁶ FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 14. São Paulo, RT: 2002. p. 346.

¹⁷ PISANI, Andrea Proto. *Il procedimento d'ingiunzione*. Riv. Trim. Dir. Proc. Civil, 1987, p. 292. *apud* FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 14. São Paulo, RT: 2002. p. 355.

Desta maneira, quem possui prova marcante da existência de um crédito pode utilizar-se da ação monitória, e em caso da não oposição dos embargos, constituir de pleno direito título executivo. Para tanto, a lei que instituiu a ação monitória estimulou a ausência de defesa, através do §1º, do art. 1.102c, do CPC, que isenta o devedor que cumpre o mandado de custas e honorários advocatícios.

É marcante a vocação de acelerar a formação do título executivo, e portanto, é evidente que este procedimento está de acordo com as necessidades modernas de efetividade da tutela jurisdicional.

3.2 A prova escrita como requisito à tutela monitória. Crítica à Teoria do título monitório.

Como já mencionado, há uma série de requisitos que devem ser observados pela parte e pelo juiz para o deferimento da monitória. Além da pretensão de pagamento de soma em dinheiro ou de entrega de coisa fungível ou de bem móvel determinável, deve-se atentar para uma questão tipicamente processual: a prova.

Desta maneira, para lograr êxito nesta ação, é preciso levar a juízo prova escrita, sem eficácia de título executivo (Monitório Documental).

Deve-se considerar prova escrita em sua forma mais restrita possível, ou melhor, prova escrita em sentido estrito, pois, documento elaborado unilateralmente não confere tal possibilidade face à ausência de manifestação de vontade da parte adversa. A prova escrita em sentido amplo também não possibilita o acesso a esta tutela. Fita-cassete, VHS, sistema audiovisual, nenhum destes meios é hábil como prova escrita.

A prova, portanto, traduz-se em documento escrito, que contenha a aparência do direito pleiteado, originário do próprio devedor ou de terceiro. Não há definição legal que quantifique ou enumere as possibilidades de prova na ação monitória, pois o juiz, com base nos documentos acostados à peça inicial, faz juízo de mérito antes de proferir a decisão concessiva ou denegatória para expedição do mandado monitório.

Mesmo assim, é fácil confundir este requisito do procedimento monitorio com os requisitos do processo de execução, onde é exigível a presença de título executivo previsto expressamente em lei, vivenciado através da figura do “título” executivo, judicial (CPC, art. 584) ou extrajudicial (CPC, art. 585).

Com base nesta restrição probatória presente em ambos os procedimentos, mesmo que em diferentes graus de exigência, há autores que afirmam que se constitui título monitorio o documento escrito, sem eficácia de título executivo.¹⁸

Há, nesta teoria, uma aproximação do título monitorio ao título executivo. E como bem assevera o professor Eduardo Talamini, é Carnelutti que defende tal equiparação. “Título executivo e título “injunção” integrariam o mesmo *genus commune*. Processo de execução e processo de injunção (monitorio) seriam equiparáveis”.¹⁹ A diferença estaria apenas na imediatidade do alcance da via executiva. Ainda, o juiz não poderia adentrar no mérito da decisão concessiva monitoria, tal qual é defeso ao juiz adentrar no mérito da origem do título que enseja a execução, posto que o título executivo é documento suficiente, acabado e único.

Esta concepção é inviável na atual disciplina monitoria no Brasil, pois o já citado art. 1.102a, do CPC, determina que é competente para pedir a tutela monitoria quem possuir prova escrita, e não um único documento escrito, a lição do professor Luiz Guilherme Marinoni é irrefutável:

“Não há que se falar em “certeza” quando se está diante do conceito de “prova escrita”. A prova escrita é aquela que permite ao juiz formar um juízo de probabilidade acerca da existência do direito de crédito afirmado pelo autor. Para que seja viável o procedimento monitorio é suficiente que o autor alegue, v. g., a existência de um direito a receber quantia em dinheiro e forneça ao juiz prova escrita que lhe permita chegar a um mero juízo de probabilidade. Nada mais. Se não fosse assim, isto é, se o credor tivesse que apresentar ao juiz um “direito líquido e certo” não haveria razão para se dar a ele a oportunidade de produzir prova nos embargos que podem ser apresentados pelo devedor.”²⁰

As restrições sobre o tipo de prova, citadas no tópico anterior, continuam pertinentes, mas deve-se entender prova como um conjunto, uma coleção de

¹⁸ CARVALHO NETO, José Rodrigues de. *Da Ação Monitoria*. São Paulo: RT, 2001. p. 69.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitoria*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 69.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1999. p. 171.

documentos que, juntamente com os as experiências do cotidiano, o senso comum e toda a composição circunstancial dos fatos produzem no juiz a sensação de verossimilhança das alegações. De outro lado, o título executivo é documento, resultante de uma composição entre direito e prova, criado sem a presença da tutela jurisdicional anterior.

Assim, resta evidente que o juiz, de acordo com o art. 1.102a, do CPC, realiza juízo de verossimilhança ao conceder ou negar o mandado monitório. Portanto, a teoria que afirma a existência de um título ensejador da ação monitória estaria por delimitar a função do juiz, bem como, estaria reduzindo o conjunto de provas a apenas um único documento.

Destarte, no Brasil não se pode afirmar a existência de “título” monitório, face à abertura conferida pelo legislador, no momento em que permite que todo o conjunto probatório ampare a ação monitória, sem a idealização formal e material de um único documento sem eficácia de título executivo.

3.3 Cognição e processo.

3.3.1 Cognição no processo civil.

A cognição na ação monitória representa ponto de enorme discussão doutrinária, no Brasil e no exterior. Pode-se dizer que representa a essência, ou melhor, a especificidade deste procedimento com relação aos demais. Como a proposta deste estudo é abordar a antecipação da tutela dentro da ação monitória, não se adentrará neste aspecto com a devida propriedade, mas a sua menção, ainda que sintetizada, é essencial, no momento em que estas questões exercem influência na antecipação dos efeitos da tutela.

A cognição traduz-se na intensidade e no o momento em que o juiz conhece a causa. Neste passo, a doutrina identifica dois planos de cognição. A cognição pode ser visualizada no plano horizontal, que é o grau de profundidade em que o juiz conhece o direito levado a sua apreciação. Assim, como bem observa Kazuo Watanabe²¹, a cognição do plano horizontal pode ser plena ou limitada. Na primeira, é permitida ampla discussão do conflito, sem nenhum corte

limitativo do direito do autor ou do direito de defesa da parte ré. Em regra, há este tipo de cognição no procedimento ordinário, que não enfrenta restrição probatória nem limitação da matéria de defesa. De outro lado, a cognição limitada introduz um corte na amplitude de discussão da lide. Há restrição da matéria de direito, tanto para autor quanto para réu. Exemplo deste corte é o parágrafo 2.º, do art. 3º, do DL 911/69, que regula o procedimento especial de Busca e Apreensão de bens alienados fiduciariamente. O citado artigo determina que na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.

É flagrante o “corte” da cognição horizontal no DL 911/69, limitando-a às matérias mencionadas no citado artigo. Há inúmeras decisões judiciais que declararam inconstitucional tal corte, mas cita-se apenas para fins exemplificativos.

O segundo plano da cognição no processo civil brasileiro é denominado “plano vertical”, e representa a profundidade, o grau de conhecimento dos fatos que detém o juiz, tem estreita relação com a certeza e o livre convencimento do juiz. Destarte, classifica-se a análise deste plano em exauriente e limitada. Exauriente é o conhecimento aprofundado, onde se proporcionou o devido processo legal e a ampla produção probatória para ambas as partes. Guarda estreita relação com o mérito da ação, isto é, só há coisa julgada material nas decisões dotadas de cognição exauriente.

Quando não existe conhecimento aprofundado, ou melhor, o juiz não tem acesso ao contraditório e à plena instrução probatória, fala-se em cognição sumária. A cognição sumária implica, em regra, uma decisão com base em verossimilhança, pois não há condições suficientes de se proferir decisões definitivas apenas em cognição sumária.

Estes planos possibilitam ao legislador determinar procedimentos adequados às mais diversas necessidades sociais. É possível identificar procedimentos com cognição ampla em extensão e sumária em profundidade, bem como, procedimentos com cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade.

²¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

3.3.2 Cognição na ação monitória.

O Art. 1.102b determina que “estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega de coisa no prazo de 15 (quinze) dias”. Neste momento, cabe ao juiz decidir se os documentos acostados à petição inicial têm a força suficiente para causar verossimilhança entre o pedido e a prova. E em assim concluindo, determinará o magistrado a expedição do competente mandado.

Esta atividade cognitiva tem suas peculiaridades. A princípio pode-se afirmar a ausência de contraditório, tendo em vista que há expedição de uma ordem de pagamento e não uma citação para defesa, entretanto, o contraditório é postergado para a apresentação de embargos, onde não há limite cognitivo, inclusive com dilação probatória. Desta maneira, não há que se falar em ausência de contraditório.

De outro lado, a decisão que concede o mandado monitório tem nítida cognição sumária, face à precariedade probatória – apenas prova documental – em que o juiz é obrigado a decidir.

Expedido o mandado e intimado o devedor, se este não comparecer no prazo assinalado, constituir-se-á, de pleno direito, título executivo judicial, na forma do art. 1.102c.

Esta celeridade para formação do título forçou vários juristas a entender que o juízo de cognição no despacho inicial da ação monitória contenha decisão de mérito, resguardado pela coisa julgada.

Edoardo Carbagnati, em sua obra *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*, analisa as visões doutrinária de Chiovenda e Carnelutti. Giuseppe Chiovenda afirma que há juízo de cognição sumária:

“secondo il Chiovenda, l'anticipazione dell'esecuzione forzata, attraversando una restrizione dell'ambito della cognizione ordinaria del giudice; ed in conseguenza appunto della natura puramente sommaria dell'esame delle ragioni delle parti compiuto dal giudice essi non produrrebbero la certezza giuridica, ma avrebbero invece un carattere provvisorio, pur essendo dotati di efficacia esecutiva”.²²

²² GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di Ingiunzione e Sfratto*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1949. p. 20.

De outro lado, Carnelutti, citado por Garbagnati, afirma que há uma junção de processo ordinário com processo de execução, ou melhor, “meio-caminho” entre cognição e execução, criando a teoria do título monitorio, equiparando o portador do documento hábil à *ingiunzione* ao portador de título executivo. Tal teoria já restou rebatida quando se tratou da prova na ação monitoria e da sua impossibilidade de redução a um único documento. (Ver item 3.3.1):

“Secondo la teoria recentemente formulata das CARNELUTTI, il processo de ingiunzione sarebbe um tipo di processo che esta in mezzo fra il processo di cognizione e il processo di esecuzione: esse avrebbe infatti come scopo, non la composizione de uma lite da pretesa contestata, ma la formazione di um titolo esecutivo per la composizione di uma lite da pretesa insoddisfatta e costituirebbe quindi, sotto il profilo del suo scopo, um *tertium genus* di processo, operante come mezo di selezione dei casi in cui, non essendo la pretesa contestata, il processo di cognizione si palesa inutile, da quelli in cui si verifica invece, attraverso l’opposizione all’ingiunzione, la contestazione della pretesa ed è necessario perciò che operi l’ordinario processo di cognizione”.²³

Porém, Garbagnati concluiu que o *mandado* constitui decisão meritória, em razão tão somente da especialidade do procedimento, atribuindo a decisão concessiva do mandado uma decisão com cognição parcial, porém, nesta parcialidade, exauriente, e por isto, acobertada de mérito, logo, definitiva.²⁴

Esta teoria não prevalece porque não há que se falar em decisão meritória sem a presença do contraditório, que neste caso é postergado à oportunidade de apresentação dos embargos, ainda, não se pode falar em decisão meritória sem a formação da relação jurídica processual, pois o devedor sequer tem conhecimento do procedimento instaurado contra ele.

Como bem observa o professor Eduardo Talamini, a decisão concessiva do mandado tem apenas juízo de verossimilhança, no momento em que o juiz analisa apenas a aparência do direito, e em caso de oposição do devedor, haverá instrução probatória suficiente à comprovar, com a devida cognição exauriente, onde será possível consolidar o mandado monitorio ou desconstituí-lo

Portanto, permanece válida a posição de Chiovenda²⁵, ao creditar cognição sumária. Já a posição de Carnelutti²⁶ não prospera devido à sistemática da ação

²³ *Idem. Ibidem.* p. 18.

²⁴ *Idem. Ibidem.* p. 26.

²⁵ *Idem. Ibidem.* p. 20.

²⁶ *Idem. Ibidem.* p. 18.

monitória no Brasil. Não é possível equiparar título monitório e título executivo, tendo em vista que o legislador propiciou ao autor da demanda monitória a prova de seu direito através de um conjunto probatório e não em apenas um título.

Por fim, como já exposto, descarta-se a teoria de Garbagnati, ou seja, não há coisa julgada na decisão concessiva do mandado.

3.4 Coisa julgada material e o mandado monitório não embargado.

O mandado monitório, quando não embargado, leva à formação imediata do título executivo, conforme art. 1102c, do CPC. A redação deste artigo induz ao pensamento que a não oposição dos embargos produz coisa julgada material, portanto, formando título executivo judicial definitivo.

Primeiramente, deve-se salientar que no Brasil, a coisa julgada é atribuída pelo legislador a apenas um número determinado de situações ocorridas na prestação da tutela jurisdicional, em nome da segurança jurídica. Neste aspecto, o art. 467, *caput*, determina que somente gozam desta condição as sentenças não mais sujeitas a recurso ordinário ou extraordinário. Portanto, *prima facie* a decisão que concede o mandado monitório não se enquadra na classificação processual de sentença²⁷. Trata-se, na verdade, de decisão interlocutória que pode ser desconstituída pelos embargos à monitória. Não se pode falar que a ausência de oposição confere ao despacho inicial o caráter de imutável, acobertado pela coisa julgada e dá início ao provimento executivo.

A razão pela qual juristas atribuem a coisa julgada à decisão inicial monitória é a falsa percepção de que toda a execução deve ser lastreada em título executivo judicial definitivo. O art. 584, *caput* e incisos, delimitam os títulos executivos judiciais, onde o inciso "I" enumera como título executivo judicial a sentença condenatória proferida no processo civil.

Observe-se que não há referência à sentença condenatória transitada em julgado. Assim, não há óbice para uma execução baseada em título executivo judicial "provisório" sujeito à oposição de embargos à execução fundada em título

²⁷ Consoante o art. 162, §1º, do CPC, sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

judicial, com a limitação da matéria de defesa determinada pelo art. 741, e incisos, do CPC.

Ainda, o próprio Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade da execução provisória, nos moldes do art. 588 a 590, do CPC.

O título executivo pode decorrer de decisão não definitiva, posto que não é prova absoluta da existência da obrigação e, sendo assim, ele autoriza a ação executiva, mas não legitima, necessariamente, os atos de execução.²⁸

Eduardo Talamini, ao criticar a teoria da existência de coisa julgada na decisão concessiva do mandado monitório, defendida pelo jurista italiano Edorado Garbagnati, arremata logicamente que não se pode alegar coisa julgada apenas porque a lei determina prazo improrrogável para a apresentação da oposição. Nas palavras do professor da Faculdade de Direito da UFPR: "Fixação de prazo para a prática de ato processual não significa que sua inobservância acarrete necessariamente coisa julgada. Da existência de um prazo próprio e peremptório pode-se extrair validamente apenas a conclusão de que seu descumprimento gera preclusão".²⁹

Portanto, a não oposição ao mandado não produz coisa julgada, apenas gera preclusão, que, neste caso, por tratar-se de oportunidade de defesa oferecida ao devedor, há a contumácia, ou seja, há prejuízo de defesa, que poderá apenas contar (futuramente) com a defesa através dos embargos a execução, limitada cognitivamente.

3.5 Conjugação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente "*secundum eventum defensionis*".

Não há dúvida que o juiz, ao proferir a decisão inicial na ação monitória, exerce juízo cognitivo sumário, face à precariedade e a ausência imediata do contraditório.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 64. Ainda, Zavascki conceitua título executivo no sentido apenas de norma que autoriza a ação executiva. Não faz menção à necessidade de coisa julgada da decisão que originou título executivo judicial, pois o define como "representação documental de norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que tem eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva".

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. 2º Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 96.

Porém, é de igual conclusão que o procedimento monitorio é procedimento especial com características únicas dentro do processo civil brasileiro, pois busca a formação célere do título executivo judicial.

Para tanto, é necessário quebrar dogmas doutrinários para fornecer à ação monitoria condições para que alcance alto grau de efetividade.

Muito se discutiu sobre a cognição e a formação da coisa julgada na fase inicial da monitoria, entretanto, deve-se buscar interpretação peculiar para este procedimento, sem se fixar a conceitos doutrinários aplicáveis aos procedimentos "tradicionais".

Neste passo, a técnica da cognição exauriente por ficção legal³⁰, como o próprio nome afirma, cria uma cognição exauriente através de uma ficção legal, isto é, a decisão inicial na monitoria é dotada de juízo de verossimilhança, conforme anteriormente mencionado, porém, como este procedimento tem como função acelerar a formação do título executivo, é de grande valia determinar, através de ficção, cognição exauriente.

E esta técnica encontra recepção na legislação processual, pois um dos requisitos do pedido monitorio é a indicação, ainda que em juízo cognitivo sumário, do valor da dívida ou especificação da coisa litigiosa. Assim, expede-se o mandado monitorio para pagamento ou entrega da coisa, e por já conter a determinação do pedido, é passível de criar uma ficção legal e atribuir cognição exauriente.

Expedido o mandado, conjuga-se também a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*, que se traduz na possibilidade facultada ao devedor de apresentar embargos e iniciar procedimento real de cognição exauriente, inclusive com dilação probatória. Em caso de procedência dos embargos, há declaração negativa do direito do autor. Na improcedência da oposição, recai idêntica carga cognitiva ao mandado, ou seja, inicia-se a fase executiva na forma disposta no Código de Processo Civil.

Em não havendo oposição de embargos à monitoria, possibilitou-se ao devedor à abertura cognitiva, porém, não foi aproveitada. Utilizando-se da ficção

³⁰ É possível conferir mais detalhes sobre esta técnica cognitiva nas em algumas das várias obras do prof. Luiz Guilherme Marinoni. Ver: *A Antecipação da Tutela e Novas Linhas do Processo Civil*.

legal, pode-se atribuir carga cognitiva igual ao momento em que o juiz decide os embargos. Nesta questão, preleciona Marinoni:

“O procedimento monitorio é resultado da combinação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*. Objetiva a formalização do título executivo sem as delongas do procedimento de cognição plena e exauriente, deixando ao devedor ou ao obrigado o juízo de oportunidade sobre a instauração dos embargos. A não apresentação de embargos faz surgir o título executivo, ficando o juiz impedido de determinar a produção de prova tendente à averiguação da existência do direito afirmado, que, na verdade, é considerado existente por ficção legal. Trata-se de adoção de um critério racional, que responde à exigência de se evitar um desnecessário procedimento de cognição plena e exauriente quando a prova documental demonstra, em alto grau de probabilidade, a existência do direito”.³¹

A adoção desta conjugação de técnicas cognitivas tem relevante questão de fundo quando se tratar da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela na ação monitoria, tendo em vista que, no momento em que há uma decisão exauriente, ainda que criada artificialmente, a possibilidade e a viabilidade da antecipação torna-se muito mais evidente, há uma carga maior de verossimilhança das alegações.

Com base nesta teoria, pode-se antecipar a tutela ainda no despacho monitorio, durante a discussão dos embargos, bem como, na fase da execução, com base nos incisos I ou II, do art. 237, do CPC, que regula a matéria.

Esta conjugação tem raciocínio mais racional, mais afinado com o “espírito” da ação monitoria, e, ato contínuo, atende os objetivos deste estudo, no momento em que propicia maior efetividade a ação monitoria.

3.6 Embargos ao mandado.

O art. 1.102c, do CPC, determina que o devedor poderá exercer a sua defesa através dos “embargos”, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Muito embora exista certa semelhança com a defesa apresentada no processo de

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 33.

execução (embargos do devedor), não há a necessidade de segurança prévia do juízo.

Realizada a citação e não apresentados os embargos, constitui-se, de pleno direito, título executivo judicial. Reside aqui toda a especialidade da ação monitória, bem como, reside também, de outro lado, a possibilidade de uma ação sem efetividade, similar à qualquer ação de rito ordinário. É que, com a apresentação dos embargos, o procedimento torna-se ordinário, com dilação probatória. O legislador nacional não previu nenhuma hipótese de execução provisória, bem como, não há dispositivo que possibilite medida provisória. Por fim, o legislador calou-se com relação aos efeitos da sentença que julgam os embargos, e desta feita, predominou o entendimento jurisprudencial que a sentença na monitória deve ser recebida nos efeitos suspensivos e devolutivos.

Portanto, a apresentação dos embargos tira da ação monitória qualquer vantagem procedimental. A efetividade é mínima, e novamente o ônus do tempo no processo é suportado unilateralmente pelo credor, muito embora constituído de prova escrita de seu direito.

Vencida esta questão “política-processual”, o prazo para apresentação da resposta é de 15 (quinze) dias. A polêmica que reside nos embargos é a definição de sua natureza processual: ação ou contestação.

Antes de entrar nesta discussão, salienta-se que é pacífico que os embargos têm cognição exauriente, com amplo contraditório e dilação probatório, bem como, admite intervenção de terceiros. A sentença é amparada pela coisa julgada material. Neste caso, nota-se a passagem da cognição exauriente por ficção legal para a cognição exauriente *secundum eventum defensionis*.

A linha de pensamento que define os embargos como ação afirma que cada pedido constituirá causa de pedir diferente, porém, todas com o objetivo de desconstituir o mandado ou sua declaração de inexistência ou inexigibilidade. O prof. Eduardo Talamini, adepto desta teoria, esclarece que, por se tratar de ação, onde há diferentes causas de pedir, a falta de um pedido pode ser renovado através de outra demanda autônoma.

Ainda, outro argumento forte desta linha de pensamento é o próprio CPC, no momento em que determina a suspensão do mandado, e após decisão de improcedência do mesmo, há a conversão de imediato em título executivo, sem a

necessidade de sentença. Na lição de Talamini: “Constituem (os embargos), nitidamente, 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”.³²

Salienta-se que estes argumentos são fortemente fundamentados, com rara precisão científica, especificamente quando se trata da ação monitória. Todavia, para manter a coerência deste estudo, no momento em que afirmamos que a cognição na ação monitória é exauriente *secundum eventum defensionis*, automaticamente definimos que os embargos são defesa, no momento em que proporcionam, apenas, uma expansão da cognição da lide, sem iniciar nova demanda.

Desta maneira, sem prejuízo de nenhuma das duas teorias, utilizar-se-á a definição do prof. Sandro Gilbert Martins, quando aborda idêntica problemática dos embargos do devedor no processo de execução: “Logo, quanto à natureza dos embargos, são eles formalmente ação incidental, cujo conteúdo é materialmente defesa. Ou seja, os embargos têm natureza mista”.³³

Assim, afirma-se que os embargos ao mandado têm natureza mista. Formalmente constituem ação, e neste aspecto, são relevantes as questões processuais dela decorrentes, como o prazo para resposta do embargado, que, similar à contestação, é de 15 dias, com direito à réplica do embargante.

De outro lado, por constituírem materialmente defesa, é de se frisar que a ausência de contestação aos embargos não gera revelia, tão somente há o prejuízo da contumácia ao embargado, que poderá acompanhar todo o deslinde dos embargos, inclusive com produção probatória, desde que alegada e produzida oportunamente.

Desta maneira, de plano, descarta-se a ocorrência de revelia nos embargos. Se considerarmos embargos como ação, deve-se considerar que há limites na incidência deste instituto, ou seja, faz-se uma interpretação extensiva da revelia, mas se considerarmos que os embargos constituem defesa, e que a não apresentação da contestação aos embargos tem prejuízo semelhante à falta de impugnação à contestação, que é peça facultativa, não se faz necessário criar

³² TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. 2º Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 154.

mais uma exceção ao instituto da revelia. Trata-se de uma teoria mais simples, que produz menores discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Para ratificar o caráter misto dos embargos, deve-se concluir que entre a “ação de embargos” e o mandado monitório há conexão, onde ambas levam ao juiz, lides oriundas do mesmo conflito de interesses, ou seja, da mesma relação jurídica de direito material. Como se percebe, justifica-se a conexão por não poderem os mesmos fatos terem tratamento diverso.³⁴ Há uma antecedência lógica entre o mandado e os embargos. Este último deve ser apreciado antes daquele e sua decisão influencia na decisão do mandado. Há, de acordo com a melhor doutrina, conexão por prejudicialidade. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

“Pode-se igualmente quer entre três questões – x, y e z – ou até entre número maior delas, se estabeleçam relações sucessivas de dependência, de tal sorte que, por exemplo, a solução de x condicione o teor de y, e a de y condicione a possibilidade da solução de z, caso em que x será prejudicial de y e este preliminar de z; ou, ao contrário, que da solução de x dependa a possibilidade da solução de y, e da solução dependa o conteúdo de z, e em semelhante hipótese x será preliminar de y e esta prejudicial de z; ou ainda, que cada uma das duas primeiras seja, respectivamente, prejudicial ou preliminar da seguinte.”³⁵

Portanto, a conexão por prejudicialidade vem a reforçar o entendimento que os embargos, materialmente constituem defesa, posto que vinculados por um antecedente lógico e prejudicial ao julgamento do mandado (quando da apresentação dos embargos).

Encerra-se este capítulo frisando-se novamente que questões relevantes aos embargos deixaram de ser analisadas para não perder a objetividade deste estudo. Tratou-se brevemente de assuntos que guardam relação com a antecipação da tutela e a execução provisória.

³³ MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas*. São Paulo: RT, 2002. p. 95.

³⁴ *Idem*. *Ibidem* p. 100.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 33 *apud* MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas*. São Paulo: RT, 2002. p. 116.

4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

4.1 Tutela provisória

De acordo com a mais tradicional doutrina pátria, o Estado, na figura do Estado-juiz, entrega aos cidadãos a sua prestação através do procedimento ordinário, de cognição exauriente, acobertado pela coisa julgada, onde o contraditório e a ampla defesa têm aplicação irrestrita. Desta maneira, o meio para satisfação do bem da vida obtido na sentença dá-se, subseqüentemente, através do processo de execução.

Entretanto, novas necessidades sociais surgiram. O moroso processo comum não mais é capaz de atender os anseios de efetividade e instrumentalidade. Deve-se salientar que, muito embora a demora seja uma prejudicial, o processo é meio de segurança jurídica, portanto, de todo o sempre necessário.

Para contornar a problemática do processo seguro, porém lento, criou-se as tutelas provisórias, que, em síntese, asseguram o bem da vida levado a juízo antes da sentença final e do processo de execução. São provisórias justamente pela impossibilidade de se fazer um juízo de cognição exauriente no início ou no meio do processo.

E mais, as tutelas provisórias têm relação com a urgência de tutelar, que, em muitas vezes, é mais importante que a tutela de mérito. Portanto, estão em consonância com a garantia de uma adequada tutela jurisdicional.

São precárias porque não fazem coisa julgada, devido ao grau de cognição a que são submetidas.³⁶ Desta maneira, são constituem-se espécies de tutela provisórias no direito brasileiro: a tutela antecipatória, a tutela antecipada específica dos arts. 461, do CPC, e 84, do CDC e a tutela cautelar. A primeira é objeto de análise nos próximos itens. A segunda tem fácil compreensão prática, porém, de difícil definição conceitual, notadamente, a problemática da conceituação do objeto do procedimento cautelar. Neste aspecto, Ovídio Batista esclarece:

"A tutela cautelar faz parte do gênero *tutela preventiva* e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de um dano irreparável."³⁷

Ainda, a tutela cautelar é regida por regime processual específico, disciplinado no Livro do Processo Cautelar, enquanto que a tutela antecipada é requerida na própria ação definitiva. Na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva³⁸.

Portanto, resta sumariamente exposta características das medidas provisórias no ordenamento processual brasileiro. Passa-se, então, ao estudo específico da tutela antecipada.

4.2 A tutela antecipada no código de processo civil brasileiro.

4.2.1 A antecipação da tutela nas ações condenatórias, declaratórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*.

A possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela foi inserida no Código de Processo Civil brasileiro através da Lei 8.952/94, que alterou o artigo 273.

O dispositivo legal determina que o provimento antecipatório só pode ser ordenado através do requerimento da parte, à contrário do que acontece com o poder geral de cautela, onde é cabível ao juiz determinar medidas acautelatórias para assegurar a satisfatividade do direito.

Atos seguinte, o legislador mencionou a possibilidade de antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela. Entende-se como antecipação dos efeitos à satisfatividade, ou melhor, o alcance do bem da vida levado à tutela jurisdicional.

³⁶ Sobre cognição e mérito, ver Capítulo 3, item 3.3.1

³⁷ BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. v. 3. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2000. p. 17.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

É, em linguagem mais coloquial, a obtenção de resultado prático da lide. Sua satisfação.

É, portanto, “instrumento para tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão.”³⁹ Efetiva-se, no que for cabível, através da execução provisória. Entretanto, não se pode considerar a execução provisória como único meio de manejo da tutela antecipada. É primordial que se identifique a natureza do provimento: condenatório, declaratório, constitutivo, executivo *lato sensu* e mandamental.

No caso de pedido condenatório, a antecipação é a própria execução, e, ato contínuo, deve atender as disposições da execução provisória. É pacífico na doutrina a possibilidade da antecipação dos efeitos condenatórios.

Quando se trata de efeitos declaratórios, é majoritário o posicionamento que inviabiliza essa possibilidade, e com razão. A declaração depende de cognição exauriente, o que não pode ser alcançada através de uma decisão provisória com cognição sumária. Porém, salienta-se que, no curso de ação eminentemente declaratória, autor ou réu pode, em hipótese, necessitar de tutela que previna lesão ao direito em litígio ou previna a consequência desta declaração. Desta maneira, não há impedimento para a atuação de uma tutela antecipada inibitória, no sentido de prevenir o interesse da parte.

Com relação à eficácia constitutiva, novamente afirma-se a sua inviabilidade de antecipação, com base nos mesmos argumentos acima expostos, bem como, pela impossibilidade de se alterar uma situação jurídica sem a devida cognição exauriente. Porém, toda decisão constitutiva declara para após constituir ou desconstituir entre as partes, e é possível, após a análise do caso concreto, a antecipação do resultado prático da constituição. Nota-se que não há antecipação da constituição, mas tão somente uma alteração nas esferas vivenciais das partes e não no *status* jurídico.⁴⁰

Nos efeitos executivo e mandamental, a questão é menos controversa. Nas ações executivas por excelência, a própria causa de pedir abre margem para a possibilidade de antecipação, no momento que a sentença decreta, possibilita uma execução, ou seja, uma atuação contra o réu, sendo, portanto, passível de

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 39.

antecipação dos seus efeitos práticos. Nas ações de cunho mandamental, o raciocínio é semelhante, ainda, os arts. 461, do CPC e 84, do CDC, possibilitam claramente a antecipação das tutelas de fazer ou não fazer, garantindo o cumprimento da ordem através de, por exemplo, fixação de multa diária.

4.2.2 Prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Primeiramente, faz-se necessário evitar uma falsa interpretação do artigo 273, do CPC, que ao descrever os requisitos para a concessão da tutela, exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

É equívoca a interpretação que afirma a necessidade de prova inequívoca e verossimilhança, é simplório exigir prova inequívoca, ou melhor: prova do quê?

Como a antecipação da tutela é decisão interlocutória de cognição sumária, é preciso convencer de plano o juiz, através de prova robusta, que há probabilidade de procedência da alegação. Tranquilizando o “espírito” do juiz no momento da concessão.

Cabe então, a quem necessite da tutela antecipada, demonstrar prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Não se faz necessário demonstrar prova inequívoca de todo o direito litigioso, pois a instrução probatória ocorrerá normalmente. Sobre este aspecto, Leciona Marinoni: “A denominada “prova inequívoca”, capaz de convencer o juiz da “verossimilhança da alegação”, somente pode ser entendida como a “prova suficiente” para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou da inexistência do direito.”⁴¹

Portanto, deve o juiz procurar o máximo de conforto e segurança nas provas trazidas aos autos para conceder a tutela, perceber o *fumus boni iuris*. Novamente o professor Marinoni traduz em questões pontuais e objetivas a subjetividade da determinação do *fumus*, quando enumera quatro hipóteses que devem ser consideradas pelo juiz. São elas: a) o valor do bem jurídico ameaçado,

⁴⁰ O prof. Ovídio Batista, por exemplo, entende pela total impossibilidade de antecipação dos efeitos declaratórios e constitutivos.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

b) a dificuldade do autor provar sua alegação, c) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação e d) a própria urgência descrita.⁴²

Nota-se que o juiz pode, com base no caso concreto, conceder a tutela antecipada diante de um conjunto probatório razoável, como pode, também, indeferir o pedido, muito embora a prova esteja cabalmente demonstrada.

A prova inequívoca, portanto, não é uma definição “fechada”. E neste ponto segue uma crítica ao Poder Judiciário, que cotidianamente alega insuficiência probatória para o indeferimento da tutela, não se está tratando de demonstração de direito líquido e certo, como ocorre no mandado de segurança, busca-se situação mais branda, que é a verossimilhança da alegação. Os rotineiros indeferimentos de pedidos de tutela com fundamento na insuficiência de evidências são decisões cômodas, porém, desalinhadas com o princípio da efetividade do processo.

4.2.3 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Por evidente, cada tipo de bem jurídico tutelado, e sua respectiva eficácia do provimento jurisdicional, tem diferentes medidas de mensuração do “dano”, onde sempre se observa a ocorrência do dano e a sua prolongação no tempo, ou, o perigo de dano.

O dano iminente pode, em regra, ser evitado através da tutela antecipada com base nos artigos 461, do CPC e 84, do CDC, tendo em vista o caráter inibitório ou positivo destas espécies de tutelas específicas.

Quando o dano já ocorreu ou ainda está ocorrendo, vislumbra-se duas possibilidades: a ocorrência de dano irreparável, isto é, quando não é mais possível a sua reversibilidade ao *status quo* originário, enquanto que o dano de difícil reparação guarda relação com a sua possibilidade de identificação ou qualificação, bem como, há a possibilidade de se reparar o dano e retornar, em medias próximas, ao *status quo*. Teori Albino Zavascki classifica a hipótese de dano prevista no inc. I, do art. 273, do CPC da seguinte maneira:

⁴² *Idem. Ibidem.* p. 156.

“O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação da tutela é o risco concreto (e não hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela”.⁴³

A antecipação dos efeitos da tutela com base no art. 273 *caput*, e inc. I, concilia, logicamente, *fumus boni iuris* e receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que deverão ser observados pelo juiz tomando sempre como ponto primordial, a natureza do pedido e seu caráter patrimonial ou não, a carga de eficácia do provimento definitivo e a eficácia temporal da tutela.

4.2.4 Abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu.

O inc. II, do art. 273, do CPC permite outro fundamento para a antecipação da tutela, baseada na caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Pode-se conceituar abuso de direito de defesa como “exercício, além do limite necessário, o direito que se tem, ou quando esse exercício objetiva não alcançar a tutela que a ele se associa e é devida a seu titular, mas sim outro fim, mesmo que seja lícito ou moralmente justificável.”⁴⁴

Portanto, abuso é excesso que vai contra a efetividade do processo e prejudica a parte adversa através do decurso do prazo⁴⁵. É meio ilegítimo de defesa, porque se utiliza de atos processuais para prejudicar direitos materiais.

Eduardo Talamini estabelece pressupostos para a antecipação da tutela com base no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu:

⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.

⁴⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3. n. 22., p. 33, *apud* MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas*. São Paulo: RT, 2002. p. 250.

⁴⁵ Marinoni identifica a hipótese do inc. II, do art. 273, do CPC, à racionalização do tempo do processo: “O sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor”, *in* MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

“A caracterização do abuso de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, aptos a ensejar a antecipação da tutela, pressupõe a constatação da extrema probabilidade do direito do autor. Afinal, para que se possa qualificar a conduta como abusiva ou protelatória, é preciso que exista juízo de probabilidade bastante intenso acerca de quem tem razão. Só isso explicará que tudo o que a parte aparentemente sem razão faça, a partir de então, seja considerado excessivo ou supérfluo para os fins do processo. Seria despropósito taxar de abusiva a defesa formulada, senão quando é mínima a chance de que seja procedente”.⁴⁶

Destarte, para contornar a indevida distribuição do ônus do tempo do processo, que recai exclusivamente sobre o autor, o CPC possibilitou a antecipação da tutela para estes casos, ou seja, previu um meio satisfativo que possibilite a ampla defesa e inviabilizar abusos protelatórios. Salienta-se que não é apenas com excesso de argumentos defensivos que constituem abuso. O excesso de recursos, pedidos de produção de provas impertinentes e exceções infundadas também caracterizam o abuso.

4.2.5 Antecipação dos efeitos da parte incontroversa da demanda ou da demanda não contestada.

Muito embora não existe legislação específica sobre tal tema, o inc. II, do art. 273, do CPC, possibilita, através de uma interpretação teleológica da lei, a antecipação da parte da demanda não ventilada na defesa.

Assim, se o autor pediu “x”, “y” e “z” e o réu contestou apenas “x” e “y”, é possível que a satisfação do pedido “z” seja imediata e não fique atrelada à decisão final de “x” e “y”.⁴⁷

É evidente que esta técnica evita o abuso do direito de defesa, no momento em que antecipa ao autor parte do bem da vida levado a juízo. Constitui instrumento de distribuição do ônus processual, bem como, conceber satisfatividade de direito sem sentença.

Neste aspecto, frisa-se que quando o autor deixa de contestar parcela do pedido do autor, a antecipação da tutela dá-se através de cognição exauriente,

⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001. p. 356.

⁴⁷ Guardadas as devidas diferenças, o processo de execução, em seu art. 739, §2º, possibilita o prosseguimento da execução quanto à parte não embargada. Ora, como o presente estudo visa a análise da antecipação da tutela na monitoria, que procedimento de aceleração da formação do

pois ao réu foi oportunizado o momento de divergir das alegações do autor, e assim não o fazendo, e em se tratando de direitos patrimoniais⁴⁸, tomar por certo e inquestionável, no sentido processual do termo, o pedido formulado pelo autor e incontroverso.

Trata-se, portanto, de reconhecimento jurídico de parte do pedido. Esclarece Marinoni:

"A tutela antecipatória, através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, é uma tutela anterior à sentença, mas não é uma tutela fundada em probabilidade ou verossimilhança. A tutela antecipatória, nas hipóteses ora estudadas, não é fundada em cognição sumária, compreendida como cognição que se contrapõe à cognição exauriente. Portanto, a tutela antecipatória, nesses casos, não apresenta risco ao direito de defesa ou ao princípio contraditório."⁴⁹

A antecipação da tutela no caso da demanda não contestada, por óbvio, é mais facilmente compreendida. Muito embora, o art. 330, inc. II, do CPC, possibilita ao juiz conhecer diretamente do pedido quando ocorrer a revelia, concedendo rapidamente decisão com cognição exauriente, é possibilitado a réu intervir no processo no estado em que se encontra, apresentar provas, e principalmente, recorrer, e como o art. 520, do CPC, não prevê em seus incisos que a sentença, neste caso, seja recebida apenas no efeito devolutivo, o autor deve esperar a decisão do tribunal *ad quem* para executar a sentença de primeiro grau. A antecipação da tutela, quando não há contestação, é provimento de satisfação de cognição exauriente que pode ser deferida tanto pelo juiz *a quo* quanto pelo órgão *ad quem*.

4.2.6 A antecipação da tutela e a (ir)reversibilidade fática e jurídica do pedido.

O art. 273, §2.º, determina que não se concederá a antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Primeiramente, salienta-se que o provimento baseado em cognição sumária, é

título executivo, é de aceitar que é possível a antecipação da tutela condenatória, através da execução provisória, da parte que não foi objeto dos embargos ao mandado.

⁴⁸ O art. 320, inc. II, do CPC, veda a aplicação dos efeitos da revelia quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 145.

sempre reversível, porque provisório, e a irreversibilidade vislumbrada na lei tem relação com as conseqüências fáticas do provimento.

Pretendeu o legislador pátrio limitar a possibilidade da aplicação da tutela, visando resguardar direitos da parte adversa e também de terceiros, porém, a redação contém uma realidade que não corresponde às necessidades de direito material.

Fala-se em dois tipos de irreversibilidade: a fática e a jurídica. A primeira se traduz na impossibilidade de retorno ao *status quo*⁵⁰ depois de cumprido o provimento jurisdicional. O exemplo clássico é representado pelos direitos de estado das pessoas. Não é possível, de forma antecipada, declarar uma pessoa separada ou divorciada, ou ainda, não é possível antecipar uma qualidade inerente à pessoa, como a escolaridade. A antecipação, nesses casos, implica numa impossibilidade de reverter as conseqüências ocasionadas pela mudança do *status* da pessoa.

De outro lado, a irreversibilidade jurídica constitui-se na possibilidade de alterar o resultado do provimento antecipado, através de outro instrumento, como por exemplo, a responsabilidade civil do demandante. Neste passo, visualiza-se duas hipóteses: a) existir irreversibilidade fática, mas com reversibilidade jurídica e b) reversibilidade fática e jurídica. Na primeira hipótese cita-se a demolição de prédio que ameaça prédio vizinho, através de tutela antecipada com base no *periculum in mora*. No caso de improcedência do provimento, é impossível devolver a situação fática anterior, porém, é possível a reversibilidade jurídica, através da indenização da parte que sofreu a demolição do prédio.

A reversibilidade fática e jurídica constitui-se quando as situações ocasionadas pelo provimento retornam ao seu *status quo*.

Assim, de acordo com a teoria tradicional, e em consonância com a redação do art. 273, §2º, do CPC, concluiu-se que somente seria possível antecipar a tutela quando possível a reversibilidade jurídica do pedido. No caso de irreversibilidade fática, tão somente, caberia ao juiz indeferir a antecipação da tutela.

⁵⁰ Nestes casos, quando se refere ao retorno do *status quo*, deve-se interpreta-lo na forma mais literal possível, isto é, só há reversibilidade fática quando existiu o pleno retorno à situação anteriormente vivenciada. Não entra, nesta definição, a reversibilidade parcial ou "quase total".

Porém, a prática demonstrou que esta limitação estava equivocada. O juiz, em verdade, deve analisar o pedido com base na proporcionalidade e na racionalidade. O juízo de valor não deve recair apenas na possibilidade da irreversibilidade da demanda, o que afronta o ideal da tutela antecipada e desencoraja magistrados a concessão das medidas antecipatórias. Paulo Henrique dos Santos Lucon esclarece com presteza:

“A irreversibilidade não pode atuar como um limite intransponível à técnica da antecipação, seja na tutela antecipada, seja na execução provisória da sentença. Na verdade, compete ao juiz examinar os diferentes pesos dos valores que estão em jogo, ou, simplesmente, a proporcionalidade da providência; (...)”⁵¹

Mais adiante⁵², Lucon aponta três raciocínios que devem ser observados pelo juiz quando da análise do pedido antecipatório. O primeiro resume-se no juízo do mal maior, onde se deve buscar identificar qual dos interesses pode ser mais seriamente prejudicado; o segundo corresponde ao juízo do mal mais provável, onde se identifica os riscos maiores e, por fim, juízo em torno do risco do direito naquele momento mais forte, onde se confronta a pretensão, o direito e os fatos trazidos pelas partes, a após, identificar com quem é mais provável estar a razão.

Portanto, a redação do §2º, do art. 273, do CPC, deve ser observada com cuidado, isto é, não se pode deixar de tutelar dano iminente com base na irreversibilidade dos efeitos da demanda⁵³. Frisa-se que, em muitos casos, a tutela jurisdicional tempestiva, porém provisória, é mais importante que a tutela tardia e definitiva dos interesses. De outro lado, deve o juiz ponderar, com base nas premissas apontadas anteriormente, o prejuízo do réu, que também pode ser irreversível. Destarte, conclui-se que nem sempre haverá condições de se antecipar a tutela, mas a restrição do §2º, do art. 273, deve ser amenizada,

⁵¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: RT, 2000. p. 268.

⁵² *Idem. Ibidem*.

⁵³ “Entender o contrário seria admitir a falta de congruência dentro do próprio artigo de lei, que permite a concessão ante o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (inciso I), e a proíbe “quando houver perigo de irreversibilidade (dos efeitos) do provimento antecipado”. Ora, no caso do inciso I, também há perigo de irreversibilidade, se não dos efeitos do provimento antecipado, dos efeitos do provimento não antecipado.” In BENASSE, Marcos Antônio. *Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseler, 2001. p. 174.

possibilitando a adequada tutela jurisdicional, prevista no inc. XXXV, do art. 5º, da CF/88.

4.2.7 A efetivação da tutela antecipada.

4.2.7.1. A execução provisória no Código de Processo Civil.

A execução provisória é instrumento de antecipação do provimento final. Lucon a conceitua como fenômeno da antecipação dos efeitos dos provimentos jurisdicionais de acordo com o momento e o grau de maturidade que o ordenamento jurídico entende por normal⁵⁴.

Através da execução provisória é possível antecipar alguns efeitos da sentença, isto é, a execução em si não é provisória, mas é fundada em decisão provisória.

Desta maneira, a execução sempre ocorrerá com uma margem, ainda que mínima, de risco de reversibilidade da decisão na qual se funda a decisão. Para evitar prejuízos irreparáveis à parte adversa, o legislador condicionou o levantamento dos valores depositados na execução de entrega de soma em dinheiro à prestação de caução, nos termos do inc. I, do art. 588, do CPC.

Ainda, a execução provisória é cabível quando houver sentença recebida apenas no efeito devolutivo⁵⁵ e se difere da execução definitiva porque é suspensa na fase final e não ocorre alienação de domínio.⁵⁶

Novamente a redação do CPC é incompleta porque só trata da execução das sentenças condenatórias e executivas. As outras cargas de eficácia nem sempre observarão tal procedimento. Com a reforma do CPC de 1994, o art. 273 identificou este óbice da execução provisória e determinou, através do seu §3º,

⁵⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: RT, 2000. p. 208.

⁵⁵ Art. 587, *caput*, do CPC. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença foi impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

⁵⁶ Alcides Mendonça Lima, na sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, citado por Luiz Marinoni observa este limite com o seguinte comentário: "Normalmente, portanto, a execução por quantia certa não pode chegar até a arrematação, podendo, no máximo, is até a penhora, como medida de cautela, a favor do credor. Se for execução de entrega de coisa, a mesma também não se poderá proceder, pela sua natureza e finalidade. Quanto à execução de

que a execução da tutela antecipada somente obedecerá a execução provisória no que for com ela compatível, ou seja, permitiu que as demais eficácias das sentenças sejam executadas observadas as respectivas características.

Portanto, com a nova redação do art. 273, do CPC, a execução provisória possibilitou a existência da execução incompleta (com cognição exauriente ou sumária) ou execução com cognição exauriente, porém, não definitiva. Esta última se vislumbra na tradicional hipótese do art. 587, *caput*, do CPC, onde há sentença, portanto, cognição exauriente, mas há também impugnação recebida apenas no efeito devolutivo.

A execução provisória incompleta com cognição sumária pode existir quando, vencido o mito da *nula executio sine titulo*, há antecipação de tutela com base no art. 273, inc. I e II, do CPC. Há execução provisória incompleta de cognição exauriente quando da revelia ou da antecipação da parte incontroversa da demanda, com base no inc. II do citado artigo.

4.2.7.2. A efetivação da antecipação da tutela através do art. 588, do CPC.

A reforma do art. 273, do CPC, através da Lei 10.444/02, dispôs de mais mecanismos de efetivação da antecipação da tutela, porém, deve-se observar que nem sempre será possível aplicar o instituto da execução provisória. Sua aplicação guarda relação intrínseca com a natureza do pedido. Neste aspecto, preleciona Marinoni:

“Justamente porque a atuação da tutela sumária não se subordina às regras próprias do processo de execução é que se atribui ao juiz um amplo poder destinado à determinação dos meios executórios. Assim, por exemplo, é possível a imposição de multa diária ou a determinação, também para o caso de inadimplemento, de requisição de força policial, busca e apreensão de coisa, imissão na posse, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obra e impedimento de atividade nociva”⁵⁷

Não há dúvidas que a antecipação da tutela, em todas as suas hipóteses, tem legitimidade para realizar atos de concretização prática do provimento,

obrigações de fazer e não fazer, apenas fica excluída a incidência dos arts. 641, 642 e 643”, apud MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 177.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 180.

visando uma tutela adequada e efetiva, exceto nos casos de pedidos cumulados, bem como, nos casos de julgamento antecipado de pedidos ou da parcela do pedido ou de pagamento de soma em dinheiro, a própria natureza do pedido tem sua executividade inserida dentro do próprio procedimento, não necessitando de um paralelo processo de execução.

O §3º, do art. 273, determina que a tutela antecipada será de acordo com a natureza da decisão que se pretende antecipar, ou seja, o legislador já anteviu que para cada tutela, há uma executoriedade diferenciada.

Portanto, a nova redação do §3º, do art. 273, aponta no sentido de que a efetivação da tutela deve respeitar a execução provisória apenas naquilo em que for compatível. Desta maneira, deixa-se de lado a redação revogada deste parágrafo, que determinava a execução provisória como único meio de efetivação da tutela.

4.2.7.3 A antecipação da tutela nos casos de pagamento de soma em dinheiro.

Quando se trata de pagamento de soma em dinheiro, como por exemplo, a ação monitória, deve-se utilizar a execução provisória, nos termos do §3º, do art. 273, do CPC.

Na ação monitória, o art. 1.102c, do CPC, o demandante pretende pagamento de soma em dinheiro ou entrega de coisa fungível ou de terminado bem móvel.

Com relação à primeira parte deste artigo, é evidente que, no caso de antecipação da tutela na ação monitória, utiliza-se a execução provisória, no que couber.

Mesmo assim, há disposições da execução provisória que não se aplicam. A diferença essencial reside na necessidade ou não da prestação de caução para levantamento do valor depositado pelo réu, na forma preceituada pelo inc. I, do art. 588, do CPC, pois a execução provisória da sentença tem tratamento diverso da efetivação da tutela antecipada. Na primeira, a execução é instrumento de garantia de satisfatividade do credor até o trânsito em julgado. Na segunda, a execução provisória visa a satisfação do direito do credor, principalmente quando

a medida se fundar no inc. I, do art. 273, do CPC, tendo em vista que a ausência de satisfatividade poderá causar danos irreparáveis ao autor. Afirma Marinoni:

“A antecipação do pagamento de soma em dinheiro não visa, como é óbvio, à segurança do juízo ou do direito do crédito. O autor, no caso de antecipação, não pode esperar, sem dano grave, a realização do direito de crédito. Na antecipação, ao contrário do que ocorre com a execução provisória, parte-se da premissa certa de que a espera produzirá prejuízos”,⁵⁸

Portanto, a antecipação da tutela tem fundamento diferenciado da execução provisória, e para atender os interesses do autor, que comprovou o *periculum in mora*, é dispensável a prestação de caução para o levantamento do valor depositado. Mesmo assim, nos casos em que o réu não proceder o pagamento da importância, faz-se necessária a execução, e por certo, atos de alienação da coisa para satisfação da tutela provisória. É somente satisfatória a execução provisória da tutela antecipada, com base no *periculum in mora*, quando impossível de alienar o bem em favor do autor para satisfação da sua necessidade.⁵⁹

Nos casos de antecipação com base no inc. II, do art. 273, há execução com base em cognição exauriente, porém, não definitiva. Nestes casos, não há *periculum in mora*, portanto, entende-se pela necessidade de caução para o levantamento do depósito em dinheiro, bem como, no caso da execução provisória forçada, impõe-se o limite do trâmite expropriatório até os atos que importem alteração de domínio. Deve-se, nestes casos, mesmo que sob cognição exauriente, assimilar que a execução visa assegurar o direito do credor e não sua satisfatividade imediata.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 189.

⁵⁹ Com base no direito processual civil italiano, Marinoni levanta a possibilidade da utilização da execução de pagamento de soma em dinheiro através do pagamento de multa, ao invés da antecipação pela via expropriatória: “Como diz Taruffo, a melhor execução forçada é aquela que não é necessária. A forma ideal de realização de um direito ocorre através do adimplemento voluntário. Ora, se o desejável é o adimplemento voluntário, a melhor via de execução é a indireta, ou aquela que atua sobre a vontade do obrigado visando ao seu adimplemento. Note-se que a “execução” sob pena de multa, além de dar àquele que tem um direito uma tutela jurisdicional mais célere e de “livrar” a administração da justiça de um procedimento oneroso e longo, elimina os custos e os riscos inerentes à execução por expropriação, culminando por ser mais benéfica, em um certo sentido, também ao devedor.” (...) “Deixe-se claro, porém, que não se está propondo a troca da “execução por expropriação” pela “execução através de multa”, mas que a multa possa ser utilizada pelo juiz como uma das formas para que o credor possa obter aquilo a que tem direito.” *Idem. Ibidem.* p. 186 e 188.

4.2.7.4 A antecipação da tutela nos casos entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. (Art. 1.102a, *caput*, parte final, do CPC).

Outra hipótese pertinente à ação monitória refere-se à entrega de coisas fungíveis ou de bem móveis. O art. 85, do Código Civil, estabelece como fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Nas palavras do mestre Silvio Rodrigues:

“As coisas fungíveis são encaradas através de seu gênero e especificadas por meio da quantidade e qualidade. Como são homogêneas e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante. Assim, por exemplo, o dinheiro. Ao credor é indiferente receber o pagamento em uma ou em outra espécie de moeda, pois elas se equivalem.”⁶⁰

De outro lado, bem móvel, de acordo com o art. 82, do Código Civil, são os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem a alteração da substância ou da destinação econômica-social.

O art. 1.102a, *caput*, parte final, do Código de Processo Civil, trata de duas classes distintas de bens, porém, o legislador foi omissivo na especificação desta divisão, levando, muitas vezes, através de uma leitura apressada, a concluir-se que são coisas semelhantes, bem como, não especificou qual o tipo de processo de execução que deve ser utilizado.

Nos casos de pedido para entrega de coisa fungível, deve-se aplicar a execução para entrega de coisa incerta. Esclarece Nelson Nery Jr.:

“A nossa lei, no lugar de utilizar a terminologia do CPC (execução por quantia certa, para entrega de coisa certa e incerta), copiou os termos do CPC italiano 633 (soma em dinheiro, coisa fungível e coisa móvel determinada). Assim, no contexto da norma ora comentada, coisa fungível se equipara a coisa “incerta”, isto é, determinada pelo gênero e quantidade e pode ser substituída por outra da mesma espécie. A execução para entrega de coisa incerta se faz de acordo com o CPC 629 e ss.”⁶¹

⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. v. I. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 122.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1384.

Destarte, no momento da antecipação da tutela para entrega de bem fungível, não se aplicará as disposições comuns da execução provisória, do art. 273, §3º, *c/c* art. 588, do CPC, mas sim, aplicam-se os artigos 621 a 631, todos do CPC.

A grande diferença neste caso, pouco tratada pela doutrina, é que, ao se antecipar a tutela para entrega de coisa fungível, e não cumprindo o devedor com sua obrigação, proceder-se-á na forma do art. 625, do CPC, com a expedição de mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou móvel. Portanto, novamente, conclui-se que é a natureza do pedido que determina a forma de execução.

Com relação à última opção conferida pelo legislador à ação monitória, no *caput* do art. 1.102a, do CPC, ocorre situação semelhante. "Quando se refere a coisa móvel determinada, a norma trata da "coisa certa", cuja execução se faz segundo o CPC 621 ss."⁶²

No caso de antecipação deste provimento, a execução far-se-á através também pelo citado art. 625, ou seja, através da expedição do mandado de busca e apreensão, por tratar-se de coisa móvel.

5. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NA AÇÃO MONITÓRIA.

5.1 Aplicação do art. 273, do CPC, nos procedimentos especiais do Livro IV, do Código de Processo Civil.

Logo após a inserção da tutela antecipada em nosso ordenamento, muito se discutiu sobre a aplicabilidade do novel instituto no ordenamento processual brasileiro, principalmente, sobre sua aplicabilidade junto aos procedimentos especiais.

A questão adquiriu contornos relevantes tendo em vista que, em muitos procedimentos especiais, já havia uma antecipação do provimento, como no caso das ações possessórias.

⁶² *Idem. Ibidem. p. 1384.*

A tutela antecipada, frisa-se, também se constitui em procedimento especial, muito embora encontre-se dentro do processo de conhecimento. Portanto, para afirmar sobre a possibilidade ou não da aplicação do art. 273, do CPC, não se deve procurar a "localização física" do procedimento no Código de Processo Civil. Deve-se identificar, em verdade, se a natureza do pedido comporta a antecipação.

Não é demais lembrar que o procedimento ordinário é aplicável de forma subsidiária aos demais procedimentos, ou seja, aplicam-se as disposições que não são contrárias à especialidade procedimental. Nas lições do doutrinador Nelson Nery Jr.:

"Em toda ação de conhecimento, em tese, é admissível a antecipação da tutela, seja a ação declaratória, constitutiva (positiva ou negativa), condenatória, mandamental, etc. A providência tem cabimento, quer a ação de conhecimento seja processada pelo rito comum (ordinário ou sumário) ou especial, desde que verificados os pressupostos da norma sob comentário. O CPC 273 prevê a tutela antecipatória de forma *genérica* enquanto o CPC 461 §3º regula o instituto nas ações de obrigação de fazer e não fazer"⁶³

Atualmente resta patente a aplicação da tutela antecipatória na ação monitória, face à compatibilidade dos procedimentos, bem como, à subsidiariedade do art. 273, do CPC, em relação aos demais procedimentos do Código.

5.2 Bases para a aplicação do art. 273, do CPC, na ação monitória.

Neste item far-se-á um apanhado das idéias desenvolvidas neste estudo, no intuito de sintetizar as discussões sobre as várias questões doutrinárias que recaem sobre a ação monitória, propiciando, desta maneira, uma maior solidez para discussão e aplicação do provimento antecipatório.

No capítulo 3 concluiu-se que o juiz, ao analisar a petição inicial da ação monitória e decidir sobre sua viabilidade, que, em caso positivo, acarretará no deferimento do pedido de expedição do mandado monitório, realiza juízo de

⁶³Continua Nery: "Não cabe tutela antecipada em ação cautelar por falta de interesse processual, pois a liminar cautelar é antecipatória do mérito da própria providência cautelar pretendida pelo

cognição sumária, porém, devido à especialidade do procedimento e a grande polêmica sobre a atividade do juiz neste momento do processo, é pertinente aplicar uma ficção legal e atribuir ao mandado monitório cognição exauriente por ficção legal, que, na hipótese da apresentação dos embargos ao mandado, aplica-se a cognição exauriente *secundum eventum defensionis*.

Ao se atribuir cognição exauriente à decisão que concedeu o mandado vislumbra-se ao juiz uma maior verossimilhança da alegação, logo, uma maior facilidade em se demonstrar a necessidade da tutela antecipada, tendo em vista que um de seus requisitos encontra-se respeitado, qual seja: a verossimilhança da alegação.

Ato seguinte, afirmou-se que a decisão que concede o mandado não faz coisa julgada quando ausentes os embargos. Tal definição corre em favor do devedor, que não tem sobre si o ônus da coisa julgada, e ainda, confirma-se o caráter provisório da tutela antecipada nestes casos, posto que terá por base decisão provisória. Aqui surge ponto de interessante convergência deste estudo: quando existir antecipação da tutela com base no art. 273, inc. I, do CPC, esta terá por base decisão com cognição exauriente por ficção legal. De outro lado, no caso de antecipação da tutela pelo inc. II, do mesmo artigo, a base do provimento será decisão com cognição exauriente "real", face à apresentação dos embargos. Identifica-se a convergência dos argumentos expostos em dois momentos. No primeiro quando se afirma que a decisão que deferiu a monitória tem cognição exauriente (seja por ficção legal ou *secundum eventum defensionis*). No segundo momento, no caso de antecipação da tutela, já existirá, inevitavelmente, a verossimilhança da alegação muito antes da necessidade da tutela, ou melhor, será sempre anterior a esta. A única diferença residirá na demonstração do fundamento na qual se baseará a antecipação, se pelo inciso I, ou II, do art. 273, do CPC.

5.3 A antecipação dos efeitos da tutela na ação monitória com base no inc. II, do art. 273, do CPC.

O inc. II, do art. 273, do CPC, possibilita a antecipação da tutela quando restar caracterizado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. É, por evidente, possibilidade que se condiciona à existência de defesa, *in casu*, os embargos ao mandado.

No caso da ação monitória, em regra, há a prova do fato constitutivo do direito do autor, e em havendo embargos que revelem a vontade protelatória do devedor, resta cristalina a possibilidade da antecipação da tutela. Nas palavras do ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná:

“É possível que o réu queira se valer dos embargos apenas para protelar a realização do direito afirmado pelo autor. Ora, o intuito protelatório, no procedimento monitório, evidentemente não pode ser desconsiderado, principalmente porque este procedimento visa a tratar de forma diferenciada um direito evidente.

A tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa somente é cabível, no procedimento monitório, na hipótese de prova do fato constitutivo do direito de crédito e na presença de embargos que sejam provavelmente infundados.”⁶⁴

Como não há, nesta hipótese, o perigo da demora, a efetivação deve ser feita, no que couber, amparada na execução provisória, e, em regra, não haverá necessidade de se realizar atos de alienação do bem penhorado na execução provisória, bem como, exigir prestação de caução para levantamento de depósito em dinheiro, tendo em vista que o autor, em princípio, pode aguardar a execução definitiva, sendo a medida executiva provisória apenas garantidora do seu direito e não satisfativa.

5.4 Antecipação da tutela da parte incontroversa da demanda ou da demanda não contestada.

Conforme detalhada análise desta possibilidade no item 4.2.5, a ausência de questionamento, seja parcial ou total, ocasiona indubitavelmente um juízo de cognição exauriente. Desta maneira, é possível a execução provisória que

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 128.

importe em alienação do domínio da coisa penhorada, bem como, o levantamento de depósito em dinheiro sem a exigência da caução.

Entretanto, nesta hipótese, cabe ao juiz ponderar, com base na proporcionalidade e na razoabilidade, a aplicabilidade dos limites e das garantias da execução provisória em favor do devedor. Haverá casos onde, haverá por bem o juiz impedir a alienação da coisa e a exigência de idônea caução.

A indefinição dogmática neste caso ocorre devido à peculiar característica da existência da cognição exauriente, mas não definitiva. Há grande probabilidade em que se confirme o provimento antecipado, mas, por tratar-se de decisão provisória, deverá o juiz analisar os riscos ao estabelecer os limites da execução provisória nestes casos.

5.5 A antecipação dos efeitos da tutela na ação monitória com base no inc. I, do art. 273, do CPC.

5.5.1 O momento da antecipação e a sua satisfatividade.

O legislador permitiu, no inc. I, do art. 273, a antecipação da tutela com base em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. É evidente, portanto, que não há momento específico para o pleito antecipatório, pois o risco pode aparecer no decorrer da lide, desde que demonstrados os requisitos de sua admissibilidade (conforme item 4.23).

Ainda, por tratar-se de medida satisfativa, isto é, a antecipação da tutela possibilita a obtenção do bem da vida antes do trânsito em julgado da decisão, Ovídio Batista, com extrema clareza, afirma que a satisfação de um direito “corresponde rigorosamente ao entendimento do senso comum, para o qual satisfazer um direito é realiza-lo no plano social.”⁶⁵

Portanto, o meio de execução desta espécie de tutela deve satisfazer no mundo prático, de modo que se estabelece um contra senso ao atrelar a antecipação à estreita aplicação da execução provisória. Em não havendo o adimplemento voluntário da obrigação, a execução provisória deverá entregar ao

⁶⁵ BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. v. 3. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2000. p. 39.

autor o efetivo bem da vida almejado, ou seja, a execução provisória, quando fundada no *periculum in mora*, deve ultrapassar o limite do inc. II, do art. 588, do CPC, importando em atos de alienação, bem como, o levantamento de valores depositados em dinheiro sem a correspondente caução.

No caso da ação monitória, quando o *periculum in mora* estiver presente já no início do processo e a antecipação pleiteada na petição inicial, caberá ao magistrado adequar a via monitória para viabilizar a antecipação, liminarmente deferida. Neste caso, é de bom alvitre a expedição do mandado monitório qualificado, que será abordado no item seguinte.

5.5.2 O mandado monitório qualificado no caso de antecipação liminar da tutela na ação monitória fundada no *periculum in mora*.

José Eduardo Carreira Alvim, em artigo publicado na Revista do Conselho da Justiça Federal⁶⁶, previu a problemática da antecipação liminar da tutela dentro das peculiaridades da ação monitória. Para tanto, afirmou existir o mandado monitório simples, que ocorre quando não há pedido de antecipação, cabendo ao juiz apenas ordenar o pagamento ou entrega no prazo do art. 1.102b, do CPC. De outro lado, classificou como qualificado o mandado monitório quando deferido juntamente com a antecipação dos efeitos da tutela.

Será qualificado porque haverá dois momentos: o primeiro, de ordem mandamental, para antecipar os efeitos da tutela, e o segundo, de ordem executiva, determinado o pagamento ou a entrega da coisa, mas que no caso específico da monitória, permite ao devedor a propositura dos embargos, que suspendem a formação do título.

Para possibilitar faticamente este mandado, o juiz determinará a expedição um mandado de pagamento ou de entrega, para cumprimento imediato, ou em um prazo razoável fixado pelo juiz, restando o prazo de 15 (quinze) para o oferecimento dos embargos.

⁶⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *A antecipação de tutela no processo monitório*. R. CEJ, Brasília, n. 17, p. 95-104, abr./jun. 2002.

Tal medida evita a contradição de uma antecipação da tutela, baseada no *periculum in mora*, que deve esperar o prazo para defesa para só então efetivar-se. Nas palavras de Carreira Alvim:

“Seria, deveras, contraditório que o juiz expedisse um mandado de pagamento ou de entrega, para cujo cumprimento a lei fixa quinze dias (art. 1.102, b) e, determinasse, concomitantemente, o seu cumprimento imediato, com o que estaria em rota de colisão com o prazo legal. Esta aparente colisão é afastada pela conjugação dos dois preceitos (art. 1.102, b, e art. 273) disciplinando a um só tempo o despacho monitório “simples” (sem tutela antecipada) e o despacho monitório qualificado (com tutela antecipada).⁶⁷

Repita-se a necessidade de aplicação do mandado monitório qualificado no caso de antecipação liminar da tutela, tendo em vista o atual ordenamento processual civil brasileiro, que possibilita ao devedor suspender a formação do título na ação monitória, dificultando extremamente a satisfação do direito. A conjugação do art. 273 com o art. 1.102b, do CPC, está em acordo com o espírito da ação monitória, e muito mais, é medida com grande carga de efetividade e de adequada prestação jurisdicional.

6. O PROBLEMA DA (IN)VOLUNTARIEDADE DO CUMPRIMENTO DA ORDEM ANTECIPATÓRIA E A INEFICÁCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA SATISFAÇÃO DO DIREITO PLEITEADO.

6.1 Ineficácia da tutela condenatória para satisfação antecipada do direito.

A ação monitória, como já visto, é eminentemente condenatória, mesmo quando não embargada, ocorre tão somente a aceleração da formação do título executivo, e, portanto, o credor, agora exeqüente, inicia novo procedimento, no caso, a *vis executiva*.

⁶⁷ Continua Carreira Alvim: “No âmbito do procedimento monitório, a exegese não pode ser muito rígida sob o aspecto dogmático, porque, de outro modo, chegar-se-á à conclusão de que, já prevendo o art. 1.102, b, uma antecipação de tutela, não haveria lugar para a aplicação subsidiária do art. 273 do CPC, para viabilizar o cumprimento imediato do preceito condenatório, e a situação de urgência restaria ao largo da tutela legal, quando é ela que mais necessita ser tutelada. O princípio da exegese de que a regra especial prevalece sobre a geral não infirma a solução ora alvitrada, porquanto também a regra do art. 273 é de índole especial, só que encartada no bojo do procedimento ordinário para assegurar o cumprimento de sua finalidade: são duas normas de índole especial para atender a situações igualmente distintas. *Idem. Ibidem.* p. 97.

Nos casos de urgência, carece o processo civil brasileiro, mesmo com a tutela antecipada (art. 273, CPC), de meios hábeis de satisfazer necessidades imperiosas oriundas de um tutela condenatória, posto que há muito se discute neste estudo que a execução provisória é lenta e não satisfativa.

A estrutura cognição e execução, que durante séculos foi encarada como absoluta, hoje padece frente às novas necessidades sociais (e, logo, jurídicas), notadamente a efetividade e a tempestividade da tutela.

Assim, tece-se críticas à tutela condenatória posto que atua somente no plano jurídico e não no mundo dos fatos. A necessidade de uma execução para satisfação do já determinado na sentença frustra a efetividade. Sérgio Cruz Arenhart delimita com objetividade:

“A tutela condenatória, realmente, embora satisfaça as exigências dogmáticas da doutrina que se insere, mostra-se completamente incompatível com as necessidades (especialmente se observada pelo prisma da ação de direito material) de tutela de situações materiais. Sua timidez – demonstra de maneira evidente em função das conseqüências: abrir espaço para a propositura de uma nova ação – claramente indica sua inadequação para o manejo de diversas espécies de pretensões absolutamente incompatíveis com a fraqueza dessa medida e com a demora resultante da necessidade de incoação de nova ação para a satisfação completa do interessa do autor”.⁶⁸

O presente raciocínio aplica-se perfeitamente às necessidades de satisfação da tutela monitoria quando existir *periculum in mora*, face à necessidade, neste caso de imediata satisfação, que não pode esperar o processo de execução.

Mas não é só isso. A tutela condenatória encontra outro óbice, que se traduz na necessidade da coercibilidade, através da via expropriatória, para satisfação do seu direito. É muito mais efetivo, portanto, mais adequado, quando a obrigação é cumprida voluntariamente pelo devedor. Assim, resta concluir que, na ação monitoria, mais prudente seria encontrar meios de o devedor adimplir sem a necessidade de ataque à sua esfera jurídica.

De outro lado, exigir do devedor que cumpra voluntariamente as decisões pode, em princípio, desrespeitar a incoercibilidade das prestações, princípio que

⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 60.

encontra amparo dentro da estrutura do Código de Processo Civil Brasileiro, mas a situação deve ser ponderada. Em certos casos, a incoercibilidade da prestação pode ocasionar prejuízo a um direito muito mais relevante do autor do que do réu. Desta maneira, o referido princípio não deve ser considerado como intransponível. Neste aspecto, arremata Arenhart:

“Se a liberdade e a dignidade do réu são importantes, também são a liberdade e a dignidade do autor da demanda. E quiçá esses valores (do autor) realizem-se precisamente na execução de certo fato por parte do réu, caso em que, certamente, fazer prevalecer sempre o interesse do réu – convertendo a prestação em perdas e danos – será desconsiderar os mesmos valores atribuídos à pessoa humana do “credor”.⁶⁹

Neste diapasão, cabe ao operador do direito encontrar tutelas que venham a satisfazer não apenas o aspecto jurídico do processo, mas também, a satisfação material. É neste momento em que as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* adquirem relevantes perspectivas, posto que ambas propiciam realização fática do direito levado à prestação jurisdicional.

No caso da ação monitória, a tutela mandamental seria perfeitamente útil para as situações de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

6.2 A tutela mandamental como solução à efetividade da tutela condenatória de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Após a análise das possibilidades da antecipação da tutela na ação monitória, sempre em estrita observância as disposições do Código de Processo Civil, procura-se, agora através de conceitos da ciência do direito e não da mera prescrição legal da lei, encontrar meios mais efetivos para aplicação da tutela monitória.

Como já observado, a execução provisória, como meio de aplicação da tutela antecipada, nem sempre satisfaz a intenção do instituto, posto que a via expropriatória não goza da devida celeridade, a ponto de doutrinadores afirmarem sua total inaplicabilidade para satisfação da antecipação da tutela, dentre eles, leciona Arenhart:

”De fato, o rito da execução – seja provisória, seja a definitiva – é totalmente incompatível com a necessidade de urgência, que é intrínseca a qualquer antecipação de tutela própria (aquela fundada no art. 273, I). Realmente, ao conceder a antecipação de tutela neste caso, supõe o magistrado a existência de um risco de prejuízo iminente e irreparável ao interesse protegido, que só pode ser afastado se esse interesse for realizado de imediato. A toda evidência, portanto, a mera *decisão* que concede a antecipação da tutela é insuficiente, sendo necessário, para a efetividade da medida, que existam mecanismos de atuação pronta do provimento, de forma a concretamente *realizar* o interesse, satisfazendo-o por satisfação.”⁷⁰

Assim, quando o objeto do pedido da monitória se tratar de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, é de fácil percepção que há a possibilidade de se exigir do devedor, com uma maior facilidade, o cumprimento da obrigação por si, através da tutela mandamental.

Neste passo, seria de grande valia a possibilidade de uma ordem de entrega da coisa ou do bem, dentro de um prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária, tal como a aplicável à tutela relativa ao art. 461, do CPC.

A multa diária pode compelir o devedor a cumprir, logo, satisfazer a obrigação, sem a necessidade de um processo de execução lento e sem possibilidade de satisfatividade imediata.

7. SOLUÇÕES PARA UMA MELHOR APLICAÇÃO DA TUTELA MONITÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Após estudo do comportamento da ação monitória no Brasil, conclui-se que a antecipação da tutela é instrumento que pode aproximar a teoria da prática, ou melhor, transformar em realidade o ideal do legislador quando a instituiu em nosso ordenamento.

A primeira indicação para a melhora da aplicação da ação monitória é legislativa, possibilitando ao juiz, ao analisar o pedido monitório, decretá-lo provisoriamente executivo quando a ação estiver lastreada em título de crédito que perdeu a força executiva através da prescrição. Esta solução encontra amparo, conforme já visto, no direito processual civil italiano.

⁶⁹ *Idem. Ibidem.* p. 80.

⁷⁰ *Idem. Ibidem.* p. 324.

Outra alteração legislativa de bom alvitre seria a inclusão⁷¹ de mais um inciso no art. 520, do CPC, no rol das exceções ao efeito suspensivo no recurso de Apelação. Muito se afirmou que a ação monitória visa a rápida formação do título executivo e é deveras contraditório que essa celeridade é impedida, pois no momento em que o juiz julga improcedente os embargos ao mandado, é lógico e evidente que a apelação deve ser recebida apenas do efeito devolutivo. Muito embora existam posições doutrinárias que afirmam que a sentença dos embargos deva ser recebida apenas no devolutivo, prevalece de forma esmagadora nos Tribunais o entendimento que a sentença, neste caso, deve ser recebida em ambos os efeitos.

Ainda, nos casos de entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel, onde exista *periculum in mora*, a inserção de uma alternativa (mantendo-se a posição hodierna também) de o juiz, através de uma ordem, exigir a entrega da coisa sob pena de multa diária, similarmente à tutela do art. 461, do CPC. Estas são, portanto, três medidas legislativas que resgatariam da ação monitória sua efetividade.

Agora, é possível idealizar uma nova ação monitória apenas interpretando e aplicando à ação monitória sob um prisma mais efetivo, e neste aspecto, essencial é a antecipação da tutela.

Conforme já estudado, na ação monitória haverá sempre juízo de verossimilhança, que necessariamente estará formando antes mesmo da verossimilhança necessária para a antecipação da tutela, que, em existindo, o juiz poderá antecipar o provimento limitando-se somente aos requisitos do inc. I ou II, do CPC. Assim, uma interpretação positiva, facilitando o deferimento da antecipação dos efeitos guarda consonância com o fim da ação monitória.

No caso de antecipação dos efeitos da tutela com base no *periculum in mora*, é elementar que o meio de atuação do provimento antecipatório deve ser satisfativo, portanto, a execução provisória, quando houver, deverá extrapolar os limites da execução provisória previstas no art. 588, do CPC.

Quando a antecipação tiver como pressuposto a existência de parte incontroversa na demanda, sobre esta parte, há, sem dúvida, cognição

⁷¹ Ao invés de “inclusão”, seria também pertinente a mera modificação do inc. V, com a seguinte redação: V – rejeitar liminarmente os embargos à execução e os embargos ao mandado monitório,

exauriente. Portanto, é possível ao juiz propiciar uma execução provisória que passe dos limites da alienação coisa. Entretanto, como há ausência de *periculum*, o magistrado, através das máximas de experiência, decidirá sobre o limite da execução.

CONCLUSÕES

- a) A ação monitória carece de elementos processuais que lhe garantam maior efetividade. A principal origem desta problemática encontra-se no trabalho do legislador, que “copiou” o *mandado de ingiunzione* do direito processual civil italiano, porém, inseriu-a num ordenamento distinto. No processo civil italiano, há uma coincidência de princípios entre o procedimento comum e o especial. De outro lado, no Brasil, a ação monitória constitui, de per si, ótima medida para satisfação célere e adequada do bem da vida levado ao Judiciário, porém, o ordenamento processual civil não está em consonância com os seus valores, e a ocorrência deste descompasso é a falta de condições para uma completa aplicação da tutela monitória.
- b) A prova da ação monitória não está circunscrita a apenas um documento, o legislador possibilitou ao credor valer-se de um conjunto probatório (desde que documental) para demonstrar a verossimilhança da sua alegação. Desta feita, rejeita-se a aplicação da teoria do título monitório no Brasil.
- c) O juiz, ao deferir o mandado monitório, exerce juízo com base em cognição sumária. Porém, é de grande valia à efetividade da monitória a utilização de uma ficção legal, determinando que sobre o mandado monitório há cognição exauriente por ficção legal. Como a propositura dos embargos abrem a cognição “real” da ação, inclusive com a devida dilação probatória, há, nesta ação, uma conjugação de duas técnicas cognitivas: a) cognição exauriente por ficção legal e cognição *secundum eventum defensionis*. Esta última, nada mais é, do que a condicionante da cognição plena e exauriente a um ato de defesa volitivo do devedor.
- d) Os embargos ao mandado têm natureza mista. São extrinsecamente ação e intrinsecamente defesa.
- e) A antecipação da tutela, na ação monitória que tem por objeto pagamento de soma em dinheiro, far-se-á através da execução provisória, porém, nem sempre respeitará os limites desta.
- f) Nos casos de antecipação da tutela para entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, a execução seguirá os arts. 621 a 631, todos do CPC.

Todavia, útil seria a possibilidade de uma ordem, através de uma tutela mandamental, obrigando o réu a realizar a entrega, sob pena de multa.

g) Quando a antecipação da tutela tiver como base o *periculum in mora*, a execução não observará os limites do art. 588, do CPC.

h) No caso de antecipação liminar dos efeitos da tutela dentro da ação monitória, sua aplicação dar-se-á através da expedição do mandado monitório qualificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003.
- ARMELIN, Donaldo. *Acesso à justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 31.
- BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil. Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. v. 3. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2000.
- BENASSE, Marcos Antônio. *Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseler, 2001.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3. n. 22.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *A antecipação de tutela no processo monitorio*. R. CEJ, Brasília, n. 17, p. 95-104, abr./jun. 2002.
- CARVALHO NETO, José Rodrigues de. *Da ação monitoria*. RT: São Paulo, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa na demanda no direito processual civil brasileiro*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito, na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1998.
- FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 14. São Paulo, RT: 2002.
- GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di Ingiunzione e Sfratto*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1949.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: RT, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*, tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992.
- _____. *A Antecipação da tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Novas linhas do Processo Civil*. 3ª Ed. São Pulo: RT, 1999.

- MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas*. São Paulo: RT, 2002.
- MORELO, Augusto M. *Perspectivas atuais do direito processual*, in *Revista de Direito Processual Civil*, n. 03, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1384.
- PASETI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo.*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral.v. I*. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. 2º Ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Antecipação da Tutela*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.