

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

CURITIBA

2002

LUCIANA MOURA LEBBOS

A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

Monografia desenvolvida sob a orientação do Professor Manoel Caetano Ferreira Filho e co-orientação do Professor Eduardo Talamini, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em direito.

CURITIBA

2002

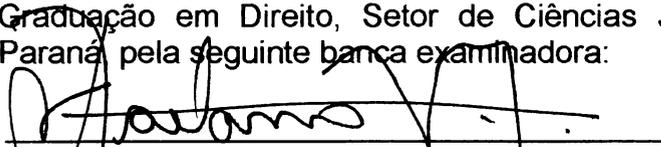
TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA MOURA LEBBOS

A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



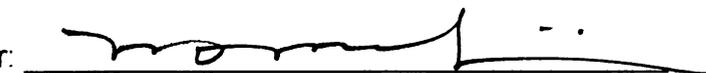
Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Examinador:



Prof. Eduardo Talamini

Examinador:



Prof. Edson Ribas Malachini

CURITIBA
2002

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO.....	2
1.1 Estrutura e finalidade do procedimento monitorio.....	2
1.2 Natureza jurídica da ação monitoria.....	4
1.3 Objeto da ação monitoria. Limitação da tutela a determinadas pretensões.....	6
1.4 Facultatividade da via monitoria.....	10
1.5 Tutela monitoria.....	12
CAPÍTULO 2: A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA.....	14
2.1 Introdução.....	14
2.2 Limitação a documentos <i>escritos</i>	17
2.3 Reunião de documentos.....	18
2.4 Inadmissibilidade de título executivo para instruir a monitoria.....	18
2.5 Conversão da ação monitoria em execução e vice-versa.....	21
2.6 Dúvida objetiva acerca da eficácia executiva do documento que instrui a monitoria.....	24
2.7 Prova escrita como título monitorio.....	26
2.8 Rejeição da teoria do título monitorio.....	28
2.9 Prova escrita e cognição sumária.....	30
2.9.1 A sumariedade da cognição.....	30
2.9.2 A prova escrita diante da sumariedade da cognição.....	31
2.10 Insuficiência da prova escrita: emenda da inicial.....	33
2.11 Liquidez, certeza, exigibilidade.....	36
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

RESUMO

A ação monitória é ação condenatória, que reúne cognição e execução no mesmo processo e tem por finalidade encurtar o caminho percorrido pelo credor até a execução. É uma opção ao procedimento ordinário, posta à disposição do credor que pretende o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel e que dispõe de prova escrita sem eficácia de título executivo. Não há uma definição legal de "prova escrita". Doutrina e jurisprudência entendem que a prova escrita é somente a prova grafada. Nada impede que o autor se utilize de mais de um documento. Não é necessário que a prova escrita demonstre o fato constitutivo do direito do demandante. Basta que revele a probabilidade da existência do direito alegado. Documentos unilaterais ou provenientes de terceiros são admitidos. Não é necessário que a prova escrita seja emanada do réu. A atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz ao analisar a prova escrita é sumária, eis que a decisão que ordena a expedição do mandado monitório é proferida sem que tenha havido ampla instrução e debate entre as partes. Liquidez, certeza e exigibilidade devem estar presentes na prova escrita que instrui a ação monitória, porém não nos mesmos moldes da execução. A prova escrita deve revelar a certeza da obrigação, isto é, deve definir os elementos da obrigação (sujeitos, natureza da prestação, objeto, etc.). Deve também demonstrar a verossimilhança do valor pleiteado pelo autor, ainda que através de mais de um documento, ou de documento unilateral, etc. A petição inicial deve estar acompanhada de memória de cálculo, pois não há, na monitória, espaço para um procedimento liquidatório. Obviamente, a obrigação objeto da ação monitória deve ser exigível, isto é, deve estar no momento de ser cumprida.

INTRODUÇÃO

O procedimento monitorio foi introduzido no direito brasileiro pela Lei nº 9.079/95, que acrescentou ao Código de Processo Civil os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c.

Trata-se de mecanismo destinado a dar maior efetividade ao processo, na medida em que permite ao credor a rápida obtenção do título executivo, sem as delongas do procedimento ordinário.

Adotou-se, no Brasil, procedimento monitorio do tipo documental, isto é, o direito alegado pelo autor deve estar fundado em prova escrita a ser apresentada juntamente com a petição inicial.

O legislador não definiu o sentido da expressão “prova escrita”. Tal definição, deixada a cargo da doutrina e da jurisprudência, tem grande relevância, pois pode ampliar ou restringir o âmbito de utilização da ação monitoria.

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de averiguar a posição da doutrina e da jurisprudência em relação ao conceito de “prova escrita”, ponto crucial do estudo da ação monitoria.

O primeiro capítulo traz algumas considerações preliminares sobre o procedimento monitorio, necessárias para a adequada compreensão do instituto.

No segundo capítulo, aborda-se o tema da prova escrita, à luz da interpretação dada a essa expressão pela doutrina e jurisprudência.

CAPÍTULO 1: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO

1.1 ESTRUTURA E FINALIDADE DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

Inicialmente, é oportuno fazer algumas breves considerações acerca da estrutura do procedimento monitorio no direito brasileiro, para que seja possível compreender algumas de suas peculiaridades. Em poucas palavras, pode-se dizer que o procedimento monitorio foi estruturado da seguinte forma:

O sedizente credor de soma em dinheiro, coisa fungível ou determinado bem móvel propõe a ação monitoria, instruindo a petição inicial com prova escrita sem eficácia de título executivo (artigo 1.102a do CPC).

O juiz, mediante cognição sumária, apreciará a prova escrita levada aos autos pelo autor e, se entender que há verossimilhança, expedirá liminarmente o mandado de pagamento ou de entrega da coisa (artigo 1.102b).

Até aqui não há participação do réu na demanda. O mandado inicial é expedido *inaudita altera parte*, com base em juízo de probabilidade. CALAMANDREI afirma que há “inversão da iniciativa do contraditório”¹; CARNELUTTI entende que o contraditório é “eventual”². Na verdade, *não há* contraditório na fase inicial.³ O contraditório é *diferido* para um momento posterior à expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa.

Conforme bem observa EDUARDO TALAMINI, não há nisso nenhuma ofensa às garantias do processo, eis que o demandado não sofrerá qualquer constrição em sua esfera jurídica antes que lhe seja propiciada a produção de ampla defesa.⁴

Expedido o mandado, o réu será citado para pagar ou entregar o bem em 15 dias ou, nesse mesmo prazo, opor embargos, os quais suspenderão a eficácia do mandado inicial (artigo 1.102c).

¹ *El Procedimiento Monitorio*, p. 25.

² *Apud* CALAMANDREI, *El Procedimiento Monitorio*, p. 26.

³ Nas palavras de GARBAGNATI, “Il procedimento d’ingiunzione (in senso stretto) si profila dunque, normalmente, come un procedimento di cognizione *senza contraddittorio*, poiché l’organo giurisdizionale pronuncia in merito alla domanda d’ingiunzione, senza che la parte contro la quale è proposta sia stata previamente citata, o comunque posta in grado di contraddire.” (*Il Procedimento d’ingiunzione*, p. 32.)

⁴ *Tutela Monitoria*, p. 132.

Citado, o demandado poderá adotar uma dessas três condutas: (a) cumprir o mandado monitório, pagando ou entregando a coisa ao autor no prazo estabelecido. Nesse caso, o processo será extinto e o réu ficará dispensado do pagamento das verbas de sucumbência, que serão suportadas exclusivamente pelo autor (artigo 1.102c, §1º); (b) permanecer inerte e deixar escoar o prazo de 15 dias, após o qual o mandado inicial converter-se-á em mandado executivo, constituindo-se, de pleno direito, o título executivo judicial. O processo prosseguirá na forma prevista no Livro II do Código de Processo Civil (artigo 1.102c, *caput*). A oposição de embargos pelo demandado é, pois, um “ônus perfeito”, isto é, é uma faculdade que, se descumprida, acarreta *imediate* consequência desfavorável ao onerado;⁵ (c) insurgir-se contra o mandado inicial, através da oposição de embargos, que independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos mesmos autos, pelo procedimento ordinário (artigo 1.102c, §2º). Se os embargos forem rejeitados, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II do CPC (artigo 1.102c, §3º). Obviamente, se os embargos forem acolhidos, o mandado inicial perderá sua eficácia.

É esta, em suma, a estrutura do procedimento monitório, que tem como elemento de maior relevância a imediata constituição da autorização para executar, em decorrência da inércia do réu.⁶

O procedimento monitório, assim organizado, tem por finalidade encurtar o caminho percorrido pelo credor até o processo de execução.

Na generalidade dos casos, antes de promover a execução, o credor que não possui título executivo deve passar por todas as fases e formalidades do procedimento ordinário. Porém, se ele dispõe de elementos que revelam forte aparência do direito, não é razoável que suporte a demora do procedimento comum. Nessas situações, a ação monitória permite o acesso à via executiva de forma mais rápida e simples.

Assim, o procedimento monitório atende à garantia da tutela jurisdicional efetiva e adequada às necessidades da situação de direito substancial.⁷

⁵ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 30.

⁶ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 29.

⁷ MARINONI, *O Procedimento Monitório como Forma Processual Destinada a Propiciar uma Maior Efetividade à Tutela dos Direitos*, p. 12.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO MONITÓRIA

A determinação da natureza jurídica da ação monitoria não é tarefa fácil. A questão ainda é bastante controvertida entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros.

Para CARNELUTTI, a ação monitoria não é nem processo de cognição, nem processo executivo. É um “*tertium genus*, que está no entremeio entre a cognição e a execução forçada.”⁸

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, seguindo a lição de CARNELUTTI, entende que a ação monitoria não se enquadra nas tradicionais figuras do processo de conhecimento, de execução e cautelar. Partindo da constatação de que a execução ocorre na mesma relação processual, como uma fase do procedimento, DINAMARCO classifica a ação monitoria como executiva *lato sensu*.⁹

EDUARDO TALAMINI, embora sempre tenha discordado da idéia de que o processo monitorio pudesse ser considerado um novo gênero de processo, diferente dos três tradicionalmente reconhecidos, entendia que a demanda monitoria seria espécie de tutela executiva *lato sensu*, devido ao fato de se processar no mesmo processo em que foi autorizada.¹⁰

Todavia, o eminente Professor reviu seu posicionamento sobre a eficácia da decisão concessiva da tutela monitoria, passando a sustentar que a mesma tem natureza condenatória, não obstante reúna cognição e execução no mesmo processo, como fases sucessivas.

De acordo com TALAMINI, a distinção entre a eficácia condenatória e a executiva *lato sensu* não reside na circunstância de esta permitir atividade executiva no próprio processo em curso e aquela exigir subsequente processo de execução. Não se trata de um aspecto meramente procedimental. A diferença está relacionada aos poderes dos sujeitos processuais na atuação executiva. Enquanto a execução que se segue à ação condenatória é regida pelas rígidas e pormenorizadas regras

⁸ *Instituições do Processo Civil*, v. I, p. 132.

⁹ *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 248.

¹⁰ *Tutela Monitoria*, 1ª ed., p. 148.

do Livro II do CPC, a atuação executiva *lato sensu* não se submete a um modelo fixo preestabelecido, sendo disciplinada por fórmulas genéricas.¹¹

O artigo 1.102c do CPC, ao dispor que a execução será feita na forma prevista no Livro II do Código, deixa evidente a natureza condenatória da ação monitória.

GERSON FISCHMANN também entende que a ação monitória é condenatória. Diz ele que “a monitória é ação condenatória, pois o resultado final é a obtenção do título executivo.”¹²

Para o processualista gaúcho, no entanto, a execução é processo distinto do monitório, e não uma fase deste. Segundo FISCHMANN, o procedimento monitório é dividido em duas fases: (a) fase inicial, que se inicia com a propositura da demanda e finda com o término do prazo para cumprimento do mandado ou oposição de embargos, e (b) fase ordinária, que se inicia com a apresentação dos embargos. Essa segunda fase não existirá se o réu não opuser embargos ao mandado monitório. Não há a chamada fase executiva. “A execução que se segue após a constituição do título executivo no procedimento monitório não é uma fase deste, mas uma nova ação que se inicia.”¹³

Esse entendimento foi criticado por TALAMINI: “A dificuldade de Fischmann está em aceitar uma demanda condenatória que propicie, na mesma relação processual, execução. Mas, não há o que obste tal solução. O tema insere-se no terreno estritamente processual: ao disciplinar a “ação monitória” o legislador reputou mais eficaz reunir as duas atividades em sucessivas fases no mesmo processo.”¹⁴

E complementa, citando a lição de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA: “Ovídio B. da Silva, o principal formulador da teoria das executivas *lato sensu* e mandamentais na doutrina atual, não descarta que em tese exista demanda condenatória nesses moldes – apenas ressaltando que nem por isso ela se tornará executiva *lato sensu* (“mesmo tornada unitária, a condenatória conservaria sua natureza” – *Curso...*, p. 85). É o que ocorre na hipótese em exame.”¹⁵

¹¹ *Tutela ...*, 2ª ed., p. 172-173.

¹² *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 358.

¹³ *Comentários ...*, p. 362.

¹⁴ *Tutela ...*, p. 174.

¹⁵ *Tutela ...*, p. 174-175.

ERNANE FIDELIS DOS SANTOS critica a idéia de que a ação monitória tem natureza condenatória. Para o autor, o procedimento monitório, “sem se fixar nas formas comuns da tutela de conhecimento, através da simples declaração, condenação ou constitutividade, delas conserva alguns traços, situando-se, porém, em sede bem mais próxima da simples execução.”¹⁶

Essa concepção merece ser rejeitada. Não é correto dizer que o procedimento monitório é processo de execução, pois o juiz realiza atividade cognitiva, ainda que sumária, ao deferir o mandado inicial. Veja-se, a respeito, o item 2.9 adiante.

1.3 OBJETO DA AÇÃO MONITÓRIA. LIMITAÇÃO DA TUTELA A DETERMINADAS PRETENSÕES

Dispõe o artigo 1.102a do Código de Processo Civil que “a ação monitória 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.”

Esse dispositivo foi nitidamente inspirado no direito italiano. O artigo 633 do *Codice di Procedura Civile* oferta o *procedimento d’ingiunzione* ao sedizente credor de uma “*somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili*” ou ainda a quem tem “*diritto alla consegna di una cosa mobile determinata*”.¹⁷

O legislador limitou a tutela monitória a determinadas pretensões, quais sejam, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível, entrega de determinado bem móvel. O titular de pretensão não arrolada no artigo 1.102a terá que se valer do procedimento comum ou de outra forma especial de tutela para satisfazer seu direito, mesmo que preencha os requisitos exigidos para a utilização da ação monitória.

¹⁶ *Ação Monitória*, p. 23.

¹⁷ O artigo 633 do CPC italiano foi assim redigido: “*Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento : di consegna ...*”

Assim, estão excluídas da tutela monitoria todas as relações jurídicas não-patrimoniais, bem como as pretensões relativas às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar bens imóveis.

De acordo com TALAMINI, a impossibilidade de utilização da ação monitoria para tutelar pretensões relativas a obrigações de fazer, não fazer e entregar bens imóveis expressa mera opção do legislador. Afirma o eminente Professor que não há nenhuma incompatibilidade funcional ou estrutural entre essas pretensões e o procedimento monitorio. A exclusão dos bens imóveis não se justifica pelo fato de geralmente terem maior valor econômico, pois também há bens móveis de grande valia. Ademais, o procedimento monitorio brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros países¹⁸, não tem sua utilização condicionada a qualquer limitação relativa ao valor da causa. Tampouco pode-se afirmar que as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar bens imóveis foram excluídas do âmbito de cabimento da ação monitoria porque estão abrangidas por outras formas especiais de tutela, como por exemplo artigo 461 do CPC, ação de despejo, ações possessórias, etc. Isso porque (a) nem todas as pretensões não atendidas pela via monitoria estão incluídas nessas outras. TALAMINI cita como exemplo a pretensão ao recebimento de bem imóvel que não diga respeito a relação locatícia nem a conflito possessório; (b) por outro lado, algumas pretensões abrangidas pela tutela monitoria também podem ser satisfeitas por outras formas especiais de tutela. É o que ocorre com os bens móveis, que podem ser objeto tanto de ação monitoria como de ação possessória; (c) os outros procedimentos especiais nem sempre propiciam a imediata execução em caso de inércia do réu.¹⁹

A opção do legislador é criticável, pois enseja discussões preliminares sobre a natureza da obrigação (se o bem é móvel ou não; se a obrigação é de fazer ou de entregar bem móvel; etc), o que dificulta a plena aplicação da tutela monitoria.

¹⁸ A nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola limita o cabimento do procedimento monitorio a cobrança de dívidas não superiores a cinco milhões de pesetas. É o que dispõe o art. 812, 1, da referida lei: "Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas siguientes: (...)"

¹⁹ *Tutela ...*, p. 124-125.

Conforme bem observa TALAMINI, a diferenciação processual deve ser estabelecida apenas nos casos em que haja justificação material para tanto.²⁰

Também estão excluídas da via monitória as pretensões meramente declaratórias e constitutivas. Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “As situações da vida que autorizam a tutela monitória caracterizam-se como *crises de adimplemento*, que ordinariamente legitimariam a tutela condenatória.”²¹ Afirma TALAMINI que “No sistema posto, a estrutura monitória foi reservada exclusivamente para as ‘tutelas de repercussão física’ (termo mais amplo que abrange tanto a eficácia condenatória quanto, para os que as concebem, a ‘mandamental’ e a ‘executiva *lato sensu*’). (...) Não está disponível para as ‘crises de incerteza’ e de ‘situação jurídica’.”²²

Para CALAMANDREI, seria perfeitamente possível admitir a via monitória para tutelar pretensões meramente declaratórias e constitutivas.²³

TALAMINI entende que a tutela monitória poderia ser empregada para as demandas constitutivas, desde que envolvessem interesses disponíveis. Em relação às demandas de mera declaração, entende o Professor que a utilização da tutela monitória não é adequada, em razão da diminuta utilidade de um provimento sem o reforço da coisa julgada^{24, 25}.

Restam ainda algumas observações a serem feitas acerca das pretensões tuteladas pela via monitória.

O artigo 1.102a do CPC alude a *coisa fungível e bem móvel determinado*. Ao tratar das diversas espécies de execução, o Código faz menção às execuções de dar *coisa certa* e de dar *coisa incerta*. Haveria uma coincidência entre coisa fungível/coisa incerta e coisa infungível/coisa certa?

GERSON FISCHMANN, com apoio na lição de PONTES DE MIRANDA, entende que *coisa fungível* não se confunde com *coisa incerta*. Coisa fungível, nos

²⁰ *Tutela ...*, p. 125.

²¹ *A Reforma ...*, p. 232.

²² *Tutela ...*, p. 125.

²³ *El Procedimiento ...*, p. 28.

²⁴ No âmbito da tutela monitória, somente haverá provimento revestido de coisa julgada se o réu opuser embargos. A decisão que defere a expedição do mandado inicial não tem autoridade de coisa julgada, pois é proferida com base em cognição sumária, sem contraditório. Sobre o tema veja-se, por todos, TALAMINI, *Tutela Monitória*, p. 92 e ss.

²⁵ *Tutela ...*, p. 128-130.

termos do artigo 50 do Código Civil, é coisa móvel que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade. Já a coisa incerta está definida pelo gênero e quantidade, mas não foi ainda individualizada.²⁶

Tendo o CPC mencionado no artigo 1.102a *coisa fungível e bem móvel determinado*, estaria excluída da tutela monitoria a obrigação de entregar coisa incerta? Para ANTONIO CARLOS MARCATO a resposta é negativa. Segundo o autor, o legislador simplesmente utilizou a fórmula do direito italiano, sem cogitar da exclusão, pois nada justificaria a solução contrária. Assim, se a escolha couber ao demandante, este já a indicará na petição inicial da ação monitoria. Se, ao contrário, a escolha for do réu, o autor formulará pedido de entrega de coisa incerta, indicando e comprovando documentalmente o seu gênero e quantidade. O réu fará a escolha por ocasião do cumprimento do mandado monitorio ou, se não cumpri-lo voluntariamente, por ocasião da intimação prevista no §3º do artigo 1.102c, conjugado com o artigo 629 do CPC.²⁷

FISCHMANN entende ser inviável o emprego do procedimento monitorio quando a escolha couber ao réu. Argumenta ele que, se o autor não concordar com a coisa escolhida, não haverá meios de se estabelecer um contraditório através de um incidente de individualização da coisa.²⁸

No entanto, conforme bem observa TALAMINI, quando o réu efetuar a individualização por ocasião do cumprimento do mandado inicial, o autor será ouvido em seguida, como seria feito em qualquer outro caso, para que ele se manifestasse sobre a correção do cumprimento, podendo então impugnar a escolha do demandado. Se a impugnação for acolhida, restará caracterizado o não cumprimento, constituindo-se o título executivo.²⁹

Por fim, resta verificar se a ação monitoria tutela apenas pretensões obrigacionais ou também abrange pretensões reais relativas a entrega de coisa móvel.

De acordo com TALAMINI, a questão deve ser antecedida pela análise de outro problema: saber se as pretensões reais a entrega de coisa estão submetidas à

²⁶ *Comentários ...*, p. 364.

²⁷ *O Processo Monitorio Brasileiro*, p. 61.

²⁸ *Comentários ...*, p. 366.

²⁹ *Tutela ...*, p. 123.

execução na forma do Livro II do CPC ou se processam-se sempre pela via executiva *lato sensu*, independentemente de expressa previsão legal.³⁰

A questão deve ser examinada à luz do artigo 461-A, acrescentado recentemente ao Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002. Esse dispositivo estabelece a eficácia executiva *lato sensu* para a generalidade dos deveres de entrega de coisa. Portanto, após a alteração do Código, as pretensões reais a entrega de coisa passaram a estar, em regra, submetidas a ações executivas *lato sensu*. Todavia, a inovação do artigo 461-A não afasta a possibilidade de utilização da via monitória. Assim, em se tratando de pretensão relativa a entrega de coisa, o credor tem a faculdade de optar entre a ação executiva *lato sensu* e a ação monitória.

TALAMINI, mesmo antes de ser aprovada a reforma que introduziu o artigo 461-A no CPC, já observava que o estabelecimento do modelo executivo *lato sensu* como regra geral relativa aos deveres de entrega de coisa gera uma preocupante dicotomia: enquanto as ações comuns de conhecimento que têm por objeto a entrega de coisa são executivas *lato sensu*, as ações monitórias com o mesmo objeto geram “título executivo” autorizador do processo do Livro II.³¹

1.4 FACULTATIVIDADE DA VIA MONITÓRIA

Está pacificado, tanto na doutrina³² quanto na jurisprudência³³, o entendimento segundo o qual a ação monitória tem caráter facultativo. Quem pretender o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel e possuir prova escrita da obrigação pode optar entre a via monitória e o procedimento comum.

Nem sempre a ação monitória será o melhor caminho para satisfazer a pretensão do autor. Se ele não se sentir seguro com a prova escrita que possui, e

³⁰ *Tutela ...*, p. 124.

³¹ *Tutela ...*, p. 124.

³² TALAMINI, *Tutela ...*, p. 90; DINAMARCO, *A Reforma...*, p. 233; CRUZ E TUCCI, *Ação Monitória*, p. 65; FÁTIMA ANDRIGHI, *Da Ação Monitória: Opção do Autor*, p. 14-17; THEODORO JR, *Curso de Direito Processual Civil*, v. III, p. 335; ELAINE HARZHEIM MACEDO, *Do Procedimento Monitório*, p. 171, entre outros.

³³ STJ, REsp 296044/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.04.2001; REsp 208870/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28.06.1999.

não quiser correr o risco de ter o mandado inicial indeferido, deverá optar pelo procedimento comum. Pode o demandante escolher o procedimento comum por querer aguardar mais tempo para que ocorram resultados práticos e, em contrapartida, obter decisão revestida de coisa julgada^{34,35}.

Também a regra contida no §1º do artigo 1.102c do CPC pode levar o autor a optar pelo procedimento comum. Dispõe a referida norma que, se o réu cumprir o mandado inicial, ficará isento do pagamento de custas e honorários advocatícios. Por conseqüência, o autor arcará com a totalidade das verbas de sucumbência. Trata-se de “sanção positiva ou premial”, destinada a induzir psicologicamente o réu a cumprir voluntariamente o mandado e abreviar o curso do processo.³⁶ Por outro lado, tal mecanismo é “verdadeiro ato de renúncia de parte do direito de crédito que a lei impõe ao autor de ação monitória.”³⁷ Assim, se o demandante não estiver disposto a abrir mão dos valores relativos às custas e honorários advocatícios, deverá optar pela via ordinária.

Nas palavras de TALAMINI, “a instituição da tutela monitória deve ser compreendida como *plus*, reforço em relação ao sistema de tutela ordinária, a que poderá recorrer o jurisdicionado se lhe parecer conveniente –, e não como nova complicação procedimental.”³⁸ No mesmo sentido é a lição de DINAMARCO, ao afirmar que “a oferta da tutela monitória pela lei brasileira não significa para o autor uma restrição, de molde a eliminar as *vias ordinárias* em relação às pretensões que sejam hábeis a proporcionar a via especialíssima. Esta não tem caráter de exclusividade.”³⁹

Contudo, não é demais ressaltar que a ação monitória é uma opção em relação ao procedimento comum de conhecimento, nunca em relação à execução. Não é possível ajuizar ação monitória com base em título executivo. Sobre o tema, veja-se o item 2.4 adiante.

1.5 TUTELA MONITÓRIA

³⁴ Sobre a coisa julgada, veja-se a nota 23 acima.

³⁵ Os exemplo são de TALAMINI, *Tutela ...*, p. 90.

³⁶ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 142.

³⁷ FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, *Da Ação Monitória: Opção do Autor*, p. 73-74.

³⁸ *Tutela ...*, p. 90-91.

³⁹ *A Reforma ...*, p. 233.

A doutrina freqüentemente se refere à ação monitória como espécie de “tutela jurisdicional diferenciada”. No entanto, conforme bem observa EDUARDO TALAMINI, nem todo mecanismo destinado a dar maior eficiência ao processo será “tutela jurisdicional diferenciada”. Se o instrumento tiver aplicação genérica, não sendo destinado a tutelar situações materiais específicas, não é tratamento diferenciado. É o que ocorre com o poder geral de cautela e com a possibilidade genérica de antecipação de tutela prevista no artigo 273 do CPC. Ambos os institutos são aplicáveis a qualquer situação substancial de urgência. Não incidem apenas sobre uma determinada classe de situações substanciais.⁴⁰

Portanto, seguindo-se o critério adotado por TALAMINI, para que o procedimento monitório possa ser classificado como algo diferenciado em nosso ordenamento jurídico, é necessário que nele sejam detectadas características peculiares.⁴¹

É o Professor TALAMINI quem melhor trata do tema. Observa ele que as características geralmente apontadas pela doutrina como peculiares ao processo monitório (cognição sumária, provimento *inaudita altera parte*, contraditório diferido, cognição e execução no mesmo processo), existem também nos outros gêneros processuais.⁴²

Afirma o Professor que a peculiaridade do procedimento monitório reside na conjugação de tutelas. Partindo das lições de LIEBMAN⁴³, DINAMARCO⁴⁴ e BEDAQUE⁴⁵, TALAMINI emprega a expressão “tutela jurisdicional” para designar o “resultado prático dos provimentos jurisdicionais que repercute no âmbito da

⁴⁰ *Tutela ...*, p. 121-122.

⁴¹ A “tutela diferenciada” pode ser conceituada segundo dois critérios: (a) o critério proposto por Talamini, segundo o qual a tutela é diferenciada na medida em que se desenvolve através de mecanismos especiais estabelecidos em vista de peculiaridades do direito material. De acordo com esse critério, a tutela monitória não é “diferenciada”, pois embora se desenvolva por mecanismos especiais, diferentes dos ordinários, tais mecanismos não tomam em conta peculiaridades da situação material; (b) o critério que considera “diferenciada” toda tutela que se desenvolva através de mecanismos diferentes dos usados no processo comum, em especial, cognição sumária. Nesse sentido, a tutela monitória é “diferenciada”.

⁴² *Tutela ...*, p. 191.

⁴³ “Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente.”

⁴⁴ “Direito à tutela’ é algo diverso do simples direito de ser ouvido pelos tribunais ou mesmo da chamada ‘ação abstrata condicionada’”.

situação conflituosa levada ao juiz, oferecendo àquele que dele se beneficia situação mais favorável do que a que tinha antes. Abrange o tema dos 'efeitos principais' dos provimentos jurisdicionais, embora a esse não se limite."⁴⁶

Há no procedimento monitório tutela declaratória, advinda da decisão que determina a expedição do mandado. Essa decisão, proferida com base em cognição sumária, declara apenas a probabilidade da existência do crédito. Além disso, não se reveste da coisa julgada. Por isso, a tutela declaratória existe, mas é tênue.

A decisão inicial gera também outra tutela, eficaz desde logo. Ao deferir a expedição do mandado, o juiz está a emitir um comando ao réu. O vocábulo "mandado" não significa apenas documento que veicula comunicação às partes. Refere-se a "ato do juiz", a um verdadeiro comando ao réu. Esse comando é acompanhado de sanção premial: se o réu cumprir a obrigação, ficará isento do pagamento das verbas de sucumbência. De acordo com TALAMINI, a sanção premial é "meio de incentivo", "mecanismo destinado a *interferir* na vontade do demandado, *influenciando-a*. Repita-se: é algo simétrico aos meios coercitivos (multa por dia de atraso, prisão civil)."⁴⁷ O emprego de mecanismo de indução psicológica é instrumento de tutela jurisdicional, tal como a aplicação de meios coercitivos. Logo, há tutela em favor do autor desde a emissão do mandado.

Se a tutela indutiva não lograr êxito, e o réu opuser embargos ao mandado, a decisão inicial propiciará ainda a tutela condenatória em favor do demandante.

Feitas essas considerações, TALAMINI conclui que "a forma como se relacionam as três [tutelas – declaratória, indutiva e condenatória –] e, sobretudo, a singularidade da segunda delas permitem que sejam denominadas globalmente de *tutela monitória*, como algo peculiar em nosso sistema."⁴⁸

⁴⁵ Utiliza a expressão "tutela jurisdicional" para designar os resultados concretos, no âmbito do direito substancial, favoráveis à partes e gerados pelo exercício da jurisdição.

⁴⁶ *Tutela ...*, p. 193.

⁴⁷ *Tutela ...*, p. 194.

⁴⁸ *Tutela ...*, p. 195.

CAPÍTULO 2: A PROVA ESCRITA NA AÇÃO MONITÓRIA

2.1 INTRODUÇÃO

Exige o artigo 1.102a do CPC que a ação monitoria seja proposta “com base em prova escrita sem eficácia de título executivo”.

A exigência de prova escrita revela a adoção do procedimento monitorio documental, cuja admissibilidade está condicionada à apresentação de documentos escritos. No procedimento monitorio puro, adotado pela Alemanha e pela Áustria, basta que o autor afirme seu direito; não é necessário apresentar prova das alegações.

Também o direito italiano, no qual se inspirou o legislador brasileiro, adota um procedimento monitorio documental. Mais precisamente, pode-se dizer que o modelo italiano consiste, na expressão de PROTO PISANI, em uma “*ibrida fusione del procedimento monitorio puro e di quello documentale*”⁴⁹, pois em certas hipóteses a prova escrita é necessária, ao passo que em outras é dispensada.

A matéria está disciplinada pelo artigo 633 do *Codice di Procedura Civile*, que assim dispõe:

Art. 633 Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:

- 1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta;
 - 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo;
 - 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata.
- (...)

As hipóteses contidas nos números 2 e 3 acima transcritos dispensam a prova escrita, mas a petição inicial deve estar acompanhada da conta das despesas

⁴⁹ *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 607.

ou dos honorários, firmada pelo autor e com parecer da associação comercial competente, conforme exige o artigo 636⁵⁰.

A jurisprudência italiana consolidou entendimento no sentido de que a prova escrita a que se refere o artigo 633, 1, do CPC pode ser constituída de *“qualsiasi documento meritevole di fede quanto all'autenticità ed avente una efficacia probatoria del diritto stesso”*⁵¹.

O artigo 634 complementa o disposto no artigo 633, 1, ao estabelecer que

Sono prove scritte idonee a norma del numero 1 dell'articolo precedente le polizze e promesse unilaterali per scrittura privata e i telegrammi, anche se mancanti dei requisiti prescritti dal codice civile.

Per i crediti relativi a somministrazioni di merci e di danaro, nonché per prestazioni di servizi, fatte da imprenditori che esercitano un'attività commerciale, anche a persone che non esercitano tale attività, sono altresì prove scritte idonee gli estratti autentici delle scritture contabili di cui agli art. 2214 e seguenti del codice civile, purchè bollate e vidimate nelle forme di legge e regolarmente tenute, nonché gli estratti autentici delle scritture contabili prescritte dalle leggi tributarie, quando siano tenute con l'osservanza delle norme stabilite per tali scritture.

Essa norma permite que o autor do procedimento monitório utilize provas que não seriam admitidas no procedimento ordinário. Daí porque PROTO PISANI afirma que o procedimento monitório italiano é um *“procedimento documentale attenuato”*, pois *“in quanto per prova scritta si intendono tutta una serie de scritture che, se fatte valere in un processo a cognizione piena, no avrebbero alcuna efficacia probatoria; mentre tale efficacia l'hanno nella fase sommaria del procedimento d'ingiunzione, e come tali sono idonee a giustificare, da sole, l'accoglimento della domanda.”*⁵²

No mesmo sentido é a doutrina de MANDRIOLI, que alude a *“lieve allargamento della portata probatoria”*, admitindo inclusive prova escrita proveniente de terceiros.⁵³

⁵⁰ “Art. 636. Nei casi previsti nei numeri 2 e 3 dell'art. 633, la domanda deve essere accompagnata dalla parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale. Il parere non occorre se l'ammontare delle spese e delle prestazioni è determinato in base a tariffe obbligatorie. Il giudice, se non rigetta il ricorso a norma dell'art. 640, deve attenersi al parere nei limiti della somma domandata, salva la correzione degli errori materiali.”

⁵¹ GARBAGNATI, *Il Procedimento d'ingiunzione*, p. 51-52.

⁵² *Lezioni...*, p. 609.

⁵³ *Corso di Diritto Processuale Civile*, p. 179.

O legislador espanhol arrolou um amplo rol de documentos aptos a instruir a petição inicial da ação monitória.

A regra básica disciplinadora da prova escrita no procedimento monitório espanhol está contida no artigo 812, *apartado primero*, da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, promulgada no início de 2000. O referido dispositivo legal autoriza a utilização do procedimento monitório àquele que demonstre sua condição de credor de dívida pecuniária, não superior a cinco milhões de pesetas,

1ª Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

2ª Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.⁵⁴

Trata-se de documentos provenientes do devedor (1ª) ou unilateralmente produzidos pelo credor, mas que habitualmente documentam créditos e dívidas (2ª).

De acordo com JUAN PABLO CORREA DELCASSO, o rol de documentos estabelecido pelo legislador não é *numerus clausus*, mas sim meramente exemplificativo. Assevera o autor espanhol que “no ha de interpretarse en ningún momento a modo de *numerus clausus* sino como una simple enumeración ejemplificativa cuya valoración corresponde única y exclusivamente al juzgador, al no constituir más que un simple ‘principio de prueba’ que sólo a él y a nadie más há de convencer.”⁵⁵

O legislador brasileiro não conceituou a “prova escrita”. Tampouco elaborou um rol de provas, caracterizando-as como prova escrita. A tarefa de definir o que seja prova escrita ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência. Como bem observa MARINONI, “o conceito de prova escrita, desta forma, à semelhança do que ocorre com outros conceitos fundamentais para o direito processual civil – como o de

⁵⁴ O apartado segundo do mesmo artigo complementa essa regra, dispondo que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudir al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: 1º Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera. 2º Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.”

⁵⁵ *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 53.

sentença condenatória –, é um conceito eminentemente científico-doutrinário. Cabe à doutrina e à jurisprudência, assim, a tarefa de precisar o conceito de prova escrita.⁵⁶

2.2 LIMITAÇÃO A DOCUMENTOS ESCRITOS

Na ação monitória, exige-se prova escrita em sentido estrito, isto é, somente documento *escrito* enseja o ajuizamento de ação monitória. Nesse sentido é a lição de CARREIRA ALVIM: “Embora a lei não conceitue a prova *escrita*, para fins monitórios, inexistente dúvida de que considera tal apenas a prova escrita *strictu sensu*, quer dizer a **grafada**, compreendendo tanto as provas ‘preconstituídas’ quanto as ‘casuais’.”⁵⁷ Explica o jurista que a prova preconstituída “é aquela preparada com anterioridade, com vistas à demonstração do fato probando, podendo ser tanto um documento público como particular.”⁵⁸ Esclarece ainda que a prova preconstituída não se confunde com a prova literal: “Pode haver prova literal que não seja preconstituída, como por exemplo uma carta escrita sem a intenção de que pudesse servir como prova, mas que, por alguma circunstância, vem a ser depois exibida em juízo. Essas provas são denominadas **provas casuais**. O que distingue a prova escrita ‘preconstituída’ da prova escrita ‘casual’ é a finalidade que *a priori* se destina a primeira, de servir de prova do fato que se quer provar, objetivo ausente na segunda, que apenas casualmente se presta a esse desiderato.”⁵⁹

No mesmo sentido é a doutrina de NELSON NERY JR: “Exige-se a *prova escrita em sentido estrito*, para que se admita a ação monitória. A prova escrita em sentido amplo (fita-cassete, VHS, sistema áudio-visual, início de prova de que fala o CPC 402 I etc.) não é hábil para aparelhar a ação monitória.”⁶⁰

Assim, estão excluídas do conceito de prova escrita as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou de outra espécie que não o documento escrito.

⁵⁶ O Procedimento Monitório ..., p. 14.

⁵⁷ Procedimento Monitório, p. 63.

⁵⁸ Procedimento ..., p. 63.

⁵⁹ Procedimento ..., p. 63.

⁶⁰ Atualidades sobre o Processo Civil, p. 227.

Também os registros de informática não são hábeis a instruir a ação monitoria, embora a lei que introduziu o procedimento monitorio no direito brasileiro tenha sido promulgada em uma época em que os negócios celebrados mediante registros informatizados estivessem se tornando cada vez mais comuns.

Talvez o legislador tenha excluído tais registros em razão das dúvidas acerca da autenticidade que iriam surgir em vários casos concretos, dificultando, assim, a concessão da tutela monitoria. No entanto, esse argumento não é válido, uma vez que também a autenticidade da prova escrita pode ser posta em dúvida. Diante disso, conforme bem observa TALAMINI, “teria sido razoável a extensão da tutela monitoria às situações documentadas em suportes informáticos.”⁶¹

2.3 REUNIÃO DE DOCUMENTOS

Está pacificado, tanto na doutrina⁶² como na jurisprudência⁶³, o entendimento segundo o qual a prova escrita pode ser constituída de mais de um documento.

Conforme bem observa DINAMARCO, “Nada obsta a que, para configurar a *prova escrita* legitimadora do processo monitorio, valha-se o autor de dois ou vários documentos, cada um insuficiente mas que, somados, sejam capazes de induzir a probabilidade suficiente.”⁶⁴

No mesmo sentido é a lição de CRUZ E TUCCI ao ponderar que “a probabilidade do direito invocado deve ser atestada pela vertente qualitativa, e não quantitativa, da prova produzida.”⁶⁵

2.4 INADMISSIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO PARA INSTRUIR A MONITÓRIA

O artigo 1.102a do CPC faculta a utilização do procedimento monitorio ao

⁶¹ *Tutela ...*, p. 68.

⁶² TALAMINI, *Tutela ...*, p. 75; CRUZ E TUCCI, *Ação ...*, p. 88; MARCATO, *O Processo ...*, p. 64; MARINONI, *O Procedimento ...*, p. 17; entre outros.

⁶³ STJ, REsp 337589/MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 10.06.2002; REsp 331367/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 04.03.2002; Súmula 247.

⁶⁴ *A Reforma ...*, p. 235.

⁶⁵ *Ação Monitoria*, p. 88.

credor que possui “prova escrita sem eficácia de título executivo”.

Vê-se que o legislador expressamente excluiu a possibilidade de ajuizamento da ação monitória com base em título executivo. Essa regra encontra justificativa na própria finalidade da ação monitória. O procedimento monitório é ação condenatória de rito célere. Ao invés de seguir o longo caminho do procedimento ordinário, pode o titular do direito de crédito, desde que preencha os requisitos legais, optar por tomar um atalho e chegar mais rapidamente ao título com força executiva. É justamente essa a finalidade da ação monitória: abreviar o trajeto até o título executivo.

Se o credor já dispõe de título executivo, falta-lhe interesse de agir em promover a ação de conhecimento. O resultado que alcançaria ao propor a ação monitória seria a obtenção do título executivo, que ele já possui. Logo, a prestação jurisdicional buscada não seria *necessária* nem *adequada*, pois não renderia ao autor posição jurídica mais favorável do que aquela em que já se encontra.

O ajuizamento da ação monitória pelo credor que já dispõe de título executivo encontra óbice também em outra condição da ação: a possibilidade jurídica do pedido. O pedido não poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário, pois tal possibilidade já foi excluída *a priori* pelo ordenamento jurídico. Trata-se de pedido juridicamente impossível, que não deverá ser considerado pelo juiz.

ERNANE FIDELIS DOS SANTOS entende que somente o credor que possui título executivo *judicial* não pode ajuizar a ação monitória. Em se tratando de título *extrajudicial*, sustenta o processualista que seria possível promover a ação monitória. Afirma ele que “se o título judicial oferece mais segurança para o credor, inclusive quanto à restrição ao âmbito dos embargos do devedor, o credor só perde interesse na monitória se o título for judicial.”⁶⁶

Todavia, tal entendimento não merece prosperar. Em primeiro lugar, o legislador não fez diferença entre título executivo judicial e extrajudicial ao redigir a norma do artigo 1.102a do CPC. Dispõe esse artigo que a ação monitória é cabível com base em “prova escrita sem eficácia de título executivo”. Logo tanto títulos executivos judiciais como extrajudiciais não são aptos a instruir ação monitória.

Em segundo lugar, não se pode sustentar que, na hipótese em análise, haja interesse de agir. De acordo com a lição de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO,

⁶⁶ *Ação ...*, p. 47.

“essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária* e *adequada*.”⁶⁷

Se o credor que já dispõe de título executivo extrajudicial iniciar uma ação monitória, e o devedor opuser embargos ao mandado monitório, será instaurado um procedimento ordinário versando sobre matéria que já está contida em um título líquido, certo e exigível, passível de embasar uma ação de execução de título extrajudicial. É evidente que, nesse caso, o Judiciário estará trabalhando à toa. Não há razão para acionar o Judiciário mediante a propositura de um processo de conhecimento se é possível, desde logo, propor a execução. A limitação da matéria que poderá ser alegada em embargos à execução não justifica a provocação do Judiciário para que este emita um provimento inócuo em sede de processo de conhecimento.

Cabe transcrever aqui a brilhante lição do Professor EDUARDO TALAMINI:

...a idéia de que “quem pode o mais, pode o menos” – que está por trás do argumento criticado – não é sempre compatível com a exata noção de “interesse de agir”. A relação de adequação e utilidade entre a necessidade de tutela e o instrumento utilizado, que é o que configura o “interesse de agir”, toma em conta também a posição do Estado. Tal relação não considera apenas a mera vontade do demandante (em poder escolher “o mais” ou “o menos”) ou o puro e simples benefício patrimonial do demandado. Mais que tudo isso, importa evitar atuação jurisdicional inútil: o Estado não vai desenvolver processo, com todo o custo econômico e social que isso traz, para a obtenção de resultado que desde o início já se tem.⁶⁸

Conforme bem observa SERGIO SHIMURA, “o credor, já detentor de título executivo, não logrará obter uma posição jurídica mais privilegiada, no plano prático, se propuser uma ação de cognição, de natureza condenatória ou declaratória, apenas para se ferrar de uma grau maior de certeza, em vez de executar.”⁶⁹

⁶⁷ *Teoria Geral do Processo*, p. 257.

⁶⁸ *Tutela ...*, p. 300.

⁶⁹ *Sobre a Ação Monitória*, p. 63.

Por fim, mesmo que se entenda estar presente o interesse de agir, não há dúvida de que inexistente a possibilidade jurídica do pedido, na medida em que, conforme exposto acima, a propositura de ação monitória com base em título executivo, seja judicial ou extrajudicial, foi vedada *a priori* pelo ordenamento jurídico.

Portanto, a ação monitória proposta com base em título executivo, seja esta judicial ou extrajudicial, deverá ser extinta sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC.

2.5 CONVERSÃO DA AÇÃO MONITÓRIA EM EXECUÇÃO E VICE-VERSA

Verificado que a ação monitória foi proposta com base em título executivo, deve o juiz extinguir o processo de imediato ou conceder prazo ao autor para que ele se manifeste quanto à possibilidade de recebimento da demanda como ação de execução? E se a parte tiver ajuizado execução com base em documentos que não configuram o título executivo, mas que poderiam instruir ação monitória, deve o juiz oportunizar ao autor a conversão do feito antes de extinguir o processo?

O problema da possibilidade de conversão da ação monitória em execução (e vice-versa) está contido em uma questão mais ampla: a possibilidade de conversão de um *processo* em outro, por emenda à petição inicial. Algumas considerações merecem ser feitas acerca do tema.

Tradicionalmente, a doutrina admite a conversão de um *procedimento* em outro. Assim, pode-se, por exemplo, adaptar o procedimento sumário ao ordinário, e vice-versa. Quanto à transformação de *processo*, no entanto, há divergência.

MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO entende não ser possível a conversão do processo de execução em processo de conhecimento. Afirma o eminente Professor que “A conversão do processo de execução em processo de conhecimento, ou vice-versa, importa em mudança do pedido e não simples alteração, sendo, pois, proibida.”⁷⁰

J. J. CALMON DE PASSOS sustenta que “não será viável, em nenhuma hipótese, converter-se um processo de cognição em processo de execução ou vice-

⁷⁰ *A Preclusão no Direito Processual Civil*, p. 77. Ao participar da banca examinadora deste trabalho, o autor comunicou que modificou seu entendimento diante da nova redação do artigo 294 do Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 8.718, de 14 de outubro de 1993.

versa, porquanto, na espécie, o próprio pedido é que estaria sendo modificado, o que não é admissível na sistemática do Código.”⁷¹

No entanto, conforme ensina EDSON RIBAS MALACHINI, “tal alteração ‘não é admitida na sistemática do Código’ após ‘feita a citação’ do réu, nos termos do art. 264, *caput* (e, ainda assim, desde que não haja o seu consentimento, que afastaria a vedação legal, abrindo-se-lhe novo prazo para resposta). Mas, antes de feita a citação, a modificação do pedido e da causa de pedir é permitida livremente ao autor e, portanto, insere-se perfeitamente ‘na sistemática do Código’.”⁷²

Prossegue o eminente Professor:

...quando se está na fase inicial do processo, quando os erros podem ainda ser muito mais eficazmente corrigidos; quando a petição inicial pode ser emendada (art. 284), adaptada “ao tipo de procedimento legal”; quando se permite que o autor livremente mude o pedido ou a causa de pedir (art. 264): não vemos por que distinguir entre modificação da ação (em que redundaria a mudança de qualquer desses elementos) no âmbito do mesmo tipo de processo (de conhecimento, de execução ou cautelar) ou modificação de ação de conhecimento para executiva ou cautelar, ou vice-versa.⁷³

Tal entendimento atende ao princípio da economia processual, segundo o qual o processo deve permitir o máximo resultado com o mínimo emprego de atividade processual, pois evita que o autor tenha que propor nova ação, arcando com o pagamento de novas custas processuais.

Não há ofensa ao princípio da disponibilidade processual, pois o juiz não está a agir de ofício, alterando ele próprio a causa de pedir ou o pedido. Ao abrir prazo para que o autor se manifeste acerca da conversão do processo, o juiz dá ao autor uma opção: pode ele (a) emendar a petição inicial, modificando a causa de pedir ou o pedido, ou (b) não cumprir a diligência e interpor recurso de apelação da sentença de indeferimento, se entender que o juiz não tem razão ao determinar a conversão.

Tampouco há qualquer prejuízo ao réu, eis que a transformação de um processo em outro ocorrerá antes da citação, de forma que, “quando o réu ou executado for apresentar a resposta ou os embargos, a ação já estará perfeitamente individualizada, com esses dois elementos objetivos essenciais [causa de pedir e

⁷¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 222.

⁷² *Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial*, p. 9.

⁷³ *Da Conversibilidade ...*, p. 10.

pedido]; o processo estará estabilizado, estará assegurada a unidade da relação processual.”⁷⁴

Portanto, tendo em vista que o artigo 264⁷⁵ do CPC permite a alteração da causa de pedir e do pedido antes da citação do réu, deve o juiz, ao verificar que o processo escolhido pelo demandante é impróprio, determinar ao autor que emende a petição inicial, nos termos do artigo 284⁷⁶.

Especificamente quanto à conversão da ação monitória em execução, EDUARDO TALAMINI entende que é possível a transformação do processo, pelos motivos acima expostos. Argumenta o eminente Professor que “Não há nessa solução ofensa à regra da estabilidade da demanda, que só ocorre com a citação do réu. Tampouco viola-se o princípio dispositivo, eis que, de qualquer modo, prevalecerá a vontade do autor: se ele não quiser o processamento pela via executiva, o juiz, daí sim, extinguirá o processo.”⁷⁷ Nesse caso, será desnecessário alterar a fundamentação da inicial, uma vez que esta contém todos os elementos requeridos para a instauração da execução.

JOSÉ RUBENS COSTA entende que a conversão da ação monitória em execução pode operar-se por emenda à petição inicial ou até mesmo de ofício.⁷⁸ Todavia, em respeito ao já mencionado princípio da disponibilidade processual, o melhor entendimento é no sentido de que a transformação não pode se dar *ex officio*, mas somente após a manifestação do autor.

Também deve ser admitida a hipótese inversa: tendo a parte ajuizado execução com base em documentos que não configuram o título executivo, mas que poderiam instruir ação monitória, deve o juiz oportunizar ao autor a conversão do feito antes de extinguir o processo. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONVOLADA EM MONITÓRIA ANTES DA CITAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. EMENDA DA INICIAL TARDIA. IRRELEVÂNCIA.

⁷⁴ MALACHINI, *Da Conversibilidade* ..., p. 16.

⁷⁵ “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições previstas em lei.”

⁷⁶ “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.”

⁷⁷ *Tutela* ..., p. 89.

⁷⁸ *Ação Monitória*, p. 14.

- Antes da citação, ao autor é permitido requerer a conversão da execução por quantia certa em ação monitória.
- Não é peremptório o prazo previsto no art. 284 do CPC, podendo o Magistrado prorrogá-lo a seu critério. Precedentes. Recurso especial não conhecido.⁷⁹

2.6 DÚVIDA OBJETIVA ACERCA DA EFICÁCIA EXECUTIVA DO DOCUMENTO QUE INSTRUI A MONITÓRIA

Há casos em que a caracterização de um dado documento como título executivo é objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência. Nessas situações, deve o juiz admitir a utilização da ação monitória. Veja-se, a respeito, a lição de EDUARDO TALAMINI:

Eventualmente, conquanto o documento apresentado pelo autor da demanda monitória pareça ser qualificável como título executivo, pode existir concreta dúvida acerca desta sua eficácia. Torna-se viável, nesse caso, o emprego da via monitória, bastando que o autor, na inicial ou quando provocado pelo juiz, demonstre objetivamente haver a incerteza.⁸⁰

No mesmo sentido posiciona-se ELAINE HARZHEIM MACEDO:

Quando se afirma que os documentos constituídos como título executivo ficam fora da ação monitória, por certo não se está incluindo aqueles que não estão consagrados na doutrina e na jurisprudência e que ainda são objeto de discussão, acusando o bom senso que, na dúvida, acolha-se o caminho escolhido pelo credor que optou, tendo a sua frente o processo de execução e a ação monitória, o caminho menos oneroso para o devedor.⁸¹

Também é a lição de HUMBERTO THEODORO JR:

A circunstância de o documento do credor ser, em tese, um título executivo extrajudicial nem sempre representará empecilho ao manejo da ação monitória. É que tal título pode estar vinculado a negócios subjacentes que criem restrições quanto a seu enquadramento na categoria de título executivo, ou pode já ter incorrido em prescrição a ação executiva. Sempre, pois, que houver insegurança da parte em

⁷⁹ REsp 258207/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 23.10.2000. No mesmo sentido: REsp 252013/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.09.2000, REsp 316198/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.02.2002. Entendendo pela impossibilidade de conversão: AGA 384830/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 24.09.2001, EDREsp 108259/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.05.2000.

⁸⁰ *Tutela ...*, p. 89.

⁸¹ *Do Procedimento Monitório*, p. 134.

relação à plena exeqüibilidade de seu título não se lhe pode impedir o acesso ao procedimento monitorio, mesmo porque de tal opção nenhum prejuizo advirá para a defesa do devedor.⁸²

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser admissível a via monitoria quando houver dúvida objetiva acerca da eficácia executiva do documento:

PROCESSO CIVIL. CONTRATO. NATUREZA DE TÍTULO EXECUTIVO. INCERTEZA. AÇÃO MONITÓRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESACOLHIDO.
- Havendo dúvida sobre a exeqüibilidade do contrato, pode o credor valer-se da ação monitoria, em vez da execução, com vista a obter a certeza de seu direito pela via do título judicial.⁸³

AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. VIABILIDADE DO REMÉDIO ELEITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO AUTOR POR DISPOR ELE DA EXECUÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA.
Pairando dúvida acerca da caracterização do contrato de abertura de crédito (cheque especial) como título executivo extrajudicial, inclusive no seio da jurisprudência, é facultado ao credor o emprego da ação monitoria. Recurso especial conhecido e provido para afastar o decreto de carência.⁸⁴

O contrato de abertura de crédito em conta corrente, mencionado na ementa acima transcrita, foi durante algum tempo um típico exemplo de dúvida objetiva.

Parte da jurisprudência entendia que o contrato de abertura de crédito, subscrito pelas partes e por duas testemunhas, acompanhado dos extratos de movimentação, constituía título executivo extrajudicial. Tal entendimento foi superado com a edição da Súmula nº 233/STJ, em 13.12.1999. Dispõe essa Súmula que "o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo".

Uma vez reconhecida a ausência de eficácia executiva do contrato de abertura de crédito, há que se admitir seu emprego como prova escrita apta a instruir a ação monitoria. Ressalte-se que o demonstrativo do débito deve necessariamente acompanhar o contrato de abertura de crédito, pois é ele que irá demonstrar a efetiva utilização do crédito, bem como o valor que está sendo cobrado na demanda judicial.

⁸² *Curso de Direito Processual Civil*, v. III, p. 340.

⁸³ REsp 248293/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.08.2000

⁸⁴ REsp 146511/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12.04.1999. No mesmo sentido: REsp 248293/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.08.2000.

A Súmula 247/STJ, editada em 05.06.2001, prevê o cabimento da ação monitória nessa hipótese: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”

A dúvida objetiva pode aparecer diante do caso concreto. O documento é, em tese, título executivo, mas, devido a uma circunstância qualquer, há dúvida quanto à sua eficácia executiva. É o que ocorre com o comprovante de entrega da mercadoria, que deve acompanhar a duplicata não aceita e a certidão de protesto, confusamente preenchido. Outro exemplo é o da obrigação assumida pelo devedor em instrumento público, mas a determinação de seu *quantum* exige o emprego de índices extra-oficiais.⁸⁵

Nos casos em que houver dúvida objetiva acerca da caracterização do documento como título executivo, e o devedor alegar em sua defesa apenas a executividade do documento, os embargos serão extintos e terá início a execução, na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV do CPC. Quando, porém, inexistir dúvida objetiva, e o documento que instrui a inicial da monitória for realmente título executivo, os embargos serão julgados procedentes. Nesse caso, se o autor da monitória propuser ação de execução, o devedor não poderá alegar ausência de título, salvo por motivo superveniente à extinção da monitória, em respeito ao princípio da boa-fé, que veda o *venire contra factum proprium*, e também em razão de a sentença proferida nos embargos, reconhecendo a existência de título executivo, ter feito coisa julgada.⁸⁶

2.7 PROVA ESCRITA COMO “TÍTULO MONITÓRIO”

CARNELUTTI entende que o legislador, ao fazer referência a “prova escrita” como condição de admissibilidade da ação monitória, está a exigir um *título injuntivo*, que, ao lado do título executivo, seria espécie de um *genus commune*.⁸⁷

Segundo o processualista italiano, o título injuntivo pode ser chamado de *título executivo indireto*, ou ainda de *subtítulo executivo*, eis que não serve para a

⁸⁵ Os exemplos são de TALAMINI, *Tutela ...*, p. 302.

⁸⁶ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 90.

⁸⁷ *Instituições do Processo Civil*, v. I, p. 325.

atuação imediata da relação jurídica correspondente à pretensão, mas sim à obtenção do título executivo.⁸⁸

O título injuntivo é formado de apenas uma escritura que, embora não contenha os requisitos rigorosos exigidos para o título executivo, deve ter eficácia de prova plena, provida de valor particular, não submetida à livre valoração do juiz.⁸⁹

Esse entendimento é seguido por SATTA, que sustenta que no *procedimento d'ingiunzione* não há prova propriamente dita nem juízo de mérito, mas apenas exame das condições de admissibilidade da ação.⁹⁰

Alguns autores brasileiros, seguindo a doutrina de CARNELUTTI, entendem que a expressão “prova escrita” refere-se a “título monitório”.

VICENTE GRECO FILHO entende que a prova escrita é um pré-título, que se transforma em título judicial se o devedor não apresentar embargos ou se os embargos apresentados forem rejeitados ou julgados improcedentes: “O procedimento monitório é o instrumento para a constituição do título judicial a partir de um pré-título, a prova escrita da obrigação, em que o título se constitui não por sentença de processo de conhecimento e cognição profunda, mas por fatos processuais, quais sejam a não-apresentação dos embargos, sua rejeição ou improcedência.”⁹¹

SERGIO BERMUDES refere-se à prova escrita como título paraexecutivo: “Embora se trate de pressuposto jurídico da ação monitória, que é uma ação de conhecimento, denomino essa prova escrita *título paraexecutivo*, pela consequência que é capaz de produzir. Com efeito, esse documento pode servir para a prestação de um título executivo judicial, suscetível de execução”.⁹²

CARREIRA ALVIM segue o entendimento de SATTA: “Embora o art. 1.102a fale em “prova escrita”, deve-se considerar que, no processo injuntivo, não tem vez a prova, pelo que esse termo deve traduzir na verdade o **documento** do qual o crédito procede (SALVATORE SATTA). Atividade efetivamente probatória só haverá se vier a ser instaurado o contraditório, com a oposição de embargos pelo devedor.”⁹³

⁸⁸ *Instituições*, p. 326.

⁸⁹ *Instituições*, p. 331.

⁹⁰ *Apud* TALAMINI, *Tutela ...*, p. 70.

⁹¹ *Considerações sobre a Ação Monitória*, p. 156.

⁹² *A Reforma do Código de Processo Civil*, p. 173.

⁹³ *Procedimento ...*, p. 62.

Em outra passagem de sua obra, o autor se refere à prova escrita como título quase-executivo, dando a seguinte explicação: “Chamo a esses títulos de ‘quase-executivos’ porque, embora despidos de eficácia executiva, podem adquiri-la se não sobrevierem embargos.”⁹⁴

Todavia, como bem observa EDUARDO TALAMINI⁹⁵, a obra de CARREIRA ALVIM apresenta pontos contraditórios. Embora sustente no trecho acima transcrito que “no processo injuntivo não tem vez a prova”, o autor afirma existir juízo de probabilidade acerca do crédito e exame do mérito do pedido do autor.⁹⁶ Mais adiante, assevera que o regime probatório da fase inicial é idêntico ao do processo ordinário.⁹⁷

ERNANE FIDELIS DOS SANTOS também alude à prova escrita como título monitorio. Afirma o autor que “o deferimento da injunção, em suma, não difere do da execução, já que, em ambos os casos, o juiz simplesmente determina o processamento, com fundamento na titulação respectiva, própria de cada um.”⁹⁸

2.8 REJEIÇÃO DA TEORIA DO TÍTULO MONITÓRIO

A definição de prova escrita como “título monitorio” merece ser criticada, pois transmite a idéia de que a atividade do juiz, ao receber a inicial da ação monitoria, é semelhante à exercida na execução.

No processo executivo não há investigação de mérito. O juiz apenas analisa se o documento juntado pelo credor é classificado pela lei como título executivo e se estão presentes seus requisitos formais. É o que basta para o deferimento da execução.

Na ação monitoria, as coisas se passam de modo diverso. Há juízo de mérito, ainda que em caráter sumário. Conforme observa TALAMINI, “o magistrado chega a convencimento quanto ao mérito da pretensão do autor. Desenvolve juízos de fato (avaliando a prova, operando presunções) e de direito (vigora plenamente o *iura novit curia*). É – conforme se tenta mostrar a seguir – juízo de verossimilhança: a

⁹⁴ *Procedimento ...*, p. 25.

⁹⁵ *Tutela ...*, p. 70.

⁹⁶ *Procedimento ...*, p. 65, 70, 71, 87, 89.

⁹⁷ *Procedimento ...*, p. 98.

⁹⁸ *Ação ...*, p. 51.

tão-só conclusão de que há boa chance de ser verdadeira a versão do autor. Mas é, igualmente, *juízo de mérito*, ainda que sumário.”⁹⁹

TALAMINI demonstra que o legislador, ao fazer referência a “prova escrita” ao invés de “documento escrito” ou “título monitório” pretendeu dar sentido amplo a esse requisito da ação monitória.

De acordo com o eminente Professor, a palavra “prova” tem pelo menos três acepções:

Em primeiro lugar, serve para designar o *meio* empregado para a aferição da veracidade da afirmação sobre um fato. Nessa acepção, ‘prova escrita’ tem sentido de ‘documento escrito’. Só que ‘prova’ é mais do que isso. Denomina também todo o complexo de *atividades* desenvolvidas para essa aferição. Por fim, também se fala em ‘prova’ quando se quer referir ao *resultado* obtido com essas atividades, através daqueles meios – ou seja: a convicção a que o juiz chega.¹⁰⁰

Prossegue o ilustre processualista:

Quando o Código reformado põe a ‘prova escrita’ como pressuposto da concessão da tutela monitória, fica claro que nesse início do procedimento há efetiva instrução probatória. Em outros termos, há *prova* como ‘atividade’ – ainda que se trate de instrução limitada à prova documental, realizada praticamente em dois atos (a juntada dos documentos pela parte; sua apreciação pelo juiz).

Mas, sobretudo, há ‘prova’ como ‘resultado’: a formação de convicção por parte do juiz.¹⁰¹

Assim, a prova escrita não é um único documento do qual decorre automaticamente o deferimento da tutela, se presentes os requisitos formais. Tal concepção é incompatível com o sistema brasileiro, no qual sequer há um rol legal de documentos aptos a instruir a ação monitória. Nada impede que o autor instrua a petição inicial com mais de um documento. O que importa é demonstrar ao juiz a verossimilhança do direito alegado.

O próprio CARNELUTTI reviu parcialmente seu posicionamento acerca do título injuntivo. Após as críticas formuladas principalmente por GARBAGNATI, CARNELUTTI passou a admitir que incide o princípio *iura novit curia* e que o juiz avalia livremente a prova escrita.¹⁰² Se o juiz avalia livremente a prova escrita,

⁹⁹ *Tutela ...*, p. 72.

¹⁰⁰ *Tutela ...*, p. 71-72.

¹⁰¹ *Tutela ...*, p. 72.

¹⁰² *Apud* TALAMINI, *Tutela ...*, p. 73.

significa que não desenvolve mero exame formal do título. Há, portanto, cognição do mérito, o que faz cair por terra a teoria do título monitorio.

Além do mais, conforme bem observa GERSON FISCHMANN, com apoio na lição de TALAMINI, a exigência de um “título monitorio” cria restrições ao uso da monitoria, podendo dela se utilizar somente os detentores de notas promissórias ou cheques prescritos, duplicatas sem aceite e sem protesto ou contrato particular não subscrito por duas testemunhas.¹⁰³

2.9 PROVA ESCRITA E COGNIÇÃO SUMÁRIA

2.9.1 A Sumariedade da Cognição

Determina o artigo 1.102b do CPC que, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 (quinze) dias.

Para deferir a expedição do mandado inicial, o juiz irá analisar a prova escrita trazida aos autos pelo autor e verificar se há boa chance de suas alegações serem verdadeiras. A cognição é sumária: limita-se a um juízo de probabilidade e verossimilhança.

O magistrado decidirá unicamente com base na prova escrita trazida aos autos pelo autor. Não há manifestação do réu antes do deferimento do mandado inicial. A decisão é proferida sem contraditório. O demandado somente será citado após a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa. No procedimento monitorio o contraditório é diferido, ou seja, é postergado para um momento posterior ao provimento inicial.

O critério de distinção entre cognição sumária e cognição exauriente é justamente a atividade que se possibilitou às partes antes da decisão. Se houve ampla possibilidade de instrução e debate entre as partes, a cognição é exauriente. Do contrário, se não foi dada oportunidade de manifestação ao demandado, a cognição é sumária.¹⁰⁴

¹⁰³ *Comentários ...*, p. 390.

¹⁰⁴ Cf. TALAMINI, *Tutela ...*, p. 81.

Não é correto afirmar que a distinção entre cognição sumária e cognição exauriente está no grau de convencimento do juiz ao proferir a decisão. Não raras vezes, mesmo após ampla instrução probatória e amplo debate entre as partes, o magistrado não está plenamente convencido de que é o autor, ou é o réu quem está com a razão. Como não pode deixar de decidir, aplica as máximas da experiência e os critérios de distribuição dos ônus da prova para proferir o julgamento.

Conforme bem resumiu TALAMINI, “a estrutura procedimental instrutória repercute necessariamente na qualificação da cognição. A psicologia do juiz, seu efetivo ‘grau de convencimento’, é insondável.”¹⁰⁵

Por isso não se pode dizer que na fase inicial do procedimento monitorio exige-se do juiz o mesmo grau de convencimento que teria no momento de proferir a sentença no processo de conhecimento. “Grau de convencimento” não é mensurável. Sem razão, pois, CALAMANDREI, ao ponderar que “La prueba que el acreedor está obligado a proporcionar en el proceso de inyunción, debe ser tal que produzca en el juez (...) el mismo grado de certeza en torno a la verdad de los hechos constitutivos del crédito que el juez exigiría en el proceso ordinario para acoger, a falta de prueba contraria del demandado, la demanda del actor.”¹⁰⁶

2.9.2 A Prova Escrita diante da Sumariedade da Cognição

A definição da prova escrita hábil a instruir a ação monitoria deve-se considerar o caráter sumário da cognição. Conforme bem observa DINAMARCO, a prova escrita é documento que “alguma probabilidade forneça ao espírito do juiz.”¹⁰⁷ Tem razão MARINONI ao afirmar que a prova escrita “não é a prova que deve fazer surgir ‘direito líquido e certo’, isto é, não é a prova que deve demonstrar, por si só, o fato constitutivo do direito afirmado pelo autor. A prova escrita relaciona-se apenas a um juízo de probabilidade.”¹⁰⁸

CARREIRA ALVIM entende que a prova escrita deve ser emanada do réu ou de pessoa que o represente.¹⁰⁹ Todavia, não é esse o entendimento prevalente.

¹⁰⁵ *Tutela ...*, p. 81.

¹⁰⁶ *El Procedimiento ...*, p. 151.

¹⁰⁷ *A Reforma ...*, p. 235.

¹⁰⁸ *O Procedimento Monitorio ...*, p. 15.

¹⁰⁹ *Procedimento ...*, p. 66, 69.

Doutrina¹¹⁰ e jurisprudência admitem a possibilidade de a ação monitória ser instruída com base em documentos unilaterais, formados sem a participação do demandado. Veja-se, a respeito, as seguintes ementas de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO MONITÓRIA. DUPLICATA SEM ACEITE, ACOMPANHADA DA NOTA FISCAL/FATURA E DO INSTRUMENTO DE PROTESTO. PROVA ESCRITA. DOCUMENTO QUE NÃO PRECISA SER OBRIGATORIAMENTE EMANADO DO DEVEDOR.

- O documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação.
Recurso especial conhecido e provido.¹¹¹

Processual Civil. Ação monitória. Pressupostos. Prova escrita. Contribuição Sindical. Cabimento da via especial da monitória.

No procedimento da Monitória Documental a "prova escrita", sem eficácia de título executivo, é condição especial de admissibilidade da respectiva ação. Se o documento que aparelha a ação monitória, não emana do devedor, mas goza de valor probante, revelando o convencimento plausível da obrigação, é título hábil a viabilizar o processamento da ação monitória.

A Guia de recolhimento da Contribuição Sindical Rural, acompanhada do "Demonstrativo da Constituição do Crédito por Imóvel", porque atende a estas exigências e exterioriza obrigação contida em lei, é prova escrita apta a ensejar a cobrança do valor total nela consubstanciando, pela via especial, do procedimento monitório.

Recurso especial não conhecido.¹¹²

AÇÃO MONITÓRIA - PROVA ESCRITA - DUPLICATAS PROTESTADAS, SEM ACEITE E SEM O RECIBO DE ENTREGA DAS MERCADORIAS - DOCUMENTOS HÁBEIS À INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO - PRECEDENTES DO STJ.

I - O documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação.

II - Assentando o Tribunal de origem estar a duplicata despida de força executiva por ausência de aceite, é ela documento hábil à instrução do procedimento monitório.

III - Recurso não conhecido.¹¹³

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - INSTRUÇÃO DA INICIAL POR NOTAS FISCAIS - MATÉRIA DE FATO.

¹¹⁰ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 82; ELAINE HARZHEIM MACEDO, *Do Procedimento...*, p. 135; THEODORO JR, *Curso...*, p. 339; entre outros.

¹¹¹ REsp 167618/MS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.06.1999.

¹¹² REsp 244491/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 10.04.2001.

¹¹³ REsp 204894/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 02.04.2001

- I - Não é imprescindível que o documento esteja, para embasar a inicial da Monitória, assinado, podendo mesmo ser acolhido o que provém de terceiro ou daqueles registros, como os do comerciante ou dos assentos domésticos que não costumam ser assinados, mas aos quais se reconhece natural força probante (CPC, art. 371).
- II - Matéria de fato (Súmula 07-STJ).
- III - Recurso não conhecido.¹¹⁴

EDUARDO TALAMINI entende que o juiz poderá conceder a tutela monitoria até mesmo com base em documentos produzidos unilateralmente pelo demandante, além dos limites do artigo 379¹¹⁵, considerando o caso concreto e aquilo que ordinariamente acontece (artigo 335¹¹⁶). Também é possível deferir a expedição do mandado inicial com base em documentos provenientes de terceiros alheios ao litígio.¹¹⁷

2.10 INSUFICIÊNCIA DA PROVA ESCRITA: EMENDA DA INICIAL

Se a prova escrita apresentada pelo autor for insuficiente para formar no julgador um juízo de probabilidade acerca da existência do direito afirmado, deve o juiz abrir prazo para que o demandante complemente a prova apresentada.

Embora não haja norma expressa nesse sentido, tal conclusão decorre da aplicação do artigo 284 do CPC. Nesse sentido é a lição de CARREIRA ALVIM, ao afirmar que “tudo será avaliado pelo juiz no momento de expedir o mandado inicial e, se entender que não estão preenchidos os requisitos legais, deverá indeferir a petição inicial. Não, porém, sem antes ouvir o autor, que poderá dispor de outros elementos (escritos) capazes de *completar* a prova. O art. 284 tem, na espécie, inteira aplicação.”¹¹⁸

TALAMINI aponta mais um argumento favorável a essa solução. Segundo o ilustre processualista, a oportunidade de completar da prova escrita decorre tanto da aplicação subsidiária do artigo 284 do CPC como do dever de participação do juiz na

¹¹⁴ REsp 164190/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 14.06.1999

¹¹⁵ “Art. 379. Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes.”

¹¹⁶ “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial.”

¹¹⁷ *Tutela ...*, p. 82.

¹¹⁸ *Procedimento ...*, p. 71.

instrução probatória. Entende o Professor que o juiz pode até mesmo indicar o documento que considera relevante, com base em elementos dos autos.¹¹⁹

A possibilidade de complementar a prova insuficiente foi expressamente prevista pelo CPC italiano. Dispõe o artigo 640 que "*Il giudice se ritiene insufficientemente giustificata la domanda, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere alla prova.*"¹²⁰

Ressalte-se que a complementação da prova somente poderá ser feita mediante apresentação de prova *escrita*. O demandante não poderá se valer de outras provas, tal como a prova oral. Conforme bem observa ELAINE HARZHEIM MACEDO, fica afastada qualquer pretensão do autor de provar suas alegações através de audiência de justificação, ato processual destinado exclusivamente à produção de prova oral.¹²¹ No mesmo sentido é a lição de ANTONIO CARLOS MARCATO, ao ponderar que o autor não está autorizado a suprir a insuficiência da prova escrita através de provas orais.¹²² Sem razão, portanto, CRUZ E TUCCI, ao admitir a realização de audiência de justificação para esclarecer pontos duvidosos.¹²³

Se o autor não completar a prova ou se a complementação for insuficiente, deve o juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito? Parte da doutrina entende que sim, pois estar-se-ia diante de falta de requisito indispensável à formação válida do processo (CARREIRA ALVIM)¹²⁴ ou de condição específica de admissibilidade da ação monitória (CRUZ E TUCCI)¹²⁵.

TALAMINI discorda desse entendimento. Pondera ele que a questão não é processual, mas sim de mérito. O juiz, ao analisar a prova escrita, está a examinar o mérito, ainda que em sede de cognição sumária. Nas palavras de TALAMINI, "Trata-se de saber (ainda que mediante apreciação superficial) se o autor tem *razão*; de

¹¹⁹ *Tutela ...*, p. 111.

¹²⁰ Art. 640. "*Il giudice se ritiene insufficientemente giustificata la domanda, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere alla prova. Se il ricorrente non risponde all'invito o non ritira il ricorso oppure se la domanda non è accoglibile, il giudice la rigetta con decreto motivato. Tale decreto non pregiudica la riproposizione della domanda, anche in via ordinaria.*"

¹²¹ *Do Procedimento ...*, p. 136.

¹²² *O Processo ...*, p. 64.

¹²³ *Ação ...*, p. 80.

¹²⁴ *Procedimento ...*, p. 85.

¹²⁵ *Ação ...*, p. 82.

concluir (provisoriamente) se aquilo que se pretende, em seu cerne, é juridicamente *merecido*.”¹²⁶

Observa o eminente Professor que o juízo negativo de mérito desenvolvido pelo juiz na análise da prova escrita nem sempre decorrerá da insuficiência da prova escrita para provar os fatos afirmados pelo autor. Outras situações poderão levar à rejeição da tutela monitória. O *iura novit curia* tem plena aplicação. O juiz pode rejeitar o pedido do autor por considerar que o direito não o acolhe. Pode o julgador concluir que existem fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conhecíveis de ofício (pagamento, por exemplo) ou notórios.¹²⁷

Pondera TALAMINI que, em caso de juízo negativo de mérito, o juiz deve deixar de conceder a tutela monitória e permitir que o processo prossiga como procedimento comum do processo de conhecimento, para que, em sede de cognição exauriente, possa-se verificar a razão do demandante.¹²⁸

Essa é a melhor solução, pelos seguintes motivos: (a) ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, no direito brasileiro não há nenhum dispositivo legal determinando a extinção do processo nesse caso; (b) não seria razoável exigir que o autor ajuizasse nova ação, impondo a ele os gastos e retardos decorrentes; (c) o sedizente credor poderia propor a demanda monitória às vésperas da prescrição de sua pretensão, sem correr o risco de ver o processo extinto antes da citação (e, portanto, sem a interrupção do prazo prescricional) por insuficiência da prova escrita apresentada.¹²⁹

Se, oportunizada a emenda, o autor permanecer inerte, o processo será extinto, com julgamento de mérito (mediante cognição sumária).¹³⁰

Extinto o processo, a decisão, embora de mérito, não faz coisa julgada em razão de o provimento ter sido emitido com base em cognição sumária, sem contraditório.¹³¹

¹²⁶ *Tutela ...*, p. 112.

¹²⁷ *Tutela ...*, p. 112-113.

¹²⁸ *Tutela ...*, p. 113.

¹²⁹ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 113.

¹³⁰ Cf. TALAMINI, *Tutela Monitória*, p. 113.

¹³¹ Sobre a coisa julgada na ação monitória veja-se, por todos, TALAMINI, *Tutela ...*, p. 92 e seguintes.

Portanto, a ação pode ser novamente proposta, com a mesma causa de pedir e mesmo pedido, tanto pelo procedimento comum como pelo monitorio.

Apesar de a ação poder ser reproposta, é possível recorrer da decisão que extinguiu o processo. O recurso cabível é a apelação, pois o provimento extintivo é sentença (CPC, artigos 162, §1º e 513).

GERSON FISCHMANN também admite a possibilidade de conversão do procedimento monitorio em procedimento comum, mediante manifestação do autor, nos casos em que o juiz entender que não é cabível a ação monitoria. Porém, entende o processualista gaúcho que, se o autor não se manifestar favoravelmente à conversão, o processo será extinto sem julgamento de mérito.¹³²

2.11 LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE

Liquidez, certeza e exigibilidade são requisitos indispensáveis à obrigação representada no título executivo. Tanto é assim que o artigo 618, I, do CPC reputa nula a execução fundada em título que não seja líquido, certo e exigível.

Parte da doutrina tem afirmado que esses três requisitos devem estar presentes na prova escrita que instrui a ação monitoria.

Já se viu acima que a prova escrita não constitui um “título monitorio”, do qual decorre automaticamente o deferimento da pretensão do autor (veja-se, a respeito, os itens 2.7 e 2.8 acima). Também restou demonstrado que a prova escrita está relacionada apenas a um juízo de probabilidade, de aparência de veracidade dos fatos alegados (item 2.9).

Essas primeiras considerações permitem concluir desde já que tais requisitos não são aplicáveis à ação monitoria nos mesmos moldes da execução. Resta-nos verificar em que medida são aplicáveis à prova escrita exigida na ação monitoria.

HUMBERTO THEODORO JR entende que “a prova a cargo do autor tem de evidenciar, por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente tem de individualizar a prestação

¹³² *Comentários ...*, p. 398.

reclamada pelo autor e não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto.”¹³³

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI exclui o requisito “certeza”, apontando como características da prova escrita apenas a liquidez e a exigibilidade: “Impende reconhecer, destarte, que, dos três requisitos clássicos que conotam o título executivo, o *título injuntivo* (prova escrita) ostenta apenas dois – exigibilidade e liquidez –, uma vez que a certeza será agregada ao documento pela decisão judicial que determina o pagamento ou a entrega da coisa.”¹³⁴

É preciso esclarecer em que consiste o requisito “certeza”, objeto da divergência entre os entendimentos acima transcritos. Uma vez mais recorremos à lição do Professor EDUARDO TALAMINI:

Quando a lei impõe, como condição para executar, que o título traga a representação de “obrigação certa”, *não* está exigindo “certeza” quanto à existência do direito. O requisito não concerne ao grau de convicção acerca da razão do exequente. Se a obrigação existe ou não, isso é matéria de que não se trata na execução. O processo executivo afasta qualquer discussão quanto à existência do direito – a qual se dá em processo de conhecimento prévio ou incidental. Bem por isso, o título, em sede executiva, nem mesmo funciona como “prova” do crédito. “Certeza” da obrigação refere-se unicamente à exata definição de seus elementos. Ou seja, o título executivo (um único documento ou excepcionalmente uma série de documentos a que a lei atribui tal qualidade) retratará “obrigação certa”, quando nele estiverem estampados a natureza da prestação, seu objeto e seus sujeitos.¹³⁵

A certeza, entendida como definição dos elementos da obrigação, deve estar presente na prova escrita que instrui a petição inicial da ação monitória. Nas palavras de TALAMINI, “seria inconcebível que se pudesse expedir o mandado sem que houvesse a definição de quem são os sujeitos da obrigação, qual sua natureza, objeto, valor etc.”¹³⁶

Quanto à liquidez, a doutrina é unânime em apontá-la como requisito da prova escrita. No entanto, discute-se se é necessário que o *quantum* pleiteado ou o bem a ser entregue estejam explicitados na prova escrita ou se é suficiente que o autor os indique na petição inicial.

¹³³ *Curso ...*, p. 340.

¹³⁴ *Ação ...*, p. 87.

¹³⁵ *Tutela ...*, p. 239.

¹³⁶ *Tutela ...*, p. 239.

De acordo com TALAMINI, “há ‘liquidez’ autorizadora da execução, quando o título permite, independentemente da prova de outros fatos, a exata definição da quantidade de bens devidos – quer porque a traga diretamente indicada, quer porque o número final possa ser aritmeticamente apurado mediante critérios constantes do próprio título ou de fontes oficiais, pública e objetivamente conhecidas.”¹³⁷

Ainda segundo TALAMINI, no âmbito da ação monitória, a determinação do *quantum* segue tudo o que já foi dito anteriormente sobre a prova escrita: não precisa constar o valor em um único documento; o documento não tem de ser necessariamente emitido pelo autor; bastam elementos que permitam juízo de verossimilhança, etc.¹³⁸

GERSON FISCHMANN entende que o *quantum* devido ou o bem a ser entregue não precisa constar da prova escrita, sendo suficiente que o autor os especifique na petição inicial. Afirma o processualista gaúcho que “a liquidez aqui não é a mesma que se exige para o processo de execução, pois, enquanto na execução a liquidez decorre necessariamente do título, na monitória, ainda que o documento não explicito o valor devido, o requisito pode ser suprido se o autor, na inicial, declinar o montante exigido.”¹³⁹

Acrescenta FISCHMANN: “O que não deve ser confundido é liquidez do crédito que tenha de estar explicitado no documento, que não é essencial na monitória, com pedido ilíquido, isto sim impossível de ser albergado nesse procedimento especial. Todavia, de modo algum repugna ao ordenamento jurídico pátrio que possa o juiz expedir mandado de pagamento com base em documento que *quantum satis* revele a existência de um crédito tendo o valor sido declinado pelo autor na inicial.”¹⁴⁰

Observe-se que há uma diferença, ainda que tênue, entre as opiniões de FISCHMANN e TALAMINI. Para FISCHMANN, no que tange ao valor do pretense crédito, vigora um modelo monitório “puro”. Para TALAMINI, é preciso alguma

¹³⁷ *Tutela ...*, p. 239.

¹³⁸ *Tutela ...*, p. 88.

¹³⁹ *Comentários ...*, p. 371.

¹⁴⁰ *Comentários ...*, p. 373.

demonstração de verossimilhança do valor do pretense crédito, ainda que com prova indireta, unilateral, etc.

Confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA. ADQUIRENTE DE IMÓVEL QUE SE OBRIGA A PAGAR AS DESPESAS DE CONSERVAÇÃO DO EMPREENDIMENTO. EXORDIAL INSTRUÍDA COM A PROMESSA DE VENDA E COMPRA, A ESCRITURA PADRÃO DECLARATÓRIA E A PLANILHA DE CUSTOS. VIA IDÔNEA.

- Para a propositura da ação monitória, não é preciso que o autor disponha de prova literal do quantum. A "prova escrita" é todo e qualquer documento que autorize o Juiz a entender que há direito à cobrança de determinada dívida.

- Em relação à discussão sobre valores, à forma de cálculo e à própria legitimidade do débito, assegura a lei ao devedor a via dos embargos (art. 1.102c do Código de Processo Civil).

- Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.¹⁴¹

PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO MONITÓRIO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL ACOMPANHADO DE PLANILHA DE CÁLCULO. PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. CPC, ART. 1.102-A. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - A ação monitória tem a natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, nos termos do art. 1.102a, CPC, ao credor que possuir prova escrita do débito, grafada, documento sem força de título executivo mas merecedor de fé quanto à sua autenticidade.

II - O contrato de prestação de serviço educacional, acompanhado de demonstrativo do débito, a refletir a presença da relação jurídica entre credor e devedor e a existência da dívida, mostra-se hábil a instruir a ação monitória.

III - Em relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores, a forma de cálculo e a própria legitimidade da dívida, assegura-lhe a lei a via dos embargos previstos no art. 1102c, que instauram amplo contraditório e levam a causa para o procedimento ordinário.

IV - O procedimento monitório, pelas suas características e seu objetivo, merece ser prestigiado como instrumento desburocratizante de efetiva entrega da tutela jurisdicional.¹⁴²

Ação monitória. Contrato de arrendamento mercantil. Débito pelo inadimplemento. Cabimento da ação monitória. Natureza dos embargos. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte que em "relação à liquidez do débito e à oportunidade de o devedor discutir os valores cobrados, a lei assegura-lhe a via dos embargos, previstos no art. 1.102c do CPC, que instauram amplo contraditório a respeito, devendo por isso a questão ser dirimida pelo Juiz na sentença. O fato de ser necessário o acertamento de parcelas correspondentes ao débito principal e, ainda, aos acessórios não inibe o emprego do processo monitório" (REsp nº 267.840-MG, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, DJ de 27/11/00). Assim, existindo prova

¹⁴¹ REsp 331622/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 11.03.2002.

¹⁴² REsp 296044/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.04.2001.

escrita "capaz de revelar a existência da obrigação, cabível é o ajuizamento da ação monitória" (REsp nº 242.051-MG, da minha relatoria, DJ de 30/10/00).

2. Recurso especial conhecido e provido.¹⁴³

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE SEGURO. INCÊNDIO. PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. LIQUIDEZ E CERTEZA. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO AO TEMPO DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À MONITÓRIA. RITO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO MONITÓRIO.

- É cabível o ajuizamento da ação monitória calcada em contrato de seguro inadimplido, sendo possível sua impugnação em embargos, nos quais será discutida, quanto ao mérito, a ocorrência de incêndio criminoso ou não, versando acerca da exigibilidade da dívida, e sua liquidez.¹⁴⁴

Ação monitória. Documento hábil. Demonstrativo de débito em contrato de abertura de conta corrente.

1. Afirmando o Acórdão recorrido que há prova escrita, não é possível afastar o cabimento da ação monitória, sob o argumento de que não existe liquidez e certeza da obrigação.

2. No contrato de abertura de crédito, os demonstrativos de débito, mesmo unilaterais, servem para o ajuizamento da ação monitória.

3. Recurso especial conhecido e provido.¹⁴⁵

Embora não esteja expressamente previsto na lei, a petição inicial deve estar acompanhada da memória de cálculo. O demonstrativo do débito irá permitir ao réu conhecer o valor da dívida e os índices de correção e juros aplicados pelo autor, a fim de que possa se defender.

Além disso, no procedimento monitório não há uma fase liquidatória, o que reforça a exigência da memória do cálculo.¹⁴⁶ De acordo com GERSON FISCHMANN, "se na execução em que há um título exigem-se a discriminação dos valores e a demonstração da evolução dos encargos e atualizações monetárias, com mais razão haver-se-á de exigir também na monitória, que não exige, para seu processamento, documento dotado de eficácia de título executivo."¹⁴⁷

Assim, não é necessário que a prova escrita trazida pelo autor explicitamente o *quantum* devido. Basta que dela se possa aferir a existência da obrigação alegada. O valor constará da memória de cálculo, a qual deve obrigatoriamente instruir a inicial.

¹⁴³ REsp 343589/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.09.2002

¹⁴⁴ REsp 250513 / MG, Rel. p/ o Ac. Min. Nancy Andrichi, DJ 23.04.2001

¹⁴⁵ REsp 188375/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.10.1999

¹⁴⁶ Cf. TALAMINI, *Tutela ...*, p. 88.

¹⁴⁷ *Comentários ...*, p. 375.

Por inexistir procedimento liquidatório, a decisão que defere a expedição do mandado inicial deve indicar o *quantum* devido.

O requisito da exigibilidade estará preenchido quando “no próprio título executivo, houver a precisa indicação de que a obrigação já está no momento de ser cumprida (seja porque ela não se submete a nenhuma condição ou termo, seja porque estes inequivocamente já ocorreram).”¹⁴⁸

Obviamente a obrigação objeto da ação monitória deve ser exigível, isto é, deve estar no momento de ser cumprida.

¹⁴⁸ TALAMINI, *Tutela ...*, p. 239.

CONCLUSÃO

A ação monitória, disciplinada pelos artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c do Código de Processo Civil tem por finalidade encurtar o caminho percorrido pelo credor até o processo de execução. Trata-se de ação condenatória, que reúne cognição e execução no mesmo processo, como fases sucessivas.

O legislador pátrio, inspirado no direito italiano, limitou a tutela monitória a determinadas pretensões, quais sejam, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Estão excluídas da tutela monitória todas as relações jurídicas não-patrimoniais, bem como as pretensões relativas às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar bens imóveis.

O procedimento monitório tem caráter facultativo. Quem pretender o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel e possuir prova escrita da obrigação pode optar entre a via monitória e o procedimento comum.

Há no procedimento monitório três espécies de tutela: (a) tutela declaratória, advinda da decisão que determina a expedição do mandado, eis que declara-se a probabilidade da existência do crédito; (b) tutela indutiva, decorrente do comando expedido ao réu, acompanhado de sanção premial como instrumento de indução psicológica; (c) tutela condenatória, propiciada pela interposição de embargos ao mandado pelo réu. A forma como se relacionam essas três tutelas e, sobretudo, a singularidade da segunda delas permitem que sejam denominadas globalmente de tutela monitória, como algo peculiar em nosso ordenamento jurídico.

Exige o artigo 1.102a do CPC que a ação monitória seja proposta com base em prova escrita sem eficácia de título executivo. O legislador pátrio não conceituou a prova escrita, tampouco elaborou um rol de provas, tal como o fez o legislador espanhol. Cabe, pois, à doutrina e à jurisprudência precisar o conceito da expressão “prova escrita”.

Entende a doutrina que a lei exige prova escrita em sentido estrito, isto é, somente documentos grafados estão aptos a instruir a petição inicial. Nada impede que o autor apresente mais de um documento para demonstrar a probabilidade de seu direito.

Se o credor já dispõe de título executivo, não pode propor a ação monitória, pois falta-lhe interesse de agir e, além disso, o pedido é juridicamente impossível face à regra expressa do artigo 1.102a.

No caso acima, antes de extinguir o processo, deve o juiz conceder prazo ao autor para que ele se manifeste sobre a conversão do processo monitório em execução. Essa medida é plenamente compatível com a sistemática do Código. Também deve ser autorizada a hipótese inversa, isto é, a conversão da execução em ação monitória, nas situações em que o autor não dispõe de título executivo, mas possui prova escrita apta a embasar a monitória.

A ação monitória deve ser admitida nas hipóteses em que a caracterização de um dado documento como título executivo é objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência.

A prova escrita não pode ser qualificada como “título monitório” que, ao lado do título executivo, seria espécie de um *genus commune*. A atividade do juiz ao receber a inicial da ação monitória não é semelhante àquela exercida na execução. No processo executivo não há investigação de mérito. O juiz apenas analisa se o documento juntado pelo credor é classificado pela lei como título executivo e se estão presentes seus requisitos formais. Na ação monitória há juízo de mérito, ainda que em caráter sumário.

A cognição desenvolvida pelo juiz na ação monitória é sumária, pois a expedição do mandado é determinada sem que tenha havido ampla possibilidade de instrução e debate entre as partes.

A definição da prova escrita deve considerar o caráter sumário da cognição. A prova escrita relaciona-se apenas a um juízo de probabilidade; não tem por finalidade demonstrar, por si só, o fato constitutivo do direito afirmado pelo autor. Logo, é possível que seja constituída de documentos unilaterais, formados sem a participação do demandado, ou de documentos provenientes de terceiro. Não é necessário que seja emanada do réu.

Se a prova escrita apresentada pelo autor for insuficiente para formar no julgador um juízo de probabilidade acerca da existência do direito afirmado, deve o juiz abrir prazo para que o demandante complemente a prova apresentada. Se o autor não completar a prova ou se a complementação for insuficiente, deve o juiz

deixar de conceder a tutela monitória e permitir que o processo prossiga como procedimento comum do processo de conhecimento, para que, em sede de cognição exauriente, possa-se verificar a razão do demandante. Se, oportunizada a emenda, o autor permanecer inerte, o processo será extinto, com julgamento de mérito. A decisão, embora de mérito, não faz coisa julgada, em razão de ter sido proferida com base em cognição sumária, sem contraditório.

Liquidez, certeza e exigibilidade devem estar presentes na prova escrita que instrui a ação monitória, porém não nos mesmos moldes da execução. A prova escrita deve revelar a certeza da obrigação, isto é, deve definir os elementos da obrigação (sujeitos, natureza da prestação, objeto, etc.). Deve também demonstrar a verossimilhança do valor pleiteado pelo autor, ainda que através de mais de um documento, ou de documento unilateral, etc. A petição inicial deve estar acompanhada de memória de cálculo, pois não há, na monitória, espaço para um procedimento liquidatório. Obviamente, a obrigação objeto da ação monitória deve ser exigível, isto é, deve estar no momento de ser cumprida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Da Ação Monitoria: Opção do Autor*. RT 734. 1996.

BERMUDES, Sergio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *El Procedimiento Monitorio*. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Bib. Argentina, 1946.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. I. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Procedimento Monitorio*. Curitiba: Juruá, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *El Proceso Monitorio de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

COSTA, José Rubens. *Ação Monitoria*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitoria*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A Preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, 1991.

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 14. São Paulo: RT, 2000.

GARBAGNATI, Edoardo. *Il Procedimento d'ingiunzione*. Milão: Giuffrè, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. Considerações sobre a Ação Monitória. *RePro* 80. 1995.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Do Procedimento Monitório*. São Paulo: RT, 1999.

MALACHINI, Edson Ribas. Da Conversibilidade de um Processo em Outro, por Emenda à Petição Inicial. *RePro* 54. 1989.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v. III, 10ª ed., Torino: Giappichelli, 1995.

MARCATO, Antonio Carlos. *O Processo Monitório Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Procedimento Monitório como Forma Processual Destinada a Propiciar uma Maior Efetividade à Tutela dos Direitos. *RT* 770. 1999.

NERY JR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1996.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1994.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Ação Monitória*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SHIMURA, Sergio. Sobre a Ação Monitória. *RePro* 88. 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. III, 22ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.