

TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Eliane Avelar Sertorio OCTAVIANI*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Tutela Jurisdiccional - Evolução. 3. Os Escopos do Processo. 4. A Efetividade do Processo. 5. Importância das Tutelas Diferenciadas e sua Influência na Efetividade do Processo. 6. Espécies de Tutelas Diferenciadas. 7. Tutela Antecipada. 8. Prova Inequivoca e Verossimilhança. 9. Reversibilidade e Execução da Tutela. 10. Procedimento Monitorio. 11. Natureza do Procedimento Monitorio. 12. Prova Escrita. 13. Natureza dos Embargos ao Mandado. 14. Outros Pontos Polêmicos. 15. Tutela Sumaria. 16. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na medida em que a atividade jurisdiccional representa a resposta dada pelo Estado à proibição da autodefesa, é necessário proporcionar ao titular do direito meios para que possa ter seus interesses protegidos de forma eficaz.

É primordial criar mecanismos de forma a tornar mais rápido o provimento jurisdiccional e possibilitar no plano substancial e processual a pacificação dos conflitos entre a população.

Para alcançar o ideal de Justiça não é suficiente a solução judicial dos conflitos; necessário se faz que essa solução seja efetivamente justa, possibilitando alcançar o resultado pela adequação dos instrumentos processuais aos direitos previstos no ordenamento jurídico material, de forma a reduzir não só a duração do processo, como também seu alto custo.

Cândido Rangel Dinamarco, quando da elaboração de sua obra, que está se tornando clássica nos meios processuais - A instrumentalidade do processo -, ao colocar sua proposta, consignou que: "Por imposição do seu próprio modo de ser, o direito processual sofre da natural propensão ao formalismo e ao isolamento. Ele não vai diretamente à realidade da vida, nem fala à

linguagem do homem comum. O homem comum ignora, o próprio jurista o desdenha e os profissionais do foro lamentam suas imperfeições, sem atinar com meios para melhorá-lo. A descrença de todos na Justiça é efeito das mazelas de um sistema acomodado no tradicional método introspectivo, que não inclui a crítica do sistema mesmo e dos resultados que ele é capaz de oferecer aos consumidores finais de seu serviço -, ou seja, aos membros da população".¹

Portanto, não basta assegurar a todos o ingresso em juízo, isto é, a possibilidade de movimentar a máquina judiciária, utilizando-se do processo; requer-se a efetividade da proteção judicial, que somente é obtida com o bom funcionamento do mecanismo judicial.

2. TUTELA JURISDICCIONAL - EVOLUÇÃO

O direito de buscar no Judiciário lesão ou ameaça a direito constitui princípio constitucional e vem disciplinado no artigo 5º, XXXV. O Estado tem por objetivos fundamentais os de criar uma sociedade livre e justa, na qual deve garantir o bem de todos, e para isso exerce a administração pública, criando normas reguladoras da convivência social, assumindo também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas.²

(*) Professora em Direito do Trabalho em Pinhal e Mestranda em Processo Civil pela PUC-Campinas.

Bedaque conceitua que "ação constitui direito ou poder, cujo exercício tem em vista a tutela jurisdicional".³ Ainda, citando Moreira Alves, esclarece que processo é um meio a ser utilizado para que o poder possa ser exercitado em sua plenitude; poder esse que constitui a ação⁴ e que tem a incumbência de retirar a jurisdição de sua inércia, reportando-se a uma determinada situação real. Para o nobre doutrinador o direito de ingresso está completamente desvinculado do caso concreto; para ele, o direito de ação para o seu efetivo exercício dependerá da hipótese das condições da ação estarem presentes, as quais serão aferidas acerca da relação jurídica material.

Quando da formulação do Código de Processo Civil Brasileiro, seguiu-se o modelo clássico de divisão das tutelas: tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela cautelar. Na tutela de conhecimento fixa-se a regra jurídica que deve regular o caso concreto, formulando-se juízo sobre o direito afirmado; na tutela executiva tomam-se as providências práticas para a realização do direito reconhecido ou presumidamente existente; e na tutela cautelar adotam-se medidas para assegurar o resultado útil das duas formas de tutelas de conhecimento e executiva, sempre que a demora em sua prestação possa acarretar alguma espécie de dano à efetividade do processo.

Com efeito, se é certo que o processo de conhecimento tem por finalidade a outorga de tutela para a certificação do direito, nem por isso se deve concluir ser ele incompatível com a outorga de tutela de outra espécie, e o mesmo vale para o processo de execução e o cautelar.

Essa classificação tradicional de tutela jurisdicional está longe de ser absoluta; ao contrário, são elas atributos inerentes ao resultado do processo, quanto ao mérito. O nobre professor gaúcho, Teori Albino Zavaschi, ao elaborar sua crítica a essa forma de divisão da atividade jurisdicional, assim se manifestou: "Embora a cada espécie de tutela correspondam, em nosso Código de Processo Civil, "processos" e "ações" distintos, não é absoluta a segmentação das três espécies, eis que há casos de prestação de tutela de conhecimento em relação a cautelar nas ações que predominam cognição e execução, bem assim, tutela executória em ação cautelar e de conhecimento. Em regra, a tutela de conhecimento precede à de execução, no entanto,

podem elas ser prestadas simultaneamente. Pode ocorrer, igualmente, prestação integral de tutela executiva, provisória ou definitivamente, sem que tenha se esgotado, ou mesmo iniciado, a prestação da tutela de conhecimento; quanto à tutela cautelar, esta é prestada antes ou no curso da prestação de uma das espécies, e jamais depois delas. É relativa, por isso mesmo, a importância da classificação tradicional da tutela jurisdicional, sendo criticável, sob o aspecto científico, a tripartição classicamente adotada, eis que tutela cautelar, a rigor, é também ela prestada mediante atividades cognitivas e executivas".⁵

Deve-se, ainda, acrescentar que o sistema do CPC foi moldado para atender a prestação jurisdicional para casos de lesões a direitos subjetivos individuais; outrossim, não se previa a possibilidade de instrumentos para a tutela coletiva desses direitos; como também para interesses transindividuais, de titularidade indefinida, como são chamados os interesses difusos ou coletivos, hoje presentes em nosso dia a dia e que obrigou que a estrutura do sistema processual civil fosse revista para incluir essas formas de tutela.

O direito material é formado por um conjunto de regras voltadas para a solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem a seu titular. Já o direito processual é constituído por normas que regulam os diversos mecanismos estatais destinados à atuação das regras materiais, ou substanciais, naquelas situações concretas em que os destinatários não se subordinam espontaneamente ao comando delas emergentes. Na medida em que se afirma a natureza instrumental do direito processual, sua autonomia como ciência não pode significar isolamento em relação ao direito material; sem este último, aquele não teria sentido. Mas o direito material também depende intimamente do direito processual, na medida em que sua atuação coercitiva não pode dispensar o processo, sob pena de apagarmos séculos de evolução da sociedade.

É necessário verificar de que maneira o direito processual se dispõe a assegurar a atuação das regras materiais. Sabe-se que não existe apenas um tipo de processo; a tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido.

Cândido Rangel Dinamarco assinala que não se deve confundir tutela jurisdicional com a atividade do juiz desenvolvida no exercício da função jurisdicional; para ele a tutela "é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas "...." O serviço jurisdicional que vem a culminar na tutela é o fator que, pela própria natureza e pela completa positivação do poder em que se resolve, confere o caráter de dinamismo à tutela jurisdicional (em confronto com a tutela estática residente nas normas abstratas)".⁶

A tutela não é concedida exclusivamente ao vencedor da demanda; a proteção do processo justo e do processo legal, como garantia constitucional, é concedida a ambas às partes, como premissa do Estado de direito; a proteção que se dá aos litigantes no processo também é reconhecida como tutela; tanto que a máxima carnellutiana de que só se considera ato jurisdicional o que realiza a justa composição da lide deve ser revista, quando não mitigada. Por diversos modos o tempo pode conduzir à frustração dos direitos das pessoas que buscam tutela através do processo, variados são também os instrumentos que ao longo dos séculos se cogitaram para neutralizar esses efeitos perversos.

3. OS ESCOPOS DO PROCESSO

Há necessidade de conciliar a técnica processual com seu escopo, isto é, com o que se busca, na verdade, através do processo. Não se pode pretender um tecnicismo exagerado, nem mesmo, abandonar totalmente a técnica. O bom processualista seria aquele que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada⁷. Com efeito, só se chega à tutela jurisdicional através do exercício do direito processual de ação. Tais afirmações objetivam conferir ao direito processual sua verdadeira dimensão: "a de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem o escopo de conferir eficácia a outro direito - o material (jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos (social e político)"⁸.

Fala-se muito nos escopos do processo; a matéria foi abordada com maestria por Dinamarco, em obra que se transformou em clássico em nosso direito processual; para ele, a jurisdição não tem apenas um escopo, que seria o jurídico; na verdade, "o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta da lei)"⁹.

4. A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual todos os que participam, como juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores, devem lutar de modo obstinado¹⁰; portanto, o juiz deve conduzir o processo com a presteza necessária, não fomentando a inércia e impulsionando o procedimento para atingir sua finalidade mais importante. O professor paulista, José Rogério Cruz e Tucci¹¹, citando Proto Pisani assinala que: "Descrevendo os males que determinam o retardamento da tutela jurisdicional, Proto Pisani mostra que a ideologia liberal-individualista dos fins do século passado e da primeira metade deste imaginava com a absoluta certeza que a técnica do procedimento ordinário resultava idônea a tutelar um rol infinito de direitos. Anota, assim, que o caráter mistificador decorrente do pressuposto teórico da igualdade formal das partes ensejou, de modo fecundo, o culto acrítico àquela forma de procedimento. Todavia, em época mais recente, dada a inequívoca evolução científica e tecnológica do processo civil, observa-se que o tradicional modelo do procedimento ordinário é completamente inadequado para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem, ou seja, a todos os direitos que reclamam uma tutela de urgência".

Os meios técnicos de aceleração tradicionalmente empregados contra essas causas diretas ou indiretas de frustração ou enfraquecimento da tutela jurisdicional são destinados, conforme o caso, a preservar o processo mesmo contra certos desgastes previsíveis ou a propiciar o acesso mais rápido aos bens da vida; portanto à luz do princípio

da efetividade e da instrumentalidade do processo é que se introduziram as tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Em três décadas de existência, o Código de Processo Civil, embora fosse um dos mais bem arquitetados e avançados do mundo, não ficou imune a inúmeras críticas, desde sua aprovação; considerando a absoluta procedência dessas críticas pela afirmação de que existia um enorme descompasso entre o instrumento e a rápida e segura e cabal prestação jurisdicional do Estado, o renomado jurista, Salvo de Figueiredo Teixeira, coordenando, como presidente da Comissão de notáveis juristas, que tinha a incumbência da reforma do CPC, observou em Conferência proferida no II Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, que todas as últimas mudanças que foram inseridas no CPC tinham como finalidade simplificar, dar eficácia e celeridade ao processo, em busca da preocupação maior que era a efetividade.¹²

Barbosa Moreira, há mais de quinze anos, já fazia oportuna e precisa observação a respeito da dissociação das normas de processo à realidade forense, no tópico que denominou do abstrato ao concreto; "...tomava-se a consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca". E, mais adiante, prossegue o doutrinador: "... Se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado de seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas, e já constitui uma desgraça a impossibilidade de fazer coincidir precisamente um e outro"¹³.

Objetivou-se com a reforma, em síntese, após a identificação dos pontos críticos e de estrangulamento da prestação jurisdicional, o oferecimento de projetos de lei desburocratizantes, com base no trinômio - simplificação, agilização e efetividade do processo.

Um dos pontos de estrangulamento que fora observado e que impedia a real efetividade do processo estava na ordinarização do processo de conhecimento.

O procedimento ordinário faz com que o ônus do tempo do processo recaia apenas sobre o

autor, como se este fosse culpado pela demora existente na cognição dos direitos. O tempo do processo deve ter seu devido valor, pois " terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão"¹⁴.

Ovídio A Baptista da Silva enuncia que maior novidade científica no âmbito desse ramo jurídico originariamente foi utilizada por Andrea Proto Pisani que, em contraposição ao procedimento ordinário, reuniu vários procedimentos, estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias substanciais, de natureza plenária ou sumária e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais previstas na Constituição Federal, denominando-a de tutela jurisdicional diferenciada¹⁵.

O fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica da cognição sumária delineia-se de crucial importância para a idéia de um processo que cumpra seus escopos jurídico, político e social. "Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e sua legitimidade, há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição"¹⁶.

Continua o ilustre professor das Arcadas, Cândido Rangel Dinamarco: "A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno

é também no sentido de conferir maior utilidade aos provimentos jurisdicionais"¹⁷.

5. IMPORTÂNCIA DAS TUTELAS DIFERENCIADAS E SUA INFLUÊNCIA NA EFETIVIDADE DO PROCESSO

João Batista Lopes ao dispor sobre a tutela jurisdicional diferenciada¹⁸ assinala que ainda que vigore de forma geral a antiga máxima "nulla executio sine título", qual seja, a execução tem que estar apoiada em título executivo; outrossim, houve necessidade de se repensar nessa antiga premissa e, muitos doutrinadores brasileiros, sob a influência da doutrina italiana de Calamandrei, Garbagnati, Nicoletti e Perrot, entre outros, entenderam que havia necessidade de adaptar nosso sistema à nova ordem sócio-econômica. Havia necessidade de se dar um passo maior, revelando ousadia e modernidade, resultando, com isso em novas modalidades de tutela, entre elas a tutela antecipada, a ação monitória, o aumento no elenco de títulos extrajudiciais e a nova disposição das obrigações de fazer e não fazer, previstas no artigo 461, do CPC.

Tanto no procedimento monitório, como na tutela antecipatória se rompe com o princípio da *nulla executio sine título*, fundamento da separação entre conhecimento e execução. É importante lembrar que Chiovenda, ao constatar a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade na execução provisória da sentença, ressaltou que esta última figura apresenta-se de forma anormal, visto ser uma ação executória onde não está presente a certeza jurídica. O princípio da "*nulla executio sine título*", como se vê pela lição de Chiovenda, tinha como base a falsa idéia de que um direito somente pode ser realizado após o encontro da certeza jurídica, ou após ter sido declarado. Essa visão que decorre do mito da busca da verdade, acabou por terra pela utilização das medidas cautelares que antecipavam certos direitos; na verdade, as necessidades do direito substancial, no dia a dia forense, resultaram na falsidade da premissa aceita como dogma pela doutrina de Chiovenda¹⁹.

A sistematização da tutela sumária surgiu com o doutrinador italiano Andrea Proto Pisani, o qual ressaltou ser tarefa dos processualistas aperfeiçoar o processo de cognição plena, procurando identificar a utilização das tutelas

sumárias, sem esquecer os princípios da igualdade das partes dentro do processo²⁰.

Com o surgimento das tutelas diferenciadas buscaram-se os ideais de efetividade do processo, com a superação de conceitos fundamentais clássicos do processo civil brasileiro, reiterando, todavia, o princípio da efetividade à tutela dos direitos, como acesso à ordem jurídica justa.

Poder-se-ia entender que todas as tutelas inseridas no Livro IV, do Código de Processo Civil Brasileiro seriam consideradas diferenciadas, visto sua "peculiaridade ou especificidade de certos direitos materiais, cuja dedução em juízo para discussão ou atuação não se adapta bem aos procedimentos comum regulados pelo Livro I"²¹; outrossim, não é nesse sentido que se tem entendido as tutelas jurisdicionais diferenciadas, mas sim como modalidades de tutelas sumárias.

Escreve Donaldo Armelin que, na busca da efetividade do processo através de remédios jurídicos mais apropriados e de medidas que atenuem o indesejável fenômeno do retardamento da prestação jurisdicional do Estado, tem vindo à baila também a temática das tutelas diferenciadas. "Realmente, presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potência o seu tônus de efetividade"²².

Mas no que consistiria essa proteção diferenciada e qual o critério a ser tomado para considerá-la como tal? O magistrado paulista Bedaque, em sua festejada obra, consigna que: "A diversidade há de ser buscada em outro plano, ou seja, na qualidade que se empresta a esses efeitos. Mais especificamente na proteção, durabilidade ou perenidade destes no tempo, afetando a temporalidade da atuação jurisdicional ou a permanência e atuação destes no espaço jurídico, com a imunização frente a prestações idênticas, geradas em instrumento processual decorrente de ação também idêntica"²³. E continua: "Mais do que outras técnicas de diferenciação de tutela, a antecipação de seus efeitos é talvez a que melhor harmoniza com o atual sistema processual, na

medida em que pode ser adotada sem maiores transformações na sua estrutura"²⁴.

Dessa forma, as tutelas jurisdicionais diferenciadas são aquelas adequadas às diversas pretensões de direito material, visando permitir o ajustamento da ação processual à ação de direito material, no qual se identifica a dispensa da cognição sumária exauriente. Faz-se necessário com a nova realidade do mundo contemporâneo que o Direito e os remédios judiciais refletissem as necessidades, os problemas, as aspirações atuais da sociedade civil e dentre essas necessidades "...estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente."²⁵

6. ESPÉCIES DE TUTELAS DIFERENCIADAS

As tutelas diferenciadas, em verdade, devem situar-se como contrapartida ao direito à adequada tutela jurisdicional, que representa, numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje albergado no artigo 5º, XXXV, da CF.

Para se obter a aceleração de processo e com isso evitar que o autor, titular do direito em litígio, tenha que aguardar o final do processo para alcançar o bem da vida pretendido por meio do mesmo, a legislação reformista adotou novos tipos de tutelas denominadas pela doutrina de diferenciadas que se constituem em formas de abreviar e agilizar a concessão da prestação jurisdicional. Inevitavelmente as tutelas diferenciadas "tendem a favorecer o pólo ativo da relação processual, por isso, é indispensável a cautela no seu uso para evitar violação do necessário tratamento isonômico das partes litigantes bem como do princípio assegurado da paridade das armas do processo"²⁶.

Como a intenção dos reformistas não era a elaboração de um novo texto, mas adequar o existente com novas formas de procedimentos que fossem compatíveis com a nossa realidade, implantaram-se por ordem cronológica três tipos

distintos de procedimentos, denominados tutelas diferenciadas: tutela antecipada com a Lei 8.950 e a ação de obrigação de fazer ou de não fazer pela Lei 8.952, ambas de 13 de dezembro de 1.994 e a ação monitória pela Lei 9.079, de 14 de Julho de 1.995.

7. TUTELA ANTECIPADA

Uma das formas utilizadas para superar as agruras do procedimento ordinário foi a tutela antecipada, inserida pela Lei no 8.952/94. Cândido Dinamarco aduz que o "novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo."²⁷

João Batista Lopes em trabalho publicado sobre as alterações do processo civil²⁸, denominado - Depois da reforma -, assevera, que: "De todas as inovações sobreditas a que maior impacto produziu foi, inquestionavelmente, a tutela antecipada, que representa tentativa ousada de levar a sumarização ao seu ponto mais elevado".

As tutelas diferenciadas surgiram como remédio para eliminar um mal que já estava instalado - a inefetividade do procedimento ordinário; para combater a morosidade na ordenação do processo, estava-se utilizando de forma desenfreada a tutela cautelar inominada, fundamentada no artigo 798 do CPC, com o escopo de obter a precipitação temporal de pelo menos um dos efeitos da tutela solicitada.

A utilização indiscriminada da tutela cautelar, portanto, apareceu como consequência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, da busca de sentenças rápidas e capazes de tornar efetivo o direito material.

Dessa forma, o novo regime do art. 273 generalizou a possibilidade de antecipação da tutela no âmbito do procedimento comum do processo de conhecimento, corrigindo ao mesmo tempo o desvio do uso das ações cautelares e concedendo-se assim poderoso instrumento para a agilização e efetividade da jurisdição e do direito dela consequente.

Como requisitos para que a tutela antecipada fosse concedida, o legislador consignou que haveria

de estar presente: a) prova inequívoca; b) verossimilhança da alegação; c) iminência de dano irreparável ou de difícil reparação; e d) reversibilidade da medida; ou e) abuso de direito de defesa; ou manifesto propósito protelatório do réu.

8. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA

O instituto da tutela antecipada surgiu como um instrumento para a concretização do direito à efetividade do provimento jurisdiccional, uma vez que todo aquele que conseguir demonstrar, através de "prova inequívoca" a alta probabilidade da existência do direito alegado não deve sofrer "dano irreparável ou de difícil reparação", em virtude da demora da prestação jurisdiccional. O Estado, ao proibir a autotutela, passa a ter o dever de proporcionar os meios para que os jurisdicionados, ao recorrerem à Justiça, possam fruir, de forma efetiva, do direito previsto pela norma jurídica, por ele mesmo editada, ou em outras palavras, o Estado deve garantir a utilidade da sentença.

Deve-se analisar no que consistem os termos colocados pelo legislador e que necessariamente devem estar contidos na ação, para que a tutela antecipada possa ser concedida. A doutrina tem pacificado sua posição quanto aos termos - prova inequívoca e verossimilhança e a melhor exposição, sem sombra de dúvida é do professor Dinamarco²⁹, que, preconiza que os conceitos em si seriam, aparentemente, antagônicos, visto "prova inequívoca" parece traduzir, em princípio prova tão robusta que não permita equívocos ou quaisquer dúvidas. Contudo, a cognição sumária na hipótese de pedido de antecipação de tutela, diferentemente do que ocorre no mandado de segurança, que se baseia no juízo de probabilidade de que a afirmação do autor não será elidida pelo réu, funda-se precisamente no juízo de probabilidade de que a afirmação do autor será comprovada no curso do procedimento ordinário³⁰. Conseqüentemente, a expressão "prova inequívoca" há de ser interpretada nos devidos termos.

De outro lado, a expressão "verossimilhança da alegação" atenua o rigor da interpretação dos termos "prova inequívoca". Trata-se do convencimento da aparência de verdade das alegações em si, e não dos fatos em que se apoiam; por conseguinte, o juízo de verossimilhança é um juízo emitido não

sobre o fato, mas somente sobre a afirmação do fato.

9. REVERSIBILIDADE E EXECUÇÃO DA TUTELA

Por outro lado, há o direito à segurança jurídica, garantido pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), segundo o qual os bens em sentido amplo devem permanecer à disposição do seu titular até que se afirme, judicialmente, o contrário, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Não há dúvida de que o tema reversibilidade é o que tem mais levantado polêmica nos meios doutrinários.

O § 2º do artigo 273, ao proibir a concessão da antecipação da tutela dos casos de "irreversibilidade do provimento antecipado", tenta conciliar o dois princípios acima expostos. Se, por um lado, o autor tem direito à tutela antecipada desde que haja "receio de dano irreparável ou de difícil reparação", por outro, o réu tem direito a que ela não seja concedida, caso os efeitos dela decorrentes sejam irreversíveis.

Não se discute que o § 2º constitui uma exceção ao caput do artigo 273, ou seja, um dos requisitos à concessão da tutela antecipada, ao lado da prova inequívoca, da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Discute-se, no entanto, o seu âmbito de aplicação. Até que medida o juiz deve deixar de conceder a antecipação de tutela, nos casos em que se verifique que os seus efeitos serão irreversíveis?

Para que o novo instituto tenha pleno desenvolvimento, devem-se abordar posições doutrinárias a respeito do assunto, bem como a sua utilidade na solução dos casos concretos.

Para uma primeira corrente doutrinária, o requisito da reversibilidade adquire maior alcance, pois considera como irreversíveis todos aqueles efeitos dos quais não se pode retornar ao status quo ante. Não basta a recomposição em dinheiro, mas é necessário que possa haver o retorno ao quadro fático anterior. Essa é, por exemplo, a posição de Sérgio Bermudes, segundo o qual, "não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro. E preciso que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto."³¹

Admitir a antecipação de tutela quando se vislumbrar a irreversibilidade de seus efeitos significaria transferir o *periculum in mora* do autor para o réu. Da mesma forma que o provimento jurisdicional favorável ao autor seria inútil para a satisfação do direito pleiteado devido à ocorrência de um dano irreparável, o provimento jurisdicional, que no final seja favorável ao réu, seria também inútil a este, se já tiverem ocorrido efeitos irreversíveis. O autor, ao conseguir afastar o perigo que ameaça o seu direito, estaria impondo ao réu semelhante perigo. Ocorreria o chamado "*periculum in mora inversum*".³²

Antecipar irreversivelmente significa antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, por falta de oportunidade. Seria a transformação em definitiva de uma execução que dessa natureza não se pode revestir.

De acordo com essa posição, torna-se perfeitamente justificável a inexigibilidade de caução para que seja concedida a tutela antecipada (art. 273, § 3º), pois o § 2º do artigo 273, ao afastar a sua concessão nos casos de irreversibilidade, desobriga o autor da providência adiantada de reparar danos eventualmente causados por ela. Assim, onde fosse cabível a caução seria incabível a antecipação de tutela.

Ao contrário, para uma segunda posição doutrinária, o § 2º do artigo 273 não deve constituir obstáculo intransponível para a concessão da tutela antecipada, pois se isso ocorresse estar-se-ia esvaziando o conteúdo e a eficácia desse novo instituto, conforme tem reiteradamente colocado Luiz Guilherme Marinoni³³, um dos defensores dessa corrente, chegando, mesmo a afirmar que a própria doutrina brasileira já admitia o risco da irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipatória. Ele cita, como exemplo, posição de Ovídio Baptista da Silva.³⁴

Entendo que deve-se adotar para a solução dos casos em que há o perigo de irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela os princípios da proporcionalidade e da probabilidade.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, não há nenhum direito absoluto, nem

mesmo os garantidos constitucionalmente. Assim, quando dois ou mais deles entrarem em conflito, caberá ao juiz ponderar sobre qual deverá prevalecer, de acordo com o valor jurídico dos bens em confronto.

Também, reconhece, Ovídio Baptista da Silva, que há determinadas situações nas quais o juiz encontra-se entre duas alternativas: prover ou deixar perecer o direito que, no momento, apresente-se apenas como provável. Afirma ainda que, "em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador - entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima."³⁵

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, critica essa idéia de sacrifício do direito menos provável em prol da antecipação do exercício "de outro que pareça provável". Afirma que "o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir (...) não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o réu aos males da irreversibilidade, expressamente vedados pela lei vigente."³⁶

Uma questão que surge para quem adota essa posição é como conciliar a concessão de uma tutela antecipada, cujos efeitos serão irreversíveis, com a inexigibilidade de caução, conforme dispõe o § 3º do artigo 273.

Esse dispositivo prevê a aplicação somente dos incisos II e III do artigo 588, que trata da execução provisória. A princípio, portanto, não se admite a exigência da caução para que seja concedida a tutela antecipatória. Essa inexigibilidade está de acordo com a finalidade do instituto, que consiste em facilitar o acesso à justiça. Ora, exigir caução para que alguém tenha a prestação jurisdicional adequada é restringir o seu direito à efetividade do processo, na medida em que somente para aqueles que tivessem condições de caucionar poderia ser concedida a tutela antecipada.

Os defensores da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da probabilidade afirmam, no entanto, que para diminuir os efeitos danosos que uma tutela antecipada causaria ao réu, se o provimento final for favorável a ele, o juiz poderá, com base no seu poder geral de cautela, exigir a

prestação de caução. O fato de o § 3º do artigo 273 não a prever significa somente que ela não deve ser obrigatoriamente exigida, mas nada impede que o juiz assim decida, dependendo do caso concreto.

A exigência de caução justifica-se na interpretação analógica do artigo 804 do CPC e na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do direito à segurança jurídica do réu, visto que é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior. Essa exigência independeria, portanto de autorização expressa na lei.

A justificativa encontra-se no próprio inciso III do artigo 588, bem como na responsabilização do requerente da medida cautelar pelos prejuízos que a execução da medida puder causar ao requerido, conforme prevê o artigo 811 do CPC.

Em suma, segundo essa posição, considerar o § 2º do artigo 273 como uma exceção rígida à concessão da tutela antecipada implicaria uma decisão judicial inadequada à solução da lide, na medida em que impediria que fossem levadas em consideração outras particularidades relevantes do caso concreto. Cabe ao juiz, em última análise, com base nos princípios acima expostos, verificar se o risco da irreversibilidade dos efeitos da tutela pretendida deve ou não impedir a sua concessão, a fim de não neutralizar o preceito contido no caput do artigo 273.

Para uma posição intermediária, somente haverá a irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada se a situação anterior não puder ser compensada pecuniariamente. Isso significa que, se a irreversibilidade tiver somente um caráter pecuniário, econômico, suscetível de estimação em termos de valor, a prestação de caução idônea afastará esse risco e, conseqüentemente, o obstáculo à admissibilidade da antecipação da tutela.

José Carlos Barbosa Moreira também sustenta essa posição, ao considerar que "a irreversibilidade poderia ser substituída por uma garantia cabal de que os efeitos danosos fossem pecuniariamente compensados, sempre no pressuposto de que se trate de matérias que comportem esse tipo de compensação."³⁷

Posição semelhante é adotada por Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual a dificuldade em conciliar o caráter satisfativo da antecipação da

tutela e o requisito da reversibilidade residem no fato de o autor não poder exercer o direito a ele concedido antecipadamente, a ponto de criar situações danosas ao réu. Uma possível solução seria, então, a imposição de medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu, como por exemplo, a exigência de caução.³⁸

Percebe-se, de acordo com essa posição, que apesar do § 3º do artigo 273 ter excluído a exigência de caução para a concessão da tutela antecipada, nada impede que o juiz a exija, nos casos em que a irreversibilidade é meramente patrimonial, pois ele estaria, na realidade, afastando esse impedimento. O que não se pode admitir é a obrigatoriedade da caução em todos os casos de pedido de antecipação de tutela, porque se assim fosse, estar-se-ia dificultando o acesso a esse novo instituto jurídico, daqueles com menor poder aquisitivo.

Em síntese, o adiantamento da tutela definitiva de mérito tem seu limite demarcado pela questão da possibilidade de retorno ao estado anterior. O juiz não poderá conceder a antecipação dos efeitos da sentença de mérito sem que estivesse limitado ao perigo da irreversibilidade, porque estaria, na prática, eliminando a possibilidade do exercício do contraditório, garantia constitucional intangível. A tutela antecipatória está apoiada no juízo de verossimilhança, no elevado grau de probabilidade do direito invocado na petição inicial. Todavia, não pudesse o contraditório produzir algo de concreto e proveitoso em favor do litigante, nenhuma expressão prática teria o princípio do devido processo legal, visto ficar reduzido a um compromisso meramente formal, sem qualquer repercussão entre as partes litigantes e, para não se eliminar a referida garantia do devido processo legal, é que o legislador impôs a reversibilidade para o deferimento da tutela antecipada.

Frise-se, entretanto, que o perigo de irreversibilidade não pode servir de pretexto para que o juiz não examine o caso concreto e, dentro do dever de fundamentar sua decisão, traduza inteiramente a postura que tomou, até porque o instrumento da denegação não pode ser visto em desprestígio da função jurisdicional.

O juiz deverá realizar o balanceamento dos valores em jogo, avaliar a existência de garantias

constitucionais, e estabelecer a regra de preponderância, sempre dentro dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade para depois apreciar o pedido de tutela antecipada, analisando se há perigo de irreversibilidade do provimento a ser deferido. Após ser concedida a antecipação de tutela jurisdicional de mérito, esta decisão deve produzir resultados úteis e práticos, que vão de encontro com os efeitos fáticos da tutela definitiva, podendo-se utilizar para forçar o seu cumprimento a caracterização do crime de desobediência (art. 330 CP), fraude processual (art. 347), coação no curso do processo (art. 344 do CP) e exercício arbitrário das próprias razões (346 do CP).

10. PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A lei processual de 1939 e a de 1973 não acolheram esse tipo de procedimento que já havia existido no Direito luso-brasileiro, quando das Ordenações Manuelinas e Filipinas - ação decenária, na qual se assinava o prazo de dez dias, para o devedor cumprir sua obrigação.

O projeto que inseriu a ação monitória começou a transitar no Congresso em 1993 e somente foi aprovado em 1995, através da Lei 9.079 de 14 de Julho de 1995. Na exposição dos motivos constou como objetivo da ação monitória: desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao processo civil. Faz parte a ação monitória dos institutos solicitados pelos meios forenses e pelos processualistas na reforma do processo civil brasileiro.

A estrutura da monitória adequa-se perfeitamente à concepção moderna de que o direito a prestação jurisdicional célere e eficaz é corolário do mandamento constitucional que assegura o devido processo legal.

O procedimento monitório é o instrumento para a constituição do título judicial a partir de um pré-título - prova escrita da obrigação do pagamento de quantia certa, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel. Sua maior característica é propiciar ao autor, o mais rápido possível, o título executivo e, com isso, o imediato acesso à execução forçada. Buscou-se abreviar o caminho para a formação do título executivo, contornando o moroso e caro procedimento de conhecimento, onde se buscava uma sentença condenatória, pela qual se constituía o título executivo.

Embora não haja a participação do devedor na formação da decisão liminar em que se consubstancia o mandado de pagamento, não se viola porém, o princípio do contraditório, como, aliás, acontece em todas as decisões "inaudita altera parte". A oportunidade para o contraditório virá posteriormente, quando se possibilitará o oferecimento dos embargos ao mandado.

O referido procedimento traz inúmeras peculiaridades, a primeira delas é a colocação dos artigos em forma de letras e não número, como sempre ocorreu na legislação brasileira; outrossim, deve-se esclarecer que essa posição teve como finalidade não modificar totalmente os números dos artigos posteriores ao 1.102, o que traria grandes transtornos a todos os que manuseiam o Código de Processo Civil Brasileiro.

No direito estrangeiro, conforme assinala Vicente Greco Filho, há dois tipos de procedimento monitório, também conhecido como procedimento de injunção.

Procedimento monitório puro - (presuncional), no qual basta a afirmação do autor para que o juiz determine a expedição de mandado de pagamento ou entrega do bem - esse tipo de procedimento é adotado pelas legislações do Uruguai, Alemanha e Áustria.

Procedimento monitório documental - (prova escrita), no qual se exige para a existência da expedição do mandado, a prova escrita da obrigação. Esse tipo de procedimento é adotado pela França, Bélgica e pela legislação brasileira.

Na Itália, de onde foi tirado o modelo brasileiro, adota-se o procedimento documental, pois o legislador colocou como requisito a prova escrita - art. 634; todavia, há circunstâncias que devem ser analisadas, pois consoante coloca Proto Andrea Pisani³⁹, dependendo da prova escrita, pode-se considerar que o procedimento monitório é presuncional.

A divergência entre o procedimento italiano e o brasileiro está, portanto, no fato de que na legislação peninsular, o legislador previu hipóteses em que não haveria necessidade da prova completa, bastando qualquer elemento apto a presumir o fato alegado, até mesmo declaração de terceiros.

Na legislação brasileira, o legislador impôs três pressupostos de adequação a serem cumpridos pelo autor: existência de prova escrita da obrigação, que esse título não tenha eficácia de título executivo e que se requeira o recebimento de soma em direito, entrega de bem móvel determinado ou coisa fungível. A inexistência de qualquer um deles, acarretaria a carência de ação, pelo não cumprimento de uma das condições da ação - interesse de agir.

11. NATUREZA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

A cognição praticada na ação monitória é, de início, sumária ou superficial, porque se limita a verificar se a pretensão do autor se apoia na prova escrita de que cogita o artigo 1102, letra "a", do CPC e se a obrigação nela documentada é daquelas a que o mesmo dispositivo legal confere a monitória.

O ato judicial parte de um convencimento liminar e provisório de que o credor, pela prova exibida, é realmente titular do direito subjetivo que lhe assegura a prestação reclamada ao réu. Daí ser possível, desde logo, ordenar-lhe que proceda o pagamento, tal como se faz no despacho da petição inicial da ação de execução por título extrajudicial. Como, todavia não há ainda título executivo, não é possível ainda cominar ao réu a sanção da penhora ou apreensão de bens; o despacho do juiz fica a meio caminho, entre a citação do processo de conhecimento e a citação do processo executivo, que é mais do que aquela, mas é menos do que esta.

A diferença porém, entre o procedimento comum de cognição e o procedimento monitório, está em que o contraditório é instaurado obrigatoriamente pelo autor enquanto, na monitória é de iniciativa do réu opor embargos sendo, por conseguinte, meramente eventual. Se, destarte o réu não se interessar pelo aforamento dos embargos, não se instaurará contraditório algum e, de plano, o credor terá acesso ao processo de execução, por simples decurso de prazo e em consequência da preclusão do direito de embargar a ação monitória.

Os doutrinadores se dividem quanto à natureza do procedimento monitório. Cernelutti, citado por Garbagnati⁴⁰, considera que o procedimento monitório seria um "*tertium genus*"; que se coloca como intermediário entre a cognição e a execução forçada, ou processo sem lide, ou processo

impróprio ou processo de contraditório eventual, resolve-se num puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo. Todavia, Garbagnati espousa do entendimento de que o procedimento de injunção é um processo especial de conhecimento, no qual o exercício da forma especial de uma ação ordinária de conhecimento provoca a pronúncia, em forma especial, de um provimento jurisdicional idêntico por natureza, inobstante a sumariedade do conhecimento, aquele pronunciado no exercício da jurisdição declarativa em um processo ordinário de condenação. Essa mesma posição é adotada por estudiosos brasileiros, tais como: Nelson Nery Junior, Sérgio Shimura e Carreira Alvim.⁴¹

Vicente Greco Filho aduz que a natureza jurídica é de execução, porquanto "a ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva", pelo que deve ser tratada como processo de execução.⁴²

Perfilho a tese de que a natureza jurídica da ação monitória é ação de conhecimento condenatória, porque há necessidade de o órgão jurisdicional, com segurança, conhecer a lide posta em juízo, visando a obtenção de uma sentença a fim de constituir um título para ser executado. Tais ações, como decorre de sua própria denominação, têm caráter cognitivo, isto é, objetivam-se saber, apurar, verificar a procedência ou improcedência do pedido do autor e de seus fundamentos. É preciso, pois valer-se do princípio do contraditório, ensejando ao réu oportunidade para oferecer sua resistência ao pedido inicial. Diversamente do que ocorre no processo de execução, as partes estão em igualdade de condições, porque não existe vencedor ou vencido. Assim, enquanto o processo de conhecimento é destinado a compor a lide, o processo de execução visa a concretização desse direito definido no título.

Não se confunde também com a tutela antecipada, embora ambas constituam formas de tutela diferenciada, objetivando evitar os males decorrentes da ordinarização do processo. O procedimento monitório é restrito às hipóteses prevista pela lei - quando se requer soma em dinheiro, determinado bem móvel ou entrega de coisa fungível; caracteriza-se pela expedição de mandado "initio litis e inaudita altera parte", enquanto a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer ação de

conhecimento, "inaudita altera parte", quando "houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Frise-se, ademais, que a monitória deve lastrear-se em "prova escrita" e a tutela antecipada requer "prova inequívoca". Também, deve-se destacar que a revogabilidade e irreversibilidade estão presentes na tutela antecipada e não existem na monitória. Finalmente, assinale-se que a tutela antecipada visa antecipar os efeitos da sentença; enquanto a ação monitória tem como finalidade a expedição de mandado de pagamento ou formação de título executivo.⁴³

12. PROVA ESCRITA

Exige o artigo 1.102 do CPC que a petição inicial seja instruída com prova escrita do direito do autor.

Carreira Alvim, em palestra dada no Congresso de Processo Civil de Brasília, em 1995, assinalou que pela legislação brasileira tanto serve para instruir a ação monitória, a prova pré-constituída, como a casual; outrossim, afastou a possibilidade do começo de prova escrita na ação monitória brasileira, pois não há oportunidade de antes da expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa, que o autor complete a prova através de outros elementos.

João Batista Lopes, em recente parecer publicado no Repertório de Jurisprudência da IOB - (A Prova na Ação Monitória), assinalou que a prova escrita é espécie do gênero prova documental. No caso da ação monitória, o legislador não consentiu que toda e qualquer prova documental pudesse ser utilizada para instruir a ação, mas apenas, a prova consubstanciada em documentos escritos - isto é, aquela que representa literalmente os fatos.

Deve-se, ainda, esclarecer em relação à prova escrita, se ela teria que ser produzida pelo devedor, ou se poderia ser através de ato unilateral do credor ou, ademais, se terceiros poderiam produzir a prova escrita própria para a ação monitória.

A legislação brasileira, seguindo a italiana, não consignou no texto legal que apenas documentos de lavra do devedor seriam passíveis de embasar a ação, como também não exigiu a obrigatoriedade de assinatura do devedor da

obrigação; por conseguinte, inexistindo na lei tal previsão, o intérprete não pode exigir. Entretanto, a norma brasileira, ao contrário da peninsular, não consignou que declarações de terceiro, como por exemplo de servidor público, seriam suficientes para ensejar a expedição do mandado de pagamento, considerando tal documento como prova escrita.

No Brasil, tanto podem ser utilizado para instruir a ação monitória documentos produzidos pelo devedor, que contenham ou não sua assinatura, como também de lavra de terceiros, desde que haja nesses documentos elementos que convençam o juiz do reconhecimento da obrigação para com o autor. Quanto ao documento ser produzido, unilateralmente, pelo credor, isso não é possível, visto a Lei 9.079 ter adotado o procedimento documental; na hipótese do procedimento puro, adotado pela Alemanha, Áustria e Uruguai, isso seria cabível.

A prova escrita é espécie do gênero documental. No caso da ação monitória, o legislador não consentiu que toda e qualquer prova documental pudesse ser utilizada para instruir a ação, mas apenas a prova consubstanciada em documentos escritos - isto é, aquela que representa literalmente os fatos. Com essa posição o legislador afastou completamente a possibilidade de o autor usar como prova, fotografias, fitas de vídeo, fitas fonográficas, antes de produzidas por escrito, como também os documentos obtidos através da informática.

Mesma posição têm: José Rogério Cruz e Tucci, Humberto Theodoro Junior, Sérgio Shimura⁴⁴, como também, alguns doutrinadores italianos - Garbagnati - "il documento che prova fatti da cui giudice può soltanto desumere per presunzione il fatto costitutivo del diritto". Como Mandrioli, observando decisões do judiciário italiano: "é qualsiasi documento che il giudice ritenga meritevole di fede quanto ad autenticità ed efficacia del diritto".⁴⁵

No caso, deve-se examinar o conjunto probatório; mesmo que o documento que reconhece o débito não possua assinatura do devedor, ou seja de lavra de terceiros mas, o conjunto probatório traga elementos idôneos que autorizem ao juiz presumir pela existência da obrigação, o mandado de pagamento ou entrega da coisa deve ser expedido.

O juiz nesse momento fará o juízo de admissibilidade do procedimento monitorio, examinando se os documentos são idôneos e portadores de razoável probabilidade de existência do direito; embora não caiba ao juiz julgar o mérito nessa fase processual, é inegável que de algum poder dispõe o mesmo, nesse momento para avaliar a idoneidade do documento.

Dessa forma, podem ser utilizada como prova escrita - vales, recibos, telegramas, fax; e-mail; cambiais que tenham perdido a executividade pela prescrição ou qualquer outro defeito, os contratos sem testemunhas, guias de internação, requisição de exames laboratoriais, extratos contábeis regulares, etc.

A prova escrita, para que se cumpra a finalidade da lei, não deve se submeter ao rigor da prova do ato jurídico, exigida pelo direito material; deve-se confiar ao juiz uma livre apreciação da prova fornecida com a inicial e, considerando que a lei é recente, com certeza a jurisprudência cumprirá o papel de abalizar, no que consiste a prova escrita requerida pelo legislador.

Em caso de dúvida deste direito, deve optar o julgador pela não aceitação da prova, inviabilizando o procedimento monitorio, notadamente por ser o referido procedimento de cognição sumária, de contraditório eventual, e de perversos efeitos para o réu, suposto devedor que não comparece ao feito para se defender.

13. NATUREZA DOS EMBARGOS AO MANDADO

É grande a discussão sobre a natureza dos embargos ao mandado; para alguns seria defesa e para outros ação incidental. A polêmica deve ser aclarada pela doutrina e pela jurisprudência, pois há inúmeras consequências em decorrência de se adotar uma ou outra posição.

Os embargos poderiam ser considerados ação própria ou contestação?

Inúmeros e prestigiados são os doutrinadores que esposam do entendimento de que se trata de defesa, ou seja contestação: José Eduardo Carreira Alvim⁴⁶, Nelson Nery Junior⁴⁷, Willis Santiago Guerra⁴⁸. Entretanto, a posição dominante é que se trata de ação incidental, retratada por José Rogério Cruz e Tucci⁴⁹, João Batista Lopes⁵⁰, Humberto

Theodoro Junior⁵¹ dentre outros. Perfilho dessa última corrente. A demonstração de que se trata de ação incidental está na própria lei; a intenção do legislador não foi de considerar os embargos como defesa, primeiro pela denominação utilizada - embargos; também, o fato de ter consignado de que os embargos tramitariam nos próprios autos e seguiriam o rito ordinário; ora, se fosse defesa, não haveria necessidade do legislador consignar que os embargos correriam nos próprios autos, pois toda defesa tramita dessa forma; em identidade, o fato de ter disposto sobre o rito ordinário para os embargos; se fosse defesa, não haveria necessidade de tal disposição.

Ademais, deve-se acrescentar que a expedição do mandado de citação na monitoria não chama o réu para se defender; neste mandado consta que o réu deverá pagar quantia certa, entregar bem móvel determinado ou coisa fungível. Outro ponto merece ser destacado, é que a não oposição dos embargos ao mandado leva à constituição de um título executivo e não a revelia; o efeito de um e outro também deve ser destacado - com a oposição dos embargos na monitoria há a suspensão da eficácia do mandado inicial de pagamento, a contestação não possui esse efeito.

Outro assunto polêmico consiste na análise se os embargos ao mandado de pagamento ou entrega de bem na monitoria possuem identidade com os embargos à execução. A doutrina tem reiteradamente divulgado sua posição, a qual não identifica similitudes; ao contrário, as divergências são significativas: os embargos do devedor são meio de defesa do devedor, com natureza jurídica de uma ação incidente que tem por objeto desconstituir um título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência. Desse modo, os embargos do devedor só serão cabíveis se houver processo de execução.

Porém, na ação monitoria não estamos diante do processo de execução, vez que ainda não temos título executivo, como exige o artigo 583 do CPC; ao reverso, busca-se com esse procedimento o título executivo; evidencie-se, ademais, que para oposição dos embargos ao mandado, independem de prévia segurança do juízo, consoante pressupõe o Código de Processo Civil no artigo 737, para os embargos do devedor. Frise-se, ainda, a ausência de autuação

em apenso dos embargos à monitoria, ao contrário dos embargos à execução que são autuados e tramitam em apenso à execução. Quanto ao prazo para oposição dos embargos também há divergência; na monitoria é de 15 dias, na execução de dez dias. Outra diferença que pode ser apontada é a condição "sine qua non" do aperfeiçoamento da penhora para a interposição dos embargos à execução; na monitoria, o Juízo não necessita ser seguro.

14. OUTROS PONTOS POLÊMICOS

Assim, subsistem dúvidas a respeito da natureza jurídica do provimento judicial que defere a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, ou seja, se configura ele uma decisão ou é simples despacho e, como tal, dispensado de fundamentação mesmo concisa.

Se esse provimento, ausentes os embargos ao mandado, reveste-se da imutabilidade inerente à coisa julgada material. Se os embargos consubstanciadores da defesa do réu são uma contestação ou uma ação direcionada à desconstituição do provimento judicial, que deferiu a expedição do mandado de pagamento ou de entrega. Se há embargos à execução e se estes têm seu objeto restrito ao elenco do art. 741 do CPC ou se, ao revés, seus lindes são aqueles do art. 745 do mesmo Código.

Se a apelação interposta da sentença que rejeitar os embargos tem efeito suspensivo ou meramente devolutivo. Se a estrutura do procedimento monitorio é análoga àquela dos procedimentos das ações executivas lato sensu, dispensando a citação do réu após a convolação do mandado de pagamento ou de entrega em título executivo judicial.

Se os embargos ao mandado, que fluem sob o rito ordinário, comportam reconvenção, declaratória incidental, intervenção de terceiros. Se o monitorio é admissível nas ações aforadas em face da Fazenda Pública ou de incapazes. Se todas as formas de citação são admissíveis nesse tipo de procedimento.

Esse sintético elenco meramente exemplificativo e não exaustivo de questões suscitadas pelos intérpretes da Lei 9.079/95 e resultantes também do necessário engaste da inovação nela consubstan-

ciada no sistema do Código de Processo Civil vigente, demonstra que, ao inserir-se o monitorio na estrutura desse Código, importou-se não apenas e ainda que em parte o modelo italiano do procedimento de injunção ali vigente, como ainda boa parte da problemática que remanesce na doutrina peninsular a despeito das décadas de utilização desse instrumento processual naquele país.

Com certeza, a presença do risco, decorrente da permanência de questões não definitivamente resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência relativamente ao procedimento monitorio, só trará prejuízos a todos; dessa forma, os estudiosos devem analisar com cautela o referido procedimento, na busca de soluções talvez mais convenientes para a efetividade da tutela jurisdicional, objetivo principal das reformas impostas ao Código de Processo Civil.

15. TUTELA SUMARIA

O novo texto do artigo 461 do CPC, conhecido como tutela específica, inserido pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, é cópia do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. O que era uma disposição de início voltada à efetivação de obrigações inerentes às relações de consumo passa a disciplinar amplamente a tutela das obrigações específicas. Outrossim, essa idéia mestra já havia sido colocada, sem êxito, no primeiro anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil de 1985, elaborado por Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe e outros.⁵²

O processo somente obtém êxito integral em sua finalidade, como instrumento que é para a realização de direitos, quando for capaz de gerar resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Quando se propicia judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há a prestação de tutela jurisdicional específica.⁵³

As tutelas das obrigações de fazer e de não fazer, como previstas no Código antes da modificação da nova lei, apresentavam-se longe do modelo ideal, visto que era do conhecimento de todos, a inexistência de meios eficientes de prestar a tutela em relação ao comportamento omissivo ou comissivo do obrigado. No sistema anterior, a

alternativa que se oferecia ao credor pela impossibilidade de o réu cumprir sua obrigação era converter tal prestação em sucedâneo pecuniário de perdas e danos.

A falta de mecanismos adequados para obter a tutela específica ensejava a utilização indiscriminada da ação cautelar inominada, o que estava equivocado, visto a cautelar não poder antecipar os efeitos próprios da sentença do processo principal.

A tutela específica disposta no artigo 461 "...abrange todas as obrigações de fazer ou de não fazer, sem distinção, quanto àquelas, entre fungíveis e infungíveis (personalíssimas). Sabe-se que a resistência do obrigado é fonte de maiores dificuldades para o credor quando só por aquele a obrigação pode ser cumprida, mas tanto aí quanto nas obrigações de fazer fungíveis é lícito esperar pelo resultado final que é objeto da obrigação e só em caso de absoluta impossibilidade é que se dá a conversão em pecúnia. Daí o empenho do legislador pela satisfação em espécie, independentemente de qualquer distinção. Os meios de pressão psicológica (multas) e as medidas de apoio têm cabimento qualquer que seja a obrigação de fazer ou não fazer. Sendo personalíssima a obrigação e resistindo invencivelmente o obrigado, tem-se aí um caso de impossibilidade e por isso desencadeia-se a conversão".⁵⁴

Entende, Ovídio Baptista da Silva, que o preceito do artigo 461 agasalha tanto medidas executivas como mandamentais. Consigna o nobre professor gaúcho que: "Como se lê no § 3º do art. 461, o juiz poderá "conceder a tutela liminarmente", o que afasta, definitivamente, a suposição de que a demanda fosse apenas condenatória, pois, como se sabe, nestas ações, jamais o magistrado poderia antecipar execução, que é eficácia inteiramente ausente da demandade conhecimento condenatória". E mais adiante: "Fica assim demonstrado que as ações do art. 461 contêm simultaneamente conhecimento e execução. Mas poderá igualmente ocorrer que o resultado prático equivalente ao do inadimplemento não possa ser obtido através do ato executivo, por tratar-se de pretensão a um fazer infungível - o que é comum nas obrigações de não fazer consistentes em prestações infungíveis - hipóteses em que a sentença haverá de assumir natureza mandamental. Assim como o juiz poderá,

executivamente, na mesma relação processual, determinar o "desfazimento de obras" porventura construídas contra direito, poderá igualmente "impedir" a atividade nociva porventura praticada pelo demandado (§ 5º), proibindo-lhe, sob pena de desobediência, a prática do ato ou o comportamento proibido".⁵⁵

No artigo 461 do CPC o legislador conjugou o provimento mandamental e executivo lato sensu, para conferir a maior efetividade possível à tutela das obrigações de fazer e não fazer. Os dois provimentos possuem como ponto em comum a possibilidade da efetivação do cumprimento da ordem dentro do próprio processo, não sendo necessário a propositura de nova medida para se executar a sentença. Como ponto divergente entre elas temos que nas sentenças mandamentais, a ordem para cumprimento é dada para a própria parte, sob pena de medidas coercitivas, se não atendida; outrossim, nas executivas lato sensu, não se veiculam ordens propriamente ao réu, mas sim, o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, será efetuada por meio sub-rogatórios, isto é, por agentes do Estado ou até por particulares.

A finalidade do artigo 461 é permitir ao autor obter a tutela específica ou o resultado equivalente ao do adimplemento. É por isso que o artigo afirma que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. A multa diária, prevista no § 4º do artigo 461, constitui poderoso meio coercitivo e deve-se lembrar, que a referida multa poderá ser aplicada mesmo que o autor não a tenha requerido e em montante suficiente para pressionar o réu ao adimplemento. Ademais, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, além da multa, determinar outras medidas necessárias, que podem decorrer tanto do pedido da parte, como de ofício: busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial, tal como dispõe § 5º do 461. Frise-se que os exemplos de medidas coercitivas são apenas exemplificativos, podendo, dessa forma, o juiz determinar outras medidas necessárias para que haja o cumprimento da decisão.

Muito se discute se seria possível a decretação da prisão para forçar o cumprimento da tutela deferida. Luiz Guilherme Marinoni entende que é possível, quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente e, esclarece que essa sanção não pode ser confundida com a penal, visto tratar-se de privação de liberdade com o ensejo de forçar o obrigado ao adimplemento, já que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional.⁵⁶ Eduardo Talamini nega a possibilidade da prisão como meio coercitivo e embasa sua posição no artigo 5º, LXVII da CF que só abre exceção para a prisão civil em dois casos: inadimplemento de obrigação alimentícia e depositário infiel.⁵⁷ Ovídio Baptista segue a mesma orientação de Talamini, indo contra o entendimento de Pontes de Miranda, para quem a prisão seria possível, pois a Carta Magna refere-se apenas à "prisão por dívidas" e, no caso, a prisão decorreria do crime de desobediência pelo não cumprimento da ordem judicial.⁵⁸ Entendo que o juiz deve buscar todos os instrumentos possíveis para que o provimento seja cumprido; outrossim, a pena de prisão não pode ser efetivada pela proibição constitucional.

Com efeito, essa nova tutela confere maior elasticidade ao processo, principalmente ao provimento nele reclamado, permitindo que o juiz, em cada caso concreto, através da faculdade prevista na norma legal, proceda ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que isso ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso.

16. CONCLUSÃO

Após essa exposição conclui-se que temos que abandonar o mito liberal do processo como garantia de formas, indiferente à realidade social no qual opera. A doutrina e a jurisprudência não podem ser coniventes com a prática forense que mostra, dia após dia, que o réu obtém vantagens imorais com aquilo que imagina ser o seu direito de defesa.

Deve-se questionar se a ampla defesa não está sendo utilizada como dogma para garantir os direitos do réu, e ao mesmo tempo, pode estar retirando muita coisa do autor. A lentidão da justiça

pela ordinarização do processo, com fundamento de que no processo ordinário o juiz nunca erra, deve ser afastada e isso é possível através das tutelas diferenciadas, as quais dentro da técnica de sumarização devem ser vistas como remédio contra a inefetividade do processo.

A falta de sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material conduziu à universalização do procedimento ordinário e acreditava-se que ele teria aptidão para propiciar a tutela adequada às diversas situações de direito substancial; todavia, com o passar do tempo constatou-se a ineficiência desse tipo de procedimento e de lá para cá, os processualistas buscam incessantemente novos meios a obter-se rapidamente as sentenças, de forma capaz de tornar efetivo o direito material.

Como por diversos modos o tempo pode conduzir à frustração dos direitos das pessoas que buscam tutela através do processo, variados são também os instrumentos que ao longo dos séculos se excogitaram para neutralizar esses efeitos perversos. Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediável quando a tutela demora, mas há também situações em que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da permanência das angústias e incertezas.

A recente Reforma do Código de Processo Civil, através de uma série de leis que a compõem, insere-se no conhecido movimento mundial em prol da efetividade dos direitos através do processo e precisamente, na terceira onda renovatória que caracteriza esse movimento. A Reforma investiu muito no valor tempo e na luta contra as demoras excessivas. Inclui-se entre seus objetivos declarados a desburocratização da Justiça mediante disposições que, reduzindo a distância temporal entre o início do processo e a oferta efetiva de tutela jurisdicional, favoreça o cumprimento integral da promessa dessa tutela a quem tiver razão e na medida da razão que tiver. Outrossim, não se atingirão os escopos preestabelecidos se não houver a cooperação inteligente de advogados e juízes. Não há reforma que produza resultados enquanto uns e outros se mantiverem apegados aos fantasmas da legislação já ultrapassada, insistindo em técnicas reconhe-

cidamente falidas e, que a lei nova pretendeu afastar da ordem jurídico-processual positiva.

BIBLIOGRAFIA

- ARMELIN. Donaldo, Tutela jurisdiccional diferenciada. Revista de processo 65;
- BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Direito e processo. 2º ed. São Paulo: Malheiros. 1998;
- _____, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros. 1998;
- BERMUDES. Sérgio, A reforma do código de processo civil. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 1996;
- CAPELLETTI. Mauro, Os métodos alternativos de solução de conflitos do quadro do movimento universal do acesso à justiça. Revista de processo 74;
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual. 2º ed. Del Rey. 1997;
- CRUZ E TUCCI. José Rogério, Ação monitoria. São Paulo: RT. 1995;
- _____, Tempo e processo. São Paulo: RT. 1997;
- DINAMARCO. Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo. 5º ed. São Paulo. Malheiros. 1996;
- _____, A reforma do código de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996 .
- _____, Tutela jurisdiccional. Revista de processo 81;
- FRIEDE. Reis, Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória. 2º ed. Rio de Janeiro: 1997;
- GARBAGNATI. Edoardo, Il procedimento dingiunzione. Milano: Giuffrè. 1991;
- GRECO FILHO. Vicente, Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e a ação monitoria. São Paulo: Saraiva. 1996;
- GUERRA. Willis Santiago, Aspectos da ação monitoria. Revista de processo 81;
- LOPES. João Batista, Aspectos da ação monitoria. Revista dos Tribunais 732;
- _____, Depois da reforma. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis. Nº 1, 1996;
- MACHADO. Antonio Cláudio da Costa, Código de processo civil interpretado. São Paulo: Saraiva. 1993;
- MARINONI. Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: RT. 1992;
- _____, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: RT. 1997;
- _____, A reforma do CPC e a efetividade do processo. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 1, 1996;
- MOREIRA. José Carlos Barbosa, Tendências contemporâneas do direito processual civil. Revista de processo 31;
- _____, A antecipação da tutela jurisdiccional na reforma do CPC. Revista de processo 81;
- NERY JUNIOR, Nelson, CPC comentado. São Paulo: RT, 1997;
- PISANI, Andrea Proto, Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuri Editore. 1982;
- _____, La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Revista de processo 90;
- SANTUCCI. Pedro José, A natureza dos embargos ao mandado na ação monitoria. Revista da Faculdade de Direito de Pinhal, nº 1;
- SHIMURA, Sérgio, Ação monitoria. Revista de processo civil 88;
- SILVA. Ovídio A Baptista, Curso de processo civil. Vol. III. 4º ed. São Paulo: RT. 1998;
- TALAMINI. Eduardo, Tutelas mandamentais e executiva lato sensu e a antecipação da tutela ex vi do art. 461, § 3º, do CPC, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. coord. Wambier. Tereza Arruda Alvim, São Paulo: RT. 1997;
- TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo, A efetividade do processo e a reforma processual. Revista de processo 78;
- THEODORO JUNIOR, Humberto, Curso de direito processual civil. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996;
- ZAVASCHI, Teori Albino, Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva. 1997;
- _____, Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Wambier. Tereza Arruda Alvim, São Paulo: RT., 1997.

NOTAS

- (1) DINAMARCO. Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros. 1996 5. ed. p. 11.
- (2) ZAVASCHI. Teori Albino, Antecipação da tutela, São Paulo: Saraiva. 1997. p. 5.
- (3) BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Direito e processo, São Paulo: Malheiros. 2. ed, 1998. p. 68.

- (4) BEDAQUE, cf. obra cit. p. 68, transcrevendo a lição de Moreira Alves: "Para o processualista, ação será um instrumento dessa tutela, que se estuda, mas sem perder a noção de que é um instrumento. Não tem sentido considerar-se que o processo seja um fim, quando o processo, na realidade, é um meio. Nem por isso fica diminuído. De nada adianta um poder, sem um meio pelo qual esse poder se exerce, realmente, em sua plenitude. E de nada adianta a lei atribuir abstratamente poderes, sem que seja possível ao próprio Estado ensinar a atuação concretamente".
- (5) ZAVASCKI. ob. cit. p. 16.
- (6) DINAMARCO. Cândido Rangel, Tutela jurisdicional, Repro 81, p. 63 e 64.
- (7) BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Direito e processo. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1998. p. 44 e 45.
- (8) BEDAQUE, ob. cit. p. 50
- (9) DINAMARCO. Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros. 5 ed. 1996. p. 317.
- (10) CRUZ E TUCCI. José Rogério, Tempo e processo. São Paulo: RT. 1997. p. 119.
- (11) CRUZ E TUCCI. cf. obra cit. p. 120.
- (12) TEIXEIRA. Salvo de Figueiredo, A efetividade do processo e a reforma processual, Repro 78. p. 89.
- (13) MOREIRA. José Carlos Barbosa, Tendências contemporâneas do direito processual civil. Repro 31. p. 200.
- (14) MARINONI. Luiz Guilherme, Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: RT., 1997, p. 17.
- (15) SILVA. Ovidio A Baptista da, Curso de processo civil. São Paulo: RT, 4 ed., 1998, p. 87.
- (16) DINAMARCO, ob. cit., A instrumentalidade, p. 149.
- (17) DINAMARCO, idem, p. 320.
- (18) LOPES. João Batista, Aspectos da ação monitória. RT 732. p. 68.
- (19) MARINONI. Luiz Guilherme, A reforma do CPC e a efetividade do processo. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Ed. Genesis, nº 1, 1996. p. 86.
- (20) PISANI. Andrea Proto, Appunti sulla giustizia civile. Bari: Caccuri Editore. 1982. p. 215.
- (21) MACHADO. Antônio Cláudio da Costa, Código de processo civil interpretado. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 833.
- (22) ARMELIN. Donaldo, Tutela jurisdicional diferenciada. Repro 65. p. 103.
- (23) BEDAQUE. José Roberto dos Santos, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 105. e 106.
- (24) BEDAQUE, idem p. 112.
- (25) CAPELLETTI. Mauro, Os métodos alternativos de solução de conflitos do quadro do movimento universal do acesso à Justiça. Repro 74. p. 97.
- (26) ARMELIN, cf. obra cit. Repro 65. p. 45.
- (27) DINAMARCO. Cândido Rangel, A reforma do código de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 140.
- (28) LOPES. João Batista, Depois da reforma. Revista de Direito Processo Civil. Curitiba: Genesis. nº 1, p. 45.
- (29) DINAMARCO. obra acima citada p. 143.
- (30) MARINONI. Luiz Guilherme, Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: RT. 1992. p. 23.
- (31) BERMUDEZ. Sérgio, A reforma do código de processo civil. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 1996. p. 30.
- (32) FRIEDE. Reis, Liminares em tutela cautelar e tutela antecipatória. 2ª ed. Rio de Janeiro: 1997. p. 56.
- (33) MARINONI. Luiz Guilherme, Tutela antecipatória..., São Paulo: RT. 1997. p. 200.
- (34) SILVA. Ovidio A Baptista da, Curso de processo civil. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: RT., 1998, p. 108.
- (35) idem. p. 109.
- (36) DINAMARCO. Cândido Rangel, A reforma do código de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 144.
- (37) MOREIRA. José Carlos Barbosa, A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do CPC. Repro 81. p. 205.
- (38) Dinamarco, obra anteriormente citada, p. 147.
- (39) PISANI. Andrea Proto, La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. Repro 90, p. 28. "Il nostro legislatore ha previsto ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti provati documentalmente (art. 633, nº 1) e ipotesi in cui la domanda è fondata su fatti meramente affermati dall'attore (art. 633, nº 2 e 3, 635, 636, ma vedi anche l'art. 634, 2º comma) e le ha assoggettate ad un unico schema procedurale".
- (40) GARBAGNATI, Edoardo. Il procedimento dingiunzione. Milano: Giuffrè. 1991.
- (41) Nelson Nery Jr., CPC comentado, p. 1282; Carreira Alvim, Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, 2ª ed., Del Rey, p. 31 e Sérgio Shimura. Repro 88, p. 60.
- (42) GRECO FILHO. Vicente, Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 49.
- (43) SANTUCCI. Pedro José, A natureza dos embargos ao mandado na ação monitória. Revista da Faculdade de Direito de Pinhal, nº 1, p. 103. e 104.
- (44) CRUZ E TUCCI. José Rogério. Ação monitória. São Paulo: RT, 1995, p. 67. THEODORO JÚNIOR. Humberto, Curso de direito processual civil. Vol. III. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 380 e SHIMURA. Sérgio. Sobre a ação monitória. Repro 88, p. 61 e 62.
- (45) Apud Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 381.
- (46) CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, p. 48." por isso a defesa se faz através de embargos (art. 1.102 c) os quais, se bem que não tenham a natureza de uma ação incidente (como nos embargos do, devedor), objetivam, a um só tempo, suspender a eficácia do mandado inicial e obter uma sentença de mérito de sua revogação (desconstituição)".
- (47) NERY. Nelson, CPC comentado. P. 1.285. "têm características de defesa, de oposição à pretensão monitória, não se confundindo com os embargos do devedor, somente cabíveis no processo de execução stricto sensus.
- (48) GUERRA. Willis Santiago. "De qualquer forma, penso que a orientação predominante na doutrina italiana no sentido de que os embargos, equivalem à contestação no procedimento ordinário, seguramente é a que deve inspirar a doutrina e jurisprudência nacionais". Repro 81, p. 51.
- (49) CRUZ E TUCCI. José Rogério. "Não há dúvidas de que os "embargos ao mandado", à luz do disposto no art. 1102c, correspondem a uma "ação incidental sui generis". Ação Monitória, São Paulo: RT. p. 91.
- (50) LOPES. João Batista, "Em verdade, não se cuida de mera defesa (contestação) o nem de ação incidental que objetiva atacar a execução, mas de "ação incidental com características próprias" cujo oferecimento independe da segurança do juízo". RT 732/81.
- (51) THEODORO JUNIOR. Humberto, "A defesa do demandado na ação monitória é feita por meio de embargos. Não se fala em contestação porque o mandado de citação não o convida a defender-se". Ob. acima cit. p. 382.
- (52) FRIEDE. Reis, Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1996. p. 179.

- ⁽⁵³⁾ ZAVASCKI, Teori Albino, Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. In Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Wambier. Tereza Arruda Alvim, São Paulo: RT. 1997. p. 462.
- ⁽⁵⁴⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel, A reforma do CPC. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p. 150.
- ⁽⁵⁵⁾ SILVA, Ovídio A Baptista da, Curso de processo civil. Vol. I. 4ª ed., São Paulo: RT. 1997; p. 152.
- ⁽⁵⁶⁾ MARINONI, Luiz Guilherme, A reforma do CPC e a efetividade do processo. Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênese, nº 1, p. 92.
- ⁽⁵⁷⁾ TALAMINI, Eduardo. Tutelas mandamental e executiva lato sensu e a antecipação de tutela ex vi do art. 461 § 3º do CPC, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, cond. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, São Paulo. RT.. 1997. p. 163.
- ⁽⁵⁸⁾ Cit, in ob. TALAMINI, p. 164.