



Capítulo XIV

AÇÃO MONITÓRIA

178. Introdução. 179. Escorço histórico e legislação estrangeira. 180. O processo monitorio brasileiro. 181. As condições da ação monitoria. 182. Os elementos da ação monitoria. 183. O ajuizamento da ação monitoria. 184. O mandado monitorio. 185. A natureza e o objeto dos embargos ao mandado monitorio. 186. Processamento dos embargos ao mandado monitorio. 187. O julgamento dos embargos. 188. A execução do mandado executivo.

178 INTRODUÇÃO

O processo monitorio foi introduzido no sistema jurídico-processual brasileiro pela Lei n° 9.079, de 14.7.95.

Dotado de estrutura procedimental diferenciada,²⁹⁹ o processo monitorio apresenta o produto final da conjugação de técnicas relacionadas ao processo de conhecimento e de execução, somadas à da inversão do contraditório, aglutinando, em uma só base processual, atividades cognitivas e de execução. Nele, a cognição é fundada com exclusividade na prova documental unilateralmente apresentada pelo autor, permitindo desde logo a emissão de um mandado (denominado, pela lei, como *mandado inicial*, mas designado, em sedes doutrinária e jurisprudencial, como *mandado monitorio* ou *mandado de injunção*), contendo

²⁹⁹ Incluído no Livro IV do Código, o processo monitorio é dotado de um procedimento especial, porquanto a especialidade procedimental pode decorrer, como já tivemos a oportunidade de anotar (V, *supra*, n° 15), das características que envolvem o litigio submetido à apreciação jurisdiccional, assim como das exigências das pretensões nele contidas. Ou, por outras palavras, a pretensão deduzida em tais os procedimentos especiais se escapam ao alcance de um tratamento processual comum, neles deduzidas, tornando mais aparente e efetiva a relação existente entre o Direito e o processo.

o comando, dirigido ao réu, para pagar uma soma em dinheiro ou entregar bem fungível ou coisa certa determinada. E como também é informado pela técnica da inversão do contraditório, no processo monitorio a cognição torna-se plenária apenas se e quando o réu vier a opor embargos; omitindo-se ou sendo aqueles rejeitados, inicia-se a fase executiva, sem solução de continuidade.

179 ESCORÇO HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O processo monitorio tem suas raízes no procedimento do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* (ou *praeceptum executivum sine causae cognitio-ne*), inspirado no procedimento canônico da *summaria cognitio*, que tinha por objetivo a abreviação da duração dos processos.³⁰⁰

Por meio desse procedimento ficava o juiz autorizado a emitir em favor do credor – e sem a prévia citação do devedor – ordem de pagamento envolvendo pequenos créditos (o *mandatum de solvendo*), que permitia a execução; mas essa ordem devia vir acompanhada da *clausula iustificativa*, ou seja, a de que o devedor, querendo opor defesa, deveria fazê-lo dentro de certo tempo. Apresentada oposição ao *mandatum*, este tinha sua eficácia tolhida.

No direito luso-brasileiro, as *Ordenações Manoequinas* e *Filipinas* contemplavam procedimento similar ao *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, qual seja, o da *ação de assinatura de dez dias*, ou *ação decendária*,³⁰¹ que poderia ser ajuizada pelo credor para haver do devedor quantia certa ou coisa determinada, conforme provasse escritura pública ou alvará feito e assinado.

O Regulamento n° 737, de 1850, originalmente aplicável apenas às causas comerciais, também passou a regular as cíveis por força do Decreto n° 763, de 19.9.1890; e dispunha, em seu art. 246, que a ação decendária consistia na assinatura judicial de dez dias para o réu pagar, ou dentro deles alegar e provar os embargos que tivesse, indicando o artigo seguinte os documentos que justificavam o ingresso do credor em juízo.

Com o advento da Constituição de 1891, os Estados-membros foram autorizados a legislar sobre processo (art. 34, n° 22, e art. 65, n° 2, conjugados), continuando o Regulamento n° 737 a vigorar apenas naqueles que não adotaram um código de processo civil particular.

Entre os diplomas estaduais que trataram da ação decendária merece destaque o paulista, que a regulou no Capítulo XVIII de seu Livro V (“Do Processo Especial”), dedicando-lhe os arts. 767 a 771. Essa ação cabia “ao credor por obrigação líquida e certa a que não (tivesse) a lei atribuído acção

³⁰⁰ Cf. Tommaso Siciliani, *Procedimento per ingiunzione*, p. 1.096. V., ainda: Celso E. Balbi, *Procedimento di ingiunzione*, *Enciclopedia Giuridica Freccani*, v. XVII, p. 1 ss.; Cândido Dinamarco, *Execução civil*, n° 5, p. 34-36; Liebman, *Embargos do executado*, p. 10 ss.; e Scialoja, *Procedimento civil romano*, § 57, p. 414 ss.

³⁰¹ V., a respeito da ação decendária: Marcatto, *O processo monitorio brasileiro* n° 7 e 8, p. 35-37.

179.2 O processo monitorio italiano: mercê dos pontos de contato que mantêm com o processo monitorio brasileiro, o seu equivalente italiano (mais especificamente o modelo documental, ou de injunção propriamente dito) merece exame à parte.

Previsão nos arts. 633 a 656 do Código de Processo Civil italiano, o *procedimento d'ingunzione* pode ter por objeto o pagamento de quantia líquida de dinheiro, ou a entrega de determinada quantidade de coisas fungíveis ou de coisa móvel também determinada (art. 633), sempre que o autor apresente prova escrita do direito que pretende fazer valer em juízo (idem, n° 1), ou, ainda, independentemente de prova documental, quando o crédito se refira a (a) honorários ou despesas derivadas de atividades judiciais ou extrajudiciais, devidos a advogados, procuradores, servidores forenses ou quaisquer outras pessoas que tenham exercido atividade remunerada em função de um processo (idem, n° 2), ou (b) a honorários, direitos ou reembolsos a notários ou a profissionais liberais integrantes de outras categorias para as quais exista uma tarifa legalmente aprovada (n° 3).

Estando em termos a petição inicial, o juiz determina ao réu, mediante decreto motivado, que pague a importância ou entregue a coisa reclamada, no prazo de 40 dias (sujeito, ocorrendo justa causa, a redução para dez dias ou ampliação para 60 dias), com a advertência de que nesse prazo poderá ser apresentada oposição (*opposizione*) e, ainda, de que, na falta dela, proceder-se-á à execução forçada (art. 641) – inclusive a provisória (arts. 642, 647 e 648) –, passível, todavia, de suspensão se houver graves motivos que justifiquem a medida (art. 649).

Apresentada oposição, será observado o procedimento ordinário (art. 645), permitida a execução provisória do decreto mediante prestação de caução pelo autor (art. 648).

É autorizada a oposição tardia (*opposizione tardiva*), aquela apresentada após inutilmente escoado o prazo para a oposição regular, se o réu comprovar que não teve conhecimento oportuno do decreto, por irregularidade da notificação ou em razão de caso fortuito ou força maior (art. 650, n° 1). Convertido o decreto em título executivo, ainda assim poderá ser impugnado pelo devedor (art. 656), por meio de revogação (*revocazione*), nos casos previstos em lei (art. 395, n°s 1, 2, 5 e 6), ou por terceiro credor do réu que tenha sido vítima de dolo ou colusão das partes no feito monitorio (art. 404, n° 2).

180 O PROCESSO MONITÓRIO BRASILEIRO

Como salientado, o processo monitorio resulta da fusão de atos típicos de cognição e de execução e é informado, ainda, pela técnica da inversão do con-

Essa cognição, fundada apenas na prova documental unilateralmente apresentada pelo autor, torna-se plenária se e quando o réu vier a opor embargos; omitindo-se (ou sendo rejeitados os seus embargos), inicia-se desde logo a fase executiva, daí se podendo concluir que o processo se desenvolve segundo a pos-tura assumida pelo réu.

No processo monitorio, o juiz determina, *inaudita altera parte*, a expedição do mandado contendo a ordem de pagamento de certa quantia ou de entrega de uma quantidade de coisas fungíveis, ou de entrega de coisa móvel determinada, fundando essa sua decisão não na certeza do direito afirmado pelo autor, mas no reconhecimento da *probabilidade* de existência desse direito, emanada da prova documental escrita por ele apresentada.

A iniciativa do contraditório será exclusivamente do réu (e é, portanto, eventual e invertido), que poderá opor-se ao mandado e assim ensinar a instauração de um processo incidente ao monitorio, ou seja, o *processo de embargos ao mandado*, neste se realizando a cognição plena tendente ao estabelecimento da certeza ou não do crédito afirmado pelo autor.

O processo instaurado com o ajuizamento da demanda monitoria, inconfundível com o de embargos ao mandado, evolui, em sua marcha procedimental, da *fase postulatória* (que abrange os atos de ajuizamento da demanda) para a *decisória* (emissão do mandado monitorio, ou seja, da ordem judicial para que o réu pague a quantia ou entregue o bem móvel determinado ou os bens fungíveis reclamados, com a sua posterior cientificação do conteúdo do mandado), culminando com a *fase executiva*, que se inicia com a intimação do devedor, após convalidado o mandado em título executivo judicial (CPC, art. 1.102c, *caput*, parte final, e § 3°) – salvo, evidentemente, se antes disso ele cumpriu voluntariamente o mandado, hipótese em que se opera de plano, sem a necessidade da fase executiva, a plena satisfação do credor, com a extinção do processo por meio de sentença terminativa.

Convém desde logo anotar, por pertinente, que embora ainda perdure, em sede doutrinária, controvérsia sobre a natureza jurídica dos embargos, alguns sustentando tratar-se de ação, outros, de constrição, esta última é a posição assumida pela jurisprudência (v., *infra*, n° 185).

Adotada a tese de que os embargos têm natureza de ação, opostos que sejam pelo réu instaura-se novo processo incidente ao monitorio, que lhe tolhe o curso e suspende a eficácia do mandado. Não opostos, ou sendo rejeitados – e obtido, então, o título executivo –, inicia-se, sem solução de continuidade, a fase executiva, observados, quanto a esta, os procedimentos, princípios e regras estabelecidos pelo Livro I, Título VIII, Capítulo X, do Código de Processo Civil. Por outras palavras, sendo a obrigação de entrega de coisa, observar-se-á o disposto no art. 461-A; tratando-se de obrigação por quantia certa, o devedor disporá do prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário, sob pena de, mantido o inadimplemento,

ter início a fase executiva, a requerimento do credor, com o acréscimo de multa de 10% sobre o valor exequendo (v. arts. 475-1 e 475-J ss).

181 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO MONITÓRIA

Diferentemente dos demais processos de conhecimento, em que o exame da admissibilidade da ação pode ser realizado a todo tempo pelo juiz, inclusive de ofício – acarretando, a ausência de qualquer de suas condições, a pura e simples extinção do processo (CPC, art. 301, X e § 4º, c.c. art. 267, VI) –, no monitorio essa verificação ficará restrita, em regra, àquela oportunidade em que o juiz, confrontado com a petição inicial, profere o assim denominado “despacho liminar”.

Deferida a expedição do mandado, contra ele restará ao réu apenas a oposição de embargos para a dedução da objeção de carência, pois a técnica do procedimento monitorio não autoriza o ataque por meio de recurso àquela decisão inicial.³¹⁰ Ultrapassado inutilmente o prazo para a oposição dos embargos pelo réu, é possível que não mais surja a oportunidade para o reexame da presença das condições referidas, à medida que o mandado se convola, de pleno direito, em título executivo judicial.

Torna-se então necessário, diante das circunstâncias apontadas, maior apuro no exame das condições da ação monitoria, visando impedir a expedição de um mandado contaminado pela ilegalidade.

181.1 A legitimidade *ad causam*: do ponto de vista da legitimidade *ad causam*, a ação monitoria não se distingue de qualquer outra versando direitos de natureza patrimonial, podendo legitimamente figurar como partes aquele que se intitule credor e aquele ao qual se atribua a condição de devedor.

Como já assinalado no item 6.1.2, *supra*, são inconfundíveis os conceitos de partes e de legitimidade. Os preceitos atinentes à legitimação prendem-se exclusivamente à ação, ao passo que o conceito de parte prende-se ao processo, decorrendo daí que mesmo a parte ilegítima ainda é considerada parte. Ademais, apura-se legitimidade tendo em vista sempre a relação jurídica controvertida, pois as pessoas que figuram em seus polos ativo e passivo é que irão integrar, ordinariamente, na qualidade de partes, a relação jurídica processual – ressalvada, na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a denominada *legitimação extraordinária*, caso em que as partes não corresponderão aos figurantes da relação de direito material,

³¹⁰ Não obstante esse ato do juiz caiba na categoria de decisão, esta não comportará impugnação por meio de recurso de agravo, podendo o réu, dela cientificado, valer-se exclusivamente dos embargos ao mandado monitorio, conforme já exposto em nosso *O processo monitorio brasileiro*, n° 13, p. 55.

já que o substituto processual estará exercitando, em nome próprio, direito do substituído.

Tratando-se de obrigação de pagar soma em dinheiro e existindo *solidariedade ativa*, qualquer dos credores estará legitimado extraordinariamente a postular em juízo, isoladamente ou, ainda, em litisconsórcio facultativo, valendo em qualquer caso, para todos, o título executivo judicial que venha a ser obtido (CC, art. 267). Cuidando-se, ao reverso, de *solidariedade passiva*, o autor poderá ajuizar o pedido em face de qualquer dos coobrigados (instaurando-se, caso eleja mais de um dos devedores como réu, uma relação litisconsorcial também facultativa – CPC, art. 46), com os desdobramentos processuais que advirão da postura assumida pelos litisconsortes.

Sendo *indivisível* o objeto da prestação (entrega de *determinado* bem móvel) e existindo dois ou mais credores, qualquer deles estará legitimado a ajuizar a ação monitoria (CC, art. 260), desde que instrua seu pedido com *caução de ratificação* liberado da obrigação, querendo cumprir o mandado monitorio, se, pagando ao autor, este lhe conferir a aludida caução (art. 260, II). Apesar de essa exigência de caução de ratificação não se referir, por certo, à legitimidade ativa *ad causam*, ela representa, do ponto de vista do processo, verdadeiro pressuposto de constituição, impondo-se o indeferimento da petição inicial se e quando o credor, instruído a instruí-la com a documentação comprobatória da caução, não o fizer no prazo para tanto assinalado (CPC, art. 267, IV).

Como a indivisibilidade decorre, *in casu*, da *indivisibilidade* do bem objeto da prestação – isto é, o bem móvel determinado é *naturalmente* indivisível –, não poderá o devedor liberar-se da dívida entregando-o a apenas um dos credores, ficando, assim, inviabilizada a possibilidade aberta pelo art. 1.102a do diploma processual civil. Nem se cogite, aqui, das soluções aventadas para as situações de solidariedade ativa, pois o tratamento legal a ser dado à espécie é diferente do dispensado àquela; apesar de solidariedade e indivisibilidade poderem ser equiparadas, distinguem-se, não obstante, pela *causa*: enquanto a primeira apresenta garantia, estabelecida em favor dos credores, de satisfação integral da dívida em relação a qualquer deles, a segunda deriva da impossibilidade de fracionamento do objeto da prestação.

Sendo dois ou mais os devedores da coisa, poderá o credor exigí-la de qualquer deles (CC, art. 259), não porque se trate de situação que envolva solidariedade passiva (nunca presumida – CC, art. 265), mas, antes, em razão da já aludida impossibilidade de fracionamento do objeto da prestação insatisfeita. Cumprindo o devedor eleito como réu o mandado monitorio, opera-se a sub-rogação a que alude o parágrafo único do art. 259 da lei civil: mantendo-se inerte ou vindo a ser rejeitados os seus embargos, disporá o credor de título hábil à execução em face dele.

181.2 O interesse de agir: consubstanciado no binômio *necessidade-adequação*.³¹¹ O interesse de agir estará presente sempre que o autor, afirmando o inadimplemento do réu, pretender valer-se da via monitoria para a obtenção da tutela jurisdicional específica prometida pelo sistema jurídico, isto é, sempre que postular, com lastro na causa de pedir por ele indicada e fundando sua pretensão na prova documental exigida por lei, o provimento previsto no art. 1.102a do Código de Processo Civil – limitada tal postulação, evidentemente, aos tipos de créditos enunciados no aludido dispositivo legal. A *necessidade* (instrumental) decorre da *necessidade concreta* (substancial) da prestação da tutela jurisdicional almejada: já a *adequação* estará atendida pela própria opção do (pretendido) credor pela via monitoria, sujeitando-se ao procedimento especial para ela traçado.

A existência da via ordinária para a obtenção da tutela condenatória não representa obstáculo à opção pela monitoria, pois esta é a via dotada de aptidão para a concessão da tutela diferenciada por ele almejada. Mas se é certo que a lei facilita ao autor a opção entre a via monitoria, de um lado, e a ordinária (de conhecimento), de outro, o mesmo não se dá entre a via executiva e a monitoria: enquanto a primeira é aberta ao credor munido de título executivo (CPC, art. 585), a segunda exige do autor a apresentação de documentos que não estejam revesidos dos atributos de título executivo extrajudicial; quem dispõe deste último não tem interesse instrumental na obtenção da tutela monitoria e é, portanto, carecedor da ação correspondente.

Considerando que a lei brasileira contempla – diferentemente das legislações dos países europeus que adotam o procedimento monitorio – número expressivo de títulos executivos extrajudiciais, todos idôneos e eficazes à obtenção da tutela executiva, questiona-se a conveniência, a oportunidade e a necessidade da introdução do processo monitorio em nosso sistema jurídico-processual. A essa objeção responde-se que há situações em que o credor, confrontado com a situação de inadimplência do devedor e mesmo dispondo de prova documental, ainda assim é carente de título executivo,³¹² restando-lhe apenas, antes da introdução da ação monitoria, a via do processo de cognição plena, com todos os percalços que a pontilham.

Por outro lado, o fato de ser possível, nos Juizados Especiais Cíveis, a relativamente rápida obtenção de títulos executivos judiciais, igualmente não pode atuar como argumento contrário à necessidade da tutela monitoria. Primeiro porque os Juizados têm competência limitada por valor (art. 3º, I, da Lei nº 9.099/95 e art. 3º da Lei nº 10.259, de 12.7.01), não se prestando, pois, às pretensões que envolvam créditos superiores ao limite estabelecido por lei; depois porque a

³¹¹ A respeito dessa condição, confira-se a exposição mais detalhada no item 6.1.1, *supra*.

³¹² Exemplo: o portador de cheque fulminado pela prescrição, ou o credor que disponha de documento assinado pelo devedor, mas sem as duas testemunhas a que alude o art. 585, II, do Código de Processo Civil.

sumariedade procedimental que os caracteriza não permitiria ao réu a oposição de embargos ao mandado monitorio (CPC, art. 1.102c, § 2º). Mas ainda que tais objeções pudessem ser descartadas, de modo algum os Juizados Especiais representariam óbice à utilização da via monitoria pelo interessado: ao reverso, las diferenciadas; vale dizer, atualmente o sistema jurídico-processual está rehellado para a concessão de tutelas adequadas às necessidades patrimoniais de toda ordem, não se justificando, à luz dos argumentos anteriormente expostos, de qualquer restrição (que não as legais) ao acesso efetivo à jurisdição.

181.2.1 O interesse de agir e o objeto do direito afirmado pelo autor: com pequenas variações, o art. 1.102a do Código de Processo Civil praticamente reproduz o art. 633 da lei processual civil italiana, admitindo a utilização da via monitoria apenas quando se tratar de obrigação que tenha por objeto prestação de dar dinheiro³¹³ ou de entregar coisa fungível ou determinado bem móvel – ficando excluídas, destarte, tanto as relações jurídicas de natureza não patrimonial quanto as obrigações que têm por objeto prestações de fazer, de não fazer ou de entregar bem imóvel.

Impõem-se, a esta altura, algumas considerações.

A – Tendo em vista que o art. 1.102a do Código de Processo Civil refere-se explicitamente à entrega de coisa fungível e de coisa móvel determinada, estaria excluída de sua incidência a obrigação que tenha por objeto prestação de entrega de coisa incerta? Ou pode concluir-se que o legislador simplesmente utilizou a fórmula do direito processual civil italiano, sem cogitar, contudo, da exclusão?

Creemos que a última alternativa é a correta.

Ao prever a possibilidade de utilização da via monitoria versando obrigação que tenha por objeto a entrega de coisa móvel determinada (*rectius*: coisa certa móvel), aquela já individualizada, inexistia razão para o Código excluir a possibilidade de essa determinação vir a ser feita posteriormente, mediante a escolha no próprio curso do procedimento monitorio ou na futura fase executiva (CPC, art. 461-A). Se a coisa estiver identificada pelo gênero e quantidade e a sua escolha couber desde logo ao credor (CC, art. 244), este já a indicará na petição inicial da ação monitoria, caso em que se estará diante de prestação de entrega de coisa móvel determinada; se, ao reverso, a escolha couber ao devedor, o autor formulará pedido de entrega de coisa incerta, desde que indique (e comprove documentalment) o seu gênero e quantidade, ficando a escolha deferida para momento posterior: cumprindo o réu voluntariamente o mandado monitorio, nesse momento procederá à escolha; não cumprindo, por ocasião da intimação a que alude o Código de Processo Civil em seu art. 1.102c, § 3º (v. art. 461-A, § 1º).

³¹³ Súmula 384 do STJ: “Cabe ação monitoria para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.”

Feita a escolha, a coisa torna-se certa, até porque a satisfação do credor pres-
supõe o apossamento (ou a expropriação, em caso de execução) do próprio bem,
que deve, portanto, ser exatamente determinado. Não opostos ou rejeitados os
embargos ao mandado monitorio e não sendo a coisa depositada ou entregue
pelo executado no prazo estabelecido, expirar-se-á mandado de busca e apre-
ensão em favor do credor (art. 461-A, §§ 2º e 3º). Constatada a impossibilidade de
cumprimento da prestação *in natura* pelo réu (quando se tratar de *determinado
bem movel*), a obrigação de entrega será convertida em perdas e danos (art. 461-
A, § 3º, c.c. art. 461, § 1º), procedendo-se, então, nos termos dos arts. 475-J ss.

B – Relativamente às prestações pecuniárias, certamente se exige não apenas
a atualidade do direito invocado pelo autor, como, ainda, a liquidez e a exigibi-
lidade da prestação correspondente, pois convolado o mandado monitorio em
título executivo judicial, não se abrirá qualquer oportunidade para a liquidação
do crédito.³¹⁴

Essa liquidez poderá ser demonstrada mediante simples cálculos aritméticos
elaborados pelo próprio autor, que deverá instruir a petição inicial com a memó-
ria discriminada daqueles: o réu poderá valer-se dos embargos ao mandado para
impugnar tanto os valores indicados quanto os critérios utilizados para a sua
apuração.

O autor deverá incluir nos cálculos a importância relativa à verba honorária,
e, caso não o faça, caberá ao juiz arbitrar na própria decisão concessiva do man-
dado o valor a ser satisfeito pelo réu àquele título em caso de não oposição ou de
rejeição dos embargos – possibilidade essa que resulta, aliás, da própria previsão
do aludido art. 1.102c, pois se inexistir prévia fixação de verba honorária, qual
será a isenção gozada pelo réu?

181.2.2 A prova documental como pressuposto de adequação da

tutela reclamada: considerando as conseqüências que advêm do mandado
monitorio, mormente quando se convola em título executivo judicial em razão
da inércia do réu, exige-se para sua emissão uma pretensão particularmente qua-
lificada³¹⁵ – daí a necessidade de apresentação pelo autor de prova documental
escrita que, embora não tipifique um título executivo extrajudicial, autorize, ape-
nas com lastro nela, uma “*cognição mais rápida dos fatos pertinentes à causa*”³¹⁶ e
permita ao juiz, desde logo, a formação de convencimento acerca da existência

³¹⁴ Assim também entendem, entre outros, Cândido Dinamarco, *A reforma do Código de Process-
so Civil*, n.º 168-O, p. 245-246 e Donald Armelin, *Apostamentos sobre a ação monitoria*, Lei n.º
9.079/95, p. 46.

³¹⁵ Cf. Nicola Jaeger, *Diritto processuale civile*, n.º 548, p. 740-741. V., ainda, a respeito da prova
escrita, interessante e substancioso trabalho de Aldo Cavallo, *La prova scritta nel procedimento per
ingiunzione*, p. 79 ss.

³¹⁶ Cf. Donald Armelin, *Apostamentos sobre a ação monitoria*, Lei n.º 9.079/95, p. 51.

do crédito, embora pautado, convém dizer, em grau de probabilidade de menor
intensidade que aqueles ostentados pelos títulos executivos extrajudiciais.

Calamandreí esclarece que, se o documento apresentado pela parte tem o
valor de prova legal, o juiz deverá limitar-se à verificação de seus requisitos
formais, sem poder entrar na valoração de sua pertinência intrínseca; se
os documentos não têm eficácia probatória estabelecida pela lei, o juiz
poderá valorá-los livremente, no mesmo âmbito em que poderia fazê-lo no
processo ordinário.³¹⁷

Isto significa que deve ser considerado documento hábil a respaldar a pre-
tensão à tutela monitoria aquele produzido na forma escrita e dotado de aptidão
e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da
probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse sido utili-
zado no processo de cognição plena. Em síntese – e aqui lançamos mão de enten-
dimento jurisprudencial já consolidado na Itália –, qualquer documento que seja
merecedor de fé quanto à sua autenticidade.³¹⁸

É deferida ao autor a possibilidade de instruir sua petição inicial com dois
ou mais documentos, sempre que a insuficiência de um possa ser suprida por
outro (isto é, em seu conjunto, a prova documental tenha aptidão para induzir a
formação do convencimento do juiz), ou de valer-se de documento proveniente
de terceiro,³¹⁹ desde que ele tenha aptidão para, isoladamente ou em conjunto
com outro, demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolva
autor e réu e, ainda, para atestar a exigibilidade e a liquidez da prestação.

A prova escrita exigida pela lei deve, portanto, ser completa, no sentido de
justificar plenamente o pedido de injunção, podendo o juiz, diante de sua insufi-
ciência, permitir ao autor, quando muito, a sua complementação, no prazo para
tanto assinado, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, arts. 283, 284

³¹⁷ *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, p. 145 ss. Aliás, já está consolidado na ju-
risprudência italiana o entendimento de que prova escrita é todo e qualquer documento, produzido
pelo devedor ou por terceiro, que mereça fé e que atue como fonte de convencimento do juiz (Cf.
Taruffo e outros, *Lezioni sul processo civile*, Capítulo 9, p. 235).

³¹⁸ V., a respeito, substanciosos comentários de Garbagnati sobre decisão da Corte de Cassação,
in *La prova scritta nel processo d'ingiunzione*, *Rivista di diritto processuale* 21/96, p. 361-382. V.,
também, Tarzia, *Il libro della tutela dei diritti quarant'anni dopo*, n.º 5, p. 26-31. A mesma orientação
é adotada entre nós: STJ, RESP 167618/MS, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, julg. 26.5.98,
DJU 14.6.99, p. 202 – RSTJ 122/325; RESP 173028/MG, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, julg.
8.9.98, DJU 14.12.98, p. 249 – LEXSTJ 118/267; RESP 260219/MG, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar
Zveiter, julg. 19.2.01, DJU 2.4.01, p. 291, entre outros arestos.

³¹⁹ Essa é a opinião prevalente na doutrina e jurisprudência italianas (v., por todos, Balbi, *Pro-
cedimento di ingiunzione*, p. 5, e Garbagnati, *Il procedimento d'ingiunzione*, n.º 24, p. 73-77, e *La
prova scritta nel processo d'ingiunzione*, *Rivista di diritto processuale* 21/96, p. 361-382). Esse
mesmo entendimento prevalece entre nós. Por todos, Donald Armelin, *Apostamentos sobre a ação
monitoria*, Lei n.º 9.079/95, p. 54, e STJ, RESP 423131/SP, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, julg.
17.10.02, DJU 2.12.02, p. 241.

e 295, VI, conjugados, do CPC). De modo algum estará autorizado, no entanto, a suprir a insuficiência da prova escrita por meio de provas orais (testemunhos e interrogatórios), seja porque essa possibilidade acarretaria a inversão do procedimento (só haveria instrução probatória se e quando opostos os embargos ao mandado), seja porque, mostrando-se insuficiente a prova escrita e não podendo ser oportunamente complementada pelo autor, impor-se-á, como dito, o puro e simples indeferimento da petição inicial.

É grande a variedade da prova documental hábil a instruir a petição inicial, valendo como exemplos os títulos de crédito fulminados pela prescrição, independentemente da demonstração da origem da dívida,³²⁰ o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias, acordos e transações não homologados, as cartas ou bilhetes de que se possa inferir confissão de dívida e, de modo geral, documentos desprovidos de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito)³²¹ ou títulos de crédito a que falte algum requisito exigido por lei, a duplicata sem aceite, sem protesto e sem o comprovante de entrega da mercadoria,³²² a carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços etc.

Ao editar a Súmula 299, o Superior Tribunal de Justiça encerrou, definitivamente, a controvérsia sobre a admissão de cheque prescrito como prova hábil à comprovação do crédito reclamado em ação monitoria, ao réu cabendo, isto sim, o ônus de provar a inexistência do débito.³²³

181.3 Possibilidade jurídica: em regra, a possibilidade jurídica será examinada pelo juiz sob seu aspecto negativo, pois em determinadas situações o ordenamento jurídico já nega de antemão o poder de ação ao interessado, seja em razão do pedido (v. g., mandado de segurança normativo), da causa petendi

³²⁰ "Na ação monitoria fundada em cheque prescrito, não se exige do autor a declinação da causa devida, pois é bastante para tanto a juntada do próprio cheque devolvido por insuficiência de fundos, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito. Precedentes. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 291760/Df, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. 17.09.02, DJU 14.4.03, p. 225 - No mesmo sentido: REsp 445668/SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 15.10.02, DJU 2.12.02, p. 321; REsp 471392/RS, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 19.12.02, DJU 2.6.03, p. 303).

³²¹ Divergindo de orientação que vinha sendo adotada por alguns tribunais pátrios, o Superior Tribunal de Justiça proclamou que o contrato de cheque especial não é título executivo, podendo o credor valer-se, isto sim, da via monitoria, tal como enunciado na Súmula 247: "O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitoria."

³²² Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua 4ª Turma, no julgamento do REsp 247.342/MG, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar (julg. 11.4.00, DJU 22.5.00).

³²³ Súmula 299 do STJ: "É admissível a ação monitoria fundada em cheque prescrito."

(v. g., ação fundada em dívida de jogo) ou da qualidade (perrogativas) de uma das partes (v. g., execução por expropriação forçada contra a Administração Pública), tanto que, constatada a impossibilidade jurídica, a petição inicial é considerada inepta e liminarmente indeferida (CPC, art. 295, parágrafo único, III - v., *supra*, n.º 6.1.3). Cabendo a monitoria no conjunto das denominadas ações típicas,³²⁴ a condição ora em debate deve ser encarahada à luz do critério positivo, ou seja, o sistema jurídico-processual brasileiro permite, agora, a outorga de uma tutela até então não prevista pelo ordenamento, ou seja, "essa modalidade processual tornou-se juridicamente possível", o que não era antes e não é nos países que ainda não a admitiram".³²⁵

182 OS ELEMENTOS DA AÇÃO MONITÓRIA

Como anteriormente referido (*supra*, n.º 6.2), a identificação de uma ação por meio de seus elementos (*partes, pedido e causa de pedir*) atende à necessidade de resolução de questões técnico-processuais que digam respeito, entre outros, aos fenômenos da conexão e da continência, da preempção e, principalmente, da coisa julgada e da litispendência. Por outras palavras, examinada a ação à luz de seus elementos componentes, constata-se a ocorrência ou não de qualquer desses fenômenos, extraindo a lei, em caso positivo, a consequência processual correspondente (CPC, arts. 102, 105, 267, V, 268, parágrafo único, e 301, IV a VII).

Relativamente às partes, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá figurar em qualquer dos polos da relação jurídica processual, com a eventual exceção, no polo passivo, do incapaz, do falido e do insolvente.³²⁶ Prevalece, quanto à Fazenda Pública, o entendimento de que poderá ser ré na ação monitoria.³²⁷

O pedido consistirá na postulação, dirigida ao juiz, de emissão do mandado monitorio, contendo a ordem judicial, dirigida ao réu, para pagar uma soma em dinheiro ou de entregar coisa fungível ou determinado bem móvel (ou a indenização correspondente), ao passo que a causa de pedir (v., *supra*, n.º 6.2.3) terá por conteúdo a afirmada relação jurídica de direito material que vincula autor e réu (obrigação) e a situação de inadimplemento decorrente da conduta omissiva do último.

³²⁴ V., a respeito das denominadas ações típicas, Marcató, *O processo monitorio brasileiro*, n.º 13.3, p. 71-72, nota 52.

³²⁵ Cf. Cândido Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, n.º 168-D, p. 232.

³²⁶ Sálvio de Figueiredo Teixeira nega expressamente a utilização da via monitoria em face do falido e do insolvente civil, assim como do incapaz cujo representante legal não tenha poder para transacionar (*Código de Processo Civil anotado*, p. 695).

³²⁷ Súmula 339 do STJ: "É cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública."

183 O AJUIZAMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA

Examinados as condições e os elementos da ação monitoria, cumpre, agora, recer considerações sobre seu ajuizamento e processamento.

183.1 O órgão jurisdicional competente: é da Justiça comum estadual a competência para o processamento da ação monitoria. Admitido o seu ajuizamento pela Fazenda Federal ou em face dela, ou, ainda, o seu cabimento perante a Justiça do Trabalho,³²⁸ serão competentes, respectivamente, a Justiça Federal (CF art. 109, I) e a do Trabalho (*idem*, art. 114).

Abstraida a competência da Justiça do Trabalho e definida, com lastro nos critérios constitucionais, a “Justiça” comum competente (a estadual ou a federal), prevalecerá para a determinação da competência territorial o foro do local do pagamento ou da entrega da coisa (CPC, art. 100, IV *d*), ou o foro do domicílio do réu (art. 94 – V, art. 100, IV, alíneas *a* e *c*) – salvo, evidentemente, se a pretensão vier fundada em contrato que contemple o foro de eleição (art. 111). Determinado o foro competente, a ação será direcionada a juízo comum (juízo cível), salvo se houver juízo especializado (tais como, *v. g.*, as Varas da Fazenda Pública), hipótese em que prevalecerá o critério objetivo pautado na qualidade da parte (a denominada competência objetiva *ratione personae*, absoluta).

183.2 O juízo prévio de admissibilidade: a petição inicial, elaborada com a observância do art. 282 do Código de Processo Civil, será, como de rigor, submetida ao juízo prévio de admissibilidade.

Tomando conhecimento dessa peça inaugural do processo, compete ao juiz verificar se foram atendidos não apenas os *requisitos gerais* (competência, legitimidade, interesse de agir etc.), mas, principalmente, os *especiais*, tanto os relativos ao *objeto* (pagar soma de dinheiro ou entregar coisa fungível ou coisa móvel determinada, pois a utilização da via monitoria é restrita às situações puramente patrimoniais) quanto os atinentes à documentação exigida por lei.

Cumprido ao juiz verificar, inicialmente, a competência do órgão jurisdicional, pois constatada a incompetência absoluta, ordenará de ofício a remessa dos autos ao órgão jurisdicional competente (CPC, art. 113); sendo ela relativa, a parte prejudicada deverá valer-se da exceção adequada (art. 112), sob pena de protelação (art. 114).

³²⁸ A respeito da admissibilidade da utilização da via monitoria na Justiça do Trabalho confira-se, por todos, Francisco das Chagas Lima Filho, *Ação monitoria: cabimento no âmbito trabalhista*; Francisco Gêison Marques de Lima, *Ação monitoria trabalhista: ação monitoria coletiva e competência da JCI*; e Ricardo Zanelli, *Ação monitoria no processo do trabalho*.

por outro lado, presente qualquer das situações enunciadas no art. 295 do Código, será o caso de puro e simples indeferimento da petição inicial. Dar-se-á o mesmo se o juiz não se convencer da eficácia ou da idoneidade da prova documental apresentada pelo autor, embora esteja impedido de proclamar a inexistência do crédito por ele reclamado, ou seja, de adentrar o mérito da pretensão deduzida e extrair a conclusão de que não é credor do réu. Para tanto não se prescreta o processo monitorio, atuando a prova documental positivamente apenas no sentido de criar no espírito do juiz a *probabilidade* do direito afirmado, mas não a certeza de sua inexistência; caso a prova documental seja inconvincente, deverá o juiz simplesmente indeferir a petição inicial, por ausência de requisito especial de admissibilidade. Da sentença de indeferimento caberá recurso de apelação, facultada ao juiz a oportunidade para a retratação (art. 296).

Operado o trânsito em julgado formal da sentença – seja por ausência de recurso tempestivo, seja porque este foi rejeitado pelo tribunal –, será possível ao autor novamente ingressar em juízo, postulando mais uma vez a tutela monitoria, ou, então, por meio da via ordinária de conhecimento, a tutela condenatória? A essa indagação responde-se que a eventual impossibilidade decorrerá exclusivamente da manutenção da situação de carência de ação, não se cogitando, relativamente à pretensão à tutela monitoria, do óbice da coisa julgada material, obstativa da formulação em juízo, em face do mesmo réu, de pretensão idêntica à anteriormente deduzida e fundada na mesma causa de pedir.

Nas situações enunciadas nos incs. I, V e VI do art. 295 do Código de Processo Civil, nada impede que o autor reproponha a ação, bastando, para tanto, a adequação da petição inicial às exigências legais, instruindo-a, ainda, com os documentos referidos pelo art. 1.102a; não dispondo de prova documental hábil à dedução de sua pretensão pela via monitoria, sempre poderá valer-se da via ordinária de conhecimento.

Pautado o indeferimento no inc. II do art. 295, é evidente que, persistindo a ilegitimidade *ad causam*, ativa ou passiva, nova investida do autor deverá ser mais uma vez repelida, quer na via monitoria, quer na ordinária, pois mantida a situação de carência da ação, obstativa da obtenção de qualquer provimento jurisdicional relativo à pretensão deduzida em juízo. Caso o indeferimento venha fundado no inc. III, a ausência do interesse de agir pela via monitoria não inviabilizará, por certo, a propositura de outra ação (presente, em relação a ela, o interesse de agir) tendente a uma tutela condenatória mediante processo de cognição plena.

Finalmente, constatada, de plano, a ocorrência de prescrição (art. 295, IV), deverá o juiz, a teor do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, indeferir de plano a petição inicial, prolatando, para tanto, sentença de mérito (art. 269, IV), a inviabilizar, uma vez operado seu trânsito em julgado material, a repropositura de ação, monitoria ou de cognição plena, tendo por objeto a mesma pretensão (v. art. 267, V).

184 O MANDADO MONITÓRIO

184.1 Natureza jurídica do mandado monitorio: fruto de cognição sumaria e emitido *mandata altera parte*, com lastro apenas nas afirmações e documentos unilateralmente apresentados pelo autor, o mandado monitorio somente adquire eficácia *similar* à da sentença condenatória obtida no processo de cognição plena, se e quando o réu se omitir, ou seja, deixar de opor embargos, de cognição plena, se e quando a possibilidade de dar vida, por meio daqueles, a um vício que a lei lhe defere a possibilidade do contraditório e permita, assim, a impugnação do decreto judicial.

184.2 Requisitos do mandado monitorio: na dicção do art. 1.102b, estando a petição inicial devidamente instruída (e preenchidos os requisitos gerais e especiais já referidos), será deferida de plano a expedição do mandado inicial, contendo a ordem, dirigida ao réu, de pagamento ou de entrega de coisa no prazo de 15 dias.

Esse mandado, também denominado monitorio (ou de injunção), representa a ordem judicial dirigida ao réu, tendo por objeto qualquer das prestações enunciadas, não podendo ser confundido, evidentemente, com o ato pelo qual se investe o oficial de justiça de autoridade para proceder ao cumprimento da própria ordem. E apesar de vir corporificado em uma decisão interlocutória, o mandado monitorio não permite ataque pela via recursal,³²⁹ assegurado ao réu o direito de oposição por meio dos embargos adequados.

O mandado monitorio deverá referir-se, ainda, à importância devida pelo réu (se ela não vier indicada na petição inicial), a título de custas e honorários advocatícios: opostos embargos ao mandado, essas verbas serão definidas na sentença correspondente, por elas respondendo a parte que venha a sucumbir. Além disso, considerando, de um lado, as vantagens oferecidas ao réu que cumpra voluntariamente o mandado (CPC, art. 1.102c, § 1º) e, de outro, as graves consequências que lhe advêm da não oposição tempestiva de embargos (1.102c, *caput*), é também indispensável que delas seja cientificado, por aplicação analógica do art. 285 do Código de Processo Civil.

184.3 A cientificação do réu e seu posicionamento diante do mandado monitorio: o art. 1.102b do Código de Processo Civil não

³²⁹ É isolada a posição assumida por Vicente Greco Filho, ao sustentar a possibilidade de interposição de agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, feito esse que poderá, no entanto, ser rança (*Comentários ao Procedimento Sumário, ao agravo e à ação monitoria*, p. 53). A orientação prevalente é no sentido de que o mandado monitorio deverá ser impugnado por meio de embargos (CPC, art. 1.102c).

faz expressa menção à citação do réu, mas ela indubitavelmente deverá ocorrer, seja porque representa pressuposto de validade do processo (art. 214), necessária à configuração complexa da relação jurídica processual, seja, ainda, porque em relação ao réu os efeitos da propositura da ação somente se operarão por validademente citado (art. 263, 2ª parte).

Cientificado do mandado, o réu, além de injungido a pagar ou a entregar a quantia ou a coisa reclamadas pelo autor, e intimado do conteúdo daquele e das consequências que poderão advir de seu descumprimento, também estará sendo citado para integrar a relação jurídica-processual. A citação estará concretizada por qualquer das formas previstas em lei, até porque, quisesse essa dispor de modo diferente, teria expressamente repellido as formas fictas de citação, ou, ainda, explicitado que tal ato só poderia ser formalizado por oficial de justiça. Aliás, essa é a orientação assentada pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 282.³³⁰

Citado e intimado do mandado, o réu adotará, no prazo de 15 dias: (a) cumprir voluntariamente o mandado; (b) permanecer inerte; (c) opor exceção ritual; (d) opor embargos.

184.4 O cumprimento voluntário do mandado monitorio: a primeira opção revela-se mais favorável ao réu, se e quando, reconhecendo ele sua condição de devedor, não pretender opor resistência à ordem, cumprindo voluntariamente (apesar de não espontaneamente) o mandado, ou seja, pagando a importância ou entregando a coisa reclamada e ficando isento, em consequência, das custas e da verba honorária. E essa isenção representa, mais que mera vantagem conferida ao réu, um convite à não oposição de embargos infundados ou protelatórios, afeiçãoando-se, assim, ao ideal da busca da solução de conflitos por meio da atividade direta das partes.

Cumprindo o réu o mandado e estando, por consequência, totalmente satisfeito o direito do autor, o juiz proferirá sentença extinguinte o processo, à semelhança do que ocorre no processo de execução (CPC, art. 794, I).

184.5 A inércia do réu: no processo monitorio, a contumácia do réu irá acarretar consequências diferentes, em profundidade e intensidade, daquelas decorrentes da revelia no processo ordinário de conhecimento, pois neste a inércia do réu regularmente citado não acarreta, por si só, a automática emissão de provimento favorável ao autor (v. g., art. 320 do CPC).

Realmente, nesse processo, pautado pela exigência da prévia apresentação da prova documental e caracterizado pela técnica do deslocamento da efetivi-

³³⁰ Súmula 282: "Cabe a citação por edital em ação monitoria."

dade do contraditório, a inércia do réu acarreta, de pleno direito, a conversão do mandado inicial (*revritus*: mandado monitorio) em título executivo judicial, vedado ao juiz qualquer pronunciamento sobre a pertinência da pretensão deduzida pelo autor. Primeiro, porque o processo não se presta à tutela de direitos indisponíveis; nem se admite, no seu bojo, a produção de outra prova que não a documental: depois, porque ultrapassada a fase dos embargos inexistirá momento adequado àquele pronunciamento, pois convalidado o mandado monitorio em título executivo judicial, passa-se imediatamente à execução, intimando-se o executado (CPC, art. 1.102c, § 3º).

Observe-se, porém, que apesar de os embargos ao mandado se prestarem à veiculação de todas as defesas processuais e substanciais do embargante, estão fora de seu âmbito aquelas relacionadas à incompetência relativa, ao impedimento e à suspeição do juiz, que deverão ser arguidas pelas vias próprias (CPC, arts. 304 ss).

185 A NATUREZA E O OBJETO DOS EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO

A definição da natureza dos embargos ao mandado monitorio, com todas as consequências jurídicas e práticas que dela advêm, representa um dos mais importantes temas enfrentados pelos estudiosos do processo monitorio. Entre nós também já se instalou o dissenso, havendo os que apregoam a natureza de ação³³¹ dos embargos ao lado dos que sustentam serem eles simples contestação³³² — tese, aliás, vitoriosa em sede jurisprudencial.

Sem desrespeito aos seus adeptos e aos argumentos por eles utilizados, cremos ser insustentável a tese defendida pela segunda corrente.

Divorciando-se da técnica adotada na ação cominatória regida pelo Código de Processo Civil de 1939, que previa a possibilidade de o réu ofertar contestação,

³³¹ Filiano-nos a essa corrente (O processo monitorio brasileiro, § 3º, nº 22 ss, p. 92 ss), ao lado de Antonio Raphael Silva Salvador, *Da ação monitoria e da tutela jurisdicional antecipada*, p. 30-31, Apontamentos sobre a ação monitoria, *Lei nº 9.079/95*, p. 66-67, Sérgio Bermudes, *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 176-177, e Ação monitoria: primeiras impressões sobre a Lei nº 9.079, de 14.7.95, *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, p. 278, e Vicente Greco Filho, *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria*, p. 54.

³³² Por todos: Batista Lopes, *Ação monitoria* (Lei nº 9.079, de 14.7.95), p. 317; Clito Fornaciari Jr., *A reforma processual civil*, comentários ao art. 1.102c; José Amur Amaral, *Algumas considerações sobre a ação monitoria*, p. 253; Laércio Alexandre Becker, *Da ação monitoria*, p. 2743; Novêly Vilanova da Silva Reis, *Ação monitoria (indicações práticas)*, p. 302-303; Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil anotado*, 1996, p. 696; Willis Santiago Guerra, *Aspectos da reforma do Código de Processo Civil: ação monitoria*, p. 50.

adotando-se a partir daí o rito ordinário (art. 303, §§ 1º e 2º), aparentemente o legislador foi buscar inspiração na antiga ação deconditória do Regulamento nº 737, de 1850 (posteriormente incorporada nos Códigos estaduais), que permitia ao réu opor embargos à pretensão do autor (embora, convém lembrar, houvesse a necessidade, em caso de inércia do réu ou de rejeição de seus embargos, de prolação de uma sentença condenatória dotada de eficácia executiva). Os embargos deferidos ao réu pelo art. 1.102c do Código em vigor guardam similitude com os embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial — e têm, como estes, natureza jurídica de ação —, dando vida, uma vez opostos, a um processo autônomo de conhecimento, incidente ao monitorio, observados os trâmites do procedimento comum ordinário (art. 1.102c, § 2º).

A sua natureza de ação não é afetada pelo fato de serem eles processados nos mesmos autos e dependerem da prévia segurança do juiz, pois não compõem uma fase do procedimento monitorio, nem têm, à evidência, os mesmos escopos dos embargos à execução, pois sequer existe título executivo a ser impugnado. Atuam, isto sim, imediatamente no sentido de suspender a eficácia do mandado monitorio (e essa é uma consequência puramente processual), permitindo diretamente a plena cognição, à luz do efetivo contraditório então instaurado pela iniciativa do embargante, das matérias de defesa por meio deles apresentadas e de todas as questões suscitadas pelas partes.

A opção do legislador pela adoção do procedimento ordinário é justificada, portanto, não em função de uma simples conversão do rito especial monitorio para aquele comum, mas exclusivamente pela maior amplitude de cognição que ele possibilita.

Realmente, com a oposição dos embargos pelo réu não se dará a conversão do procedimento especial para o ordinário, mas a instauração de um novo processo (processo de embargos ao mandado), que tramitará — ele, sim — no rito ordinário. Esse novo processo, de conhecimento, propiciará ao final uma sentença, que, sendo de rejeição ou de improcedência dos embargos, atestará a legitimidade da decisão concessiva do mandado (ou seja, declarará a existência do direito do autor), ficando definitivamente liberada a sua eficácia executiva; sendo de acolhimento, a sentença declarará ou a nulidade da decisão concessiva do mandado, e expurgará ambos do mundo jurídico (v. g., quando se reconheça o não atendimento de qualquer dos requisitos gerais ou especiais para a utilização da via monitoria), ou, então, a inexistência do direito afirmado pelo autor — e, neste caso, o seu trânsito em julgado material impedirá, no futuro, qualquer nova tentativa do autor de reclamar por outras vias o reconhecimento de seu suposto direito.

Em suma, atribuir-se aos embargos a natureza de contestação implicaria o reconhecimento de que a sentença ao final proferida versaria o mérito da própria ação monitoria (não o dos embargos); e, sendo de procedência, ela (e não o mandado monitorio) é que iria atuar, enquanto condenatória, como título executivo judicial, assim desfazendo o arcabouço erigido pela lei.

Então, aceita a natureza de ação dos embargos, fica evidenciada a inviabilidade da dedução de reconvenção pelo embargante (não obstante a adoção, para o processamento dos embargos, do procedimento comum ordinário, em cujo bojo o processamento de resposta é permitida) ou de intervenção de terceiros no aquela modalidade de assistência, que não amplia o objeto do processo), já que processo (ressalvada a assistência, que não amplia o objeto do processo), já que por meio dos embargos não será possível a obtenção de um provimento de natureza condenatória em favor do embargante, ou que afete o terceiro interveniente.

Não é essa, contudo, a orientação prevalente em sede jurisprudencial. Por reconhecer nos embargos, a natureza de contestação, o Superior Tribunal de Justiça admite o cabimento de reconvenção no processo monitorio, na forma de sua Súmula 292: “A reconvenção é cabível como expressão no enunciado de sua Súmula 292: ‘A reconvenção é cabível na ação monitoria, após a conversão do procedimento em ordinário.’”

Saliente-se, por derradeiro, que o réu poderá veicular, via embargos ao mandado monitorio, todas as defesas de que disponha, tanto as processuais (CPC, art. 301), quanto as substanciais, diretas (inexistência do crédito reclamado pelo embargado) e indiretas (v. g., prescrição, pagamento, compensação, novação).

186 PROCESSAMENTO DOS EMBARGOS AO MANDADO MONTÓRIO

Os embargos serão processados no rito ordinário, sem necessidade da prévia segurança do juízo, ou seja, de *penhora* (quando o mandado envolver pagamento de quantia certa) ou de *depósito* dos bens (quando envolver a entrega de bens fungíveis ou de coisa certa móvel). Essa dispensa resulta da inexistência de título executivo hábil à execução, pois, diferentemente dos embargos do executado, que são dirigidos contra o ato de constrição judicial, os embargos ora sob exame o são contra o mandado inicial, atuando, imediatamente, apenas como causa de suspensão de sua eficácia executiva.

Apesar de o art. 1.102c, § 2º, do Código de Processo Civil dispor que a oposição dos embargos suspenderá a eficácia do mandado inicial, essa suspensão decorrerá não daquele ato de iniciativa do embargante, mas, sim, do recebimento de sua petição inicial pelo juiz – até porque, sendo ela indeferida liminarmente, o mandado monitorio convola-se, de pleno direito, em título executivo judicial, permitindo a imediata execução.

186.1 A propositura dos embargos: cientificado do conteúdo do mandado monitorio, o réu disporá de 15 dias para opor seus embargos (CPC, arts. 1.102c e 1.102b, conjugados), mediante petição inicial elaborada nos moldes do art. 282 do Código.

Esse prazo é preclusivo e não será computado em dobro em caso de litisconsórcio passivo, seja porque afastada a incidência do art. 191 do Código (os embargos têm natureza de ação, não de contestação), seja, principalmente, porque cada um dos réus disporá de prazo próprio para a oposição de seus embargos, que começará a fluir da respectiva cientificação do conteúdo do mandado monitorio (art. 184).

Anota-se, a esta altura, a total pertinência da ponderação de que a lei se refere indevidamente à *rejeição* dos embargos em seu sentido lato, pois ela também abrangerá, além das situações que determinam o puro e simples indeferimento da petição do embargante (aquelas enunciadas no art. 739 do Código), também a improcedência dos embargos.

Considerando que os embargos são opostos (e, se recebidos, processados) nos autos do processo já pendente, surge uma dificuldade prática no processamento do apelo do réu (os autos do processo monitorio não poderão ser encaminhados ao tribunal, sob pena de paralisar-se o seu curso), podendo ser adotada, diante dessa contingência, qualquer das soluções preconizadas por Vicente Greco Filho: “*extrair traslado para a subida da apelação, extrair carta de sentença para o prosseguimento da execução (ainda que o que se executa não seja sentença, mas o documento ao qual se somaram o preceito judicial e o fato da rejeição ou improcedência dos embargos) ou processar a continuidade da execução em autos suplementares, onde houver*”.³³³

186.2 Embargos parciais: a lei prevê – e a experiência demonstra – que os embargos à execução poderão ser parciais, autorizando desde logo a execução da parte não embargada (CPC, art. 739-A, § 3º). Ocorrendo essa situação em relação aos embargos ao mandado – e aplicando-se analogicamente o dispositivo legal referido –, deverá o devedor pagar o montante incontroverso, no prazo de 15 dias, sob pena de, não o fazendo, o credor requerer desde logo a instauração da fase executiva, acrescido o montante do débito, a esta altura, da multa de 10% (art. 475-J).

186.3 A intimação do embargado: já assumimos, por diversas vezes, o entendimento de que os embargos ao mandado mantêm pontos de contato com os embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial.

Essa similitude, que se reflete principalmente na iniciativa do devedor e na amplitude do rol de matérias que poderá apresentar ao debate judicial, também repercutirá, a nosso ver (e à míngua de previsão legal expressa), no modo de

³³³ Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria, p. 54. Em razão dessas dificuldades, poderá até prevalecer o entendimento de que o recurso cabível será o de agravo, como ocorre na hipótese de indeferimento liminar da reconvenção.

processamento dos embargos ao mandado. Queremos com isso dizer que, não obstante a referência expressa ao procedimento ordinário, é justificável a busca e a utilização, nos embargos ao mandado, de soluções já formuladas em sedes legislativa, doutrinária e jurisprudencial para os aludidos embargos à execução, sob pena de, ignorando-se a índole e os escopos do processo monitorio, inviabilizar-se a sua utilidade prática.

Postas tais premissas, não é desatrazado sustentar que o embargado não será formalmente citado no processo de embargos ao mandado, mas apenas intimado para a oferta de impugnação – assegurado, para tanto, o prazo de 15 dias, que é o estabelecido para o procedimento ordinário.

186.4 As posturas do embargado: três são as possíveis condutas do embargado diante dos embargos ao mandado monitorio.

A – Poderá impugná-los, caso em que, havendo necessidade de produção de provas, o juiz designará audiência de tentativa de conciliação (CPC, art. 331). Obtida e homologada a conciliação, a convocação do mandado monitorio em título executivo judicial respeitará os limites por ela estabelecidos, seja quanto à quantia de dinheiro, seja quanto à quantidade de bens devidos pelo réu; resultando negativa, inicia-se a fase instrutória, culminando, após o seu encerramento, com a prolação da sentença.

Não havendo necessidade de produção de provas, o juiz proferirá sentença de plano, sendo certo que em qualquer das hipóteses a sentença de improcedência comportará, segundo entendemos, apelo dotado exclusivamente de efeito devolutivo (v., *infra*, n.º 187.5).

B – Permanecerá inerte, circunstância que acarretará consequências processuais de extrema relevância.

Traçando aqui, apenas para o exame dessas consequências, paralelo entre as derivadas da omissão do réu em opor embargos ao mandado monitorio e as decorrentes da inércia do exequente ao não impugnar os embargos à execução, constata-se que ainda hoje, decorridos mais de 20 anos de vigência do Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência mostram-se vacilantes quanto às repercussões da omissão por última apontada (ou seja, a ausência de impugnação aos embargos à execução pelo exequente-embargado).

Para alguns, a omissão do embargado não acarreta o efeito da revelia,³³⁴ enquanto outros não descartam o julgamento antecipado dos embargos, “por análogo-

gia com a revelia no processo de cognição (art. 330, inc. II), embora isto não importe na obrigatoriedade de decisão em favor do embargante, que, muito bem, pode não ter razão em suas pretensões”.³³⁵ Essas dúvidas ganham intensidade quando analisadas à luz dos embargos previstos no art. 1.102c, seja pela explícita referência à adoção do procedimento ordinário, seja pela menor consistência da base de apoio da decisão concessiva do mandado.

Na opinião de Vicente Greco Filho, se o embargado não impugnar os embargos, será considerado revel, com todas as consequências que da revelia advêm, porque a presunção emanada dos documentos por ele apresentados com a petição inicial é menos forte do que a decorrente de título executivo e pode, assim, ser desfeita pela presunção gerada pela revelia – desde que, segundo ele, tal efeito seja expressamente reclamado pelo embargante e conste do ato de intimação do embargado.³³⁶

Respeitando esse entendimento, cremos, porém, que a questão deva ser enfocada e solucionada sob outras luzes.

Mesmo carecendo dos atributos de título executivo, o documento apresentado pelo autor da ação monitoria deverá ter idoneidade e aptidão para permitir a formação de um convencimento acerca da provável existência do crédito – até porque, caso contrário, o juiz rejeitará de plano a petição inicial. Embora não ostente a mesma carga de “certeza do direito” do título executivo, sua eficiência probatória tem consistência suficiente para autorizar a emissão do mandado e não pode, assim, ser desfeita pela só ausência de impugnação aos embargos.

A omissão do embargado de modo algum determinará, por si só e automaticamente, a destruição do convencimento original do juiz sobre a probabilidade do direito afirmado por aquele. Se o juiz reconhecer, por exemplo, a inconsistência ou o caráter meramente procrastinatório dos embargos, não se justificaria o seu acolhimento exclusivamente em razão da inércia do embargado; mas, se o embargante apresentar prova documental capaz de abalar aquele convencimento judicial, daí será o caso de acolhimento de seus embargos – circunstância que demonstra, a nosso ver, que o problema não está localizado na ausência de impugnação por parte do embargado, mas, sim, na sua sujeição às consequências prejudiciais derivadas do descumprimento do ônus objetivo da prova.

C – Nada obsta a que o autor, confrontado com os embargos do réu, desista da ação monitoria, hipótese em que terá incidência, por analogia, o disposto no art. 569 e seu parágrafo do Código de Processo Civil.

Versando os embargos apenas sobre questões processuais (v. g., carência da ação monitoria, incompetência absoluta etc.), a extinção do processo monitorio,

³³⁴ Arturda Alvim afirma, com apoio em inúmeros precedentes jurisprudenciais, que essa omissão do exequente-embargado de modo algum acarreta o efeito da revelia, pois não teria sentido reduzir-se a nada o título executivo judicial, já que este “é fato bastante para retirar pretendida verossimilhança aos fatos constantes dos embargos (é raciocínio similar à hipótese de revelia em ação escissória)” (*Manual de direito processual civil – Processo de conhecimento*, v. 2, n.º 132, p. 313-315).

³³⁵ Cf. Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, § 20, p. 295.

³³⁶ *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria*, p. 57.

³³⁴ Arturda Alvim afirma, com apoio em inúmeros precedentes jurisprudenciais, que essa omissão do exequente-embargado de modo algum acarreta o efeito da revelia, pois não teria sentido reduzir-se a nada o título executivo judicial, já que este “é fato bastante para retirar pretendida verossimilhança aos fatos constantes dos embargos (é raciocínio similar à hipótese de revelia em ação escissória)” (*Manual de direito processual civil – Processo de conhecimento*, v. 2, n.º 132, p. 313-315).

Após analisar o tema, Araken de Assis endossa essas opiniões (*Manual do processo de execução*,

decorrente da desistência do autor, acarretará também a extinção do processo de embargos ao mandato monitorio³³⁷ sem necessidade de anuência do embargante. Tratando-se, contudo, de embargos fundados na afirmação da inexistência do crédito do autor, a extinção do processo monitorio de modo algum acarretará, *ipso facto*, a do processo de embargos, pois a extinção deste estará condicionada, nesse caso, à expressa concordância do embargante; e isto porque a autonomia dos embargos, somada à possibilidade de ocorrência da coisa julgada material, representam razões mais que suficientes para o embargante insistir no julgamento do mérito de sua pretensão.

Acolhidos os embargos e transitada materialmente em julgado a sentença correspondente, o embargado não mais poderá, no futuro, buscar, mesmo pela via ordinária, um provimento de natureza condenatória relativo ao seu pretensão direito (CPC, art. 267, V); sendo rejeitados, ainda assim não será restabelecido o mandato monitorio, expungido que foi do mundo jurídico em razão da desistência levada a cabo pelo autor.

187 O JULGAMENTO DOS EMBARGOS

Várias são as situações – e igualmente variadas as soluções – que agora exigem atenção.

187.1 A rejeição liminar dos embargos: reportamo-nos, quanto a esse tópico, ao que já foi dito anteriormente.

187.2 A improcedência total dos embargos: sendo os embargos integralmente rejeitados (isto é, julgados improcedentes) por sentença de mérito, com a proclamação do direito afirmado pelo embargado e da legitimidade do mandado, opera-se a convalidação prometida pelo art. 1.102c em seu terceiro parágrafo, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista em lei (CPC, art. 461-A, para a obrigação de entrega de coisa; arts. 475-1 e 475-J ss, para a obrigação por quantia certa – V, *supra*, nº 180). Se necessário, na sentença o juiz estabelecerá a quantia ou quantidade devida (v. g., atualização monetária do débito indicado no mandado, a inclusão das custas e de verba honorária) ou indicará, no mínimo, as parcelas e os critérios que irão nortear simples cálculos aritméticos a serem elaborados pelo credor.

³³⁷ Obviamente, para os que entendem que os embargos têm natureza de ação e dão vida ao processo de embargos ao mandato monitorio (v. nº 185).

187.3 O acolhimento parcial dos embargos: acolhidos parcialmente os embargos, a sentença correspondente declarará a inexistência do direito e a ilegitimidade do mandado nos limites da parte acolhida. Reduzido o *quantum debetur*, prevalecerão, no mais, as soluções já apontadas no item anterior.

187.4 O acolhimento integral dos embargos: três são as situações a serem consideradas em relação ao acolhimento integral dos embargos, a saber:

i) se os embargos vierem fundados, exclusivamente, na alegação de que o crédito ou a quantidade de bens indicados pelo embargado é superior ao efetivamente devido, a situação é idêntica à anterior, isto é, será reduzido o *quantum debetur*, prosseguindo-se na forma estabelecida pelos arts. 461-A (obrigação de entrega de coisa); 475-1 e 475-J ss (obrigação por quantia certa), respondendo o embargado, todavia, pelos encargos da sucumbência;

ii) totalmente acolhidos os embargos, por reconhecer o juiz a ausência de requisito de admissibilidade da ação monitoria, o mandado será declarado nulo e excluído do mundo jurídico, por meio de sentença meramente terminativa, podendo o autor postular no futuro, pelas vias próprias, uma tutela condenatória;

iii) se o acolhimento integral dos embargos vier pautado no reconhecimento da procedência da defesa de mérito deduzida pelo embargante (v. g., prescrição, pagamento, compensação etc.), a sentença de mérito declarará a inexistência do direito afirmado pelo embargado e a ilegitimidade do mandado, sendo este, então, excluído do mundo jurídico.

Excetuadas as situações de rejeição liminar dos embargos e de acolhimento integral fundado no reconhecimento da ausência de requisito de admissibilidade, em todas as demais a sentença é de mérito e, trancada a via recursal, transitará materialmente em julgado.

187.5 O recurso da sentença dos embargos e seus efeitos: quer os embargos sejam acolhidos, quer rejeitados, o julgamento correspondente virá corporificado em uma sentença, a comportar impugnação por meio de apelação.

Se o apelo for do embargante, é de se indagar se ele será dotado do denominado efeito suspensivo.

De acordo com autorização doutrinária, fundada em regra já tradicional de nosso direito, normalmente a apelação (na verdade, sua interposição) produz os efeitos devolutivo e suspensivo; e apenas quando expressamente previsto em lei será afastado este último efeito, devendo o juiz, ao receber a

apelação, declarar os efeitos por ela produzidos. Vale dizer, apenas nas situações casuisticamente indicadas pela lei (v. R., arts. 520 e 1.184 do CPC) a apelação não produzirá o denominado efeito suspensivo, sendo defeso ao juiz, ao receber o recurso, conceder ou negar, a seu critério, efeitos negados ou concedidos pela lei, ate porque o art. 518 do Código de Processo Civil não lhe atribui qualquer discricão a respeito; na verdade, "ao declarar os efeitos, tem de cingir-se o órgão judicial, estritamente, ao que a lei estabelece. Na omissão do juiz, entende-se que *retrheu a apelação em ambos os efeitos, pois essa é a regra*".³³⁸

Apesar dessas judiciosas ponderações – e apesar, mesmo, do silêncio da Lei nº 9.079, de 14.7.95 –, cremos ser perfeitamente sustentável, diante da natureza dos embargos ao mandado e do escopo do processo monitorio (a pronta obtenção, em caso de omissão do réu ou de rejeição de seus embargos, de título executivo judicial, seguida de imediata fase executiva, caso não cumprida voluntariamente a obrigação), a aplicação, por analogia, do contido no nº V do art. 520 do Código também para a apelação interposta da sentença de rejeição dos embargos de inicio referidos.

Reconhecendo, embora, que a doutrina pátria vem-se manifestando majoritariamente em sentido oposto, não vemos por que, nesse caso, deva o silêncio da Lei nº 9.079 merecer a interpretação que lhe vem sendo dada. Seria ela até razoável para os adeptos da tese de que os embargos são contestação; mas, se reconhecidas a sua natureza de ação e as similitudes que apresenta com os embargos à execução, não se justifica, à luz da instrumentalidade do processo e da efetividade da tutela jurisdicional, esse respeitável entendimento contrário. Infelizmente, também os tribunais pátrios têm-se apegado ao entendimento tradicional (mas inadequado para o caso sob exame) de que a apelação somente será despojada do denominado efeito suspensivo se e quando assim dispuser expressamente a lei.³³⁹

Em prol da tese de que a apelação deva ser recebida apenas no efeito devolutivo, sustenta Dinamarco, ao confrontar os efeitos da apelação interposta, respectivamente, da sentença de rejeição dos embargos à execução e dos embargos ao mandado, que em ambos os casos deverá ser afastado o assim denominado efeito suspensivo: "trata-se, tanto cá como lá, de liberar a eficácia do título diante de uma cognição completa feita por um juiz, com significativa probabilidade de que o direito exista. Com o trânsito em julgado da sentença que rejeita os embargos, libera-se sem dúvida a eficácia do mandado como título executivo, autorizada a execução definitiva (art. 1.102, § 3º)".³⁴⁰

³³⁸ Cf. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, nº 248, p. 439.

³³⁹ Nesse sentido, por todos, o entendimento enunciado pelo 1º TAC/SP em sua Súmula 47 e pelo J. REsp 207750/SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 25.5.99, DJU 23.8.99, p. 133. Decisão: recurso especial provido, votação unânime; STJ, REsp 207750/SP, 3ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 4.11.99, DJU 23.8.99, p. 133. Sobre o tema confira-se, ainda, nosso O acesso monitorio brasileiro, nº 28, p. 109 ss.

³⁴⁰ A reforma do Código de Processo Civil, nº 168-K, p. 242.

188 A EXECUÇÃO DO MANDADO EXECUTIVO

Executadas as situações de rejeição, liminar dos embargos ou de seu acolhimento com lastro em fundamento exclusivamente técnico-processual (v., *supra*, nº 187.4, b), em todas as demais dar-se-á o trânsito em julgado material da sentença, assim que trancada a via recursal. Obtido o título executivo, o devedor será intimado da sentença proferida no processo de embargos ao mandado, iniciando-se, então, sem solução de continuidade, a fase executiva, se quando no devedor não entregar voluntária a coisa devida ao credor (v. CPC, art. 461-A) ou não efetuar o pagamento da quantia devida no prazo de 15 dias (475-J ss – *supra*, nº 180).

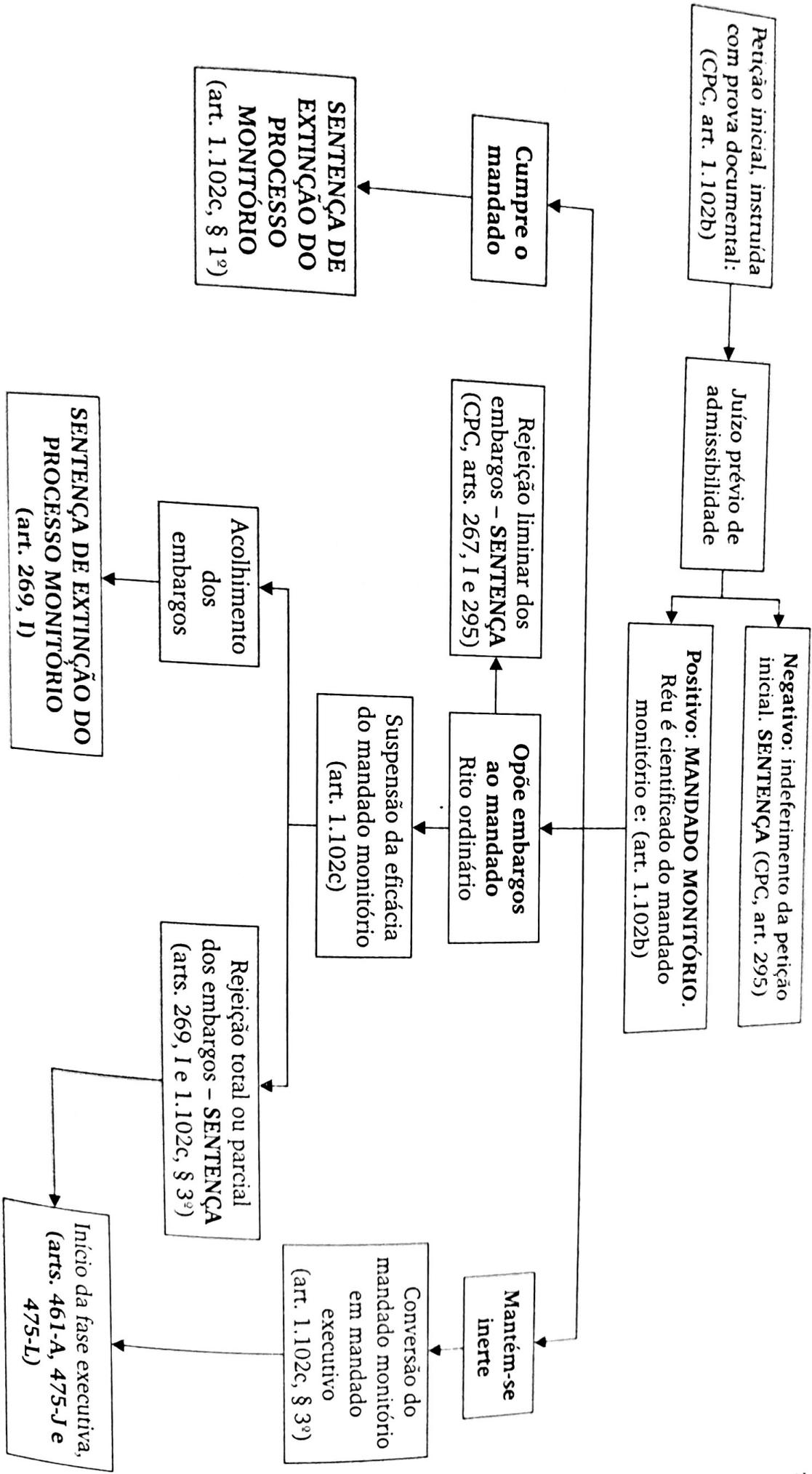
Se o réu opôs embargos ao mandado monitorio e, apesar disso, operou-se a sua convalidação em mandado executivo, bastará que ele seja intimado da sentença, ato este que inaugura a fase executiva – sempre ressalvado o cumprimento voluntário da obrigação pelo réu.

Solução diversa deve ser adotada quando o réu tenha sido omissivo, ou seja, não tenha oposto embargos ao mandado? Considerando a inexistência de sentença nesse caso e considerando, ainda, que a previsão do § 3º do art. 1.102c diz respeito ao réu embargante, deve o réu omissivo ser formalmente citado?

A resposta é negativa. Primeiro porque o réu já foi anteriormente citado e optou pela inércia; depois porque não se inicia novo processo (o de execução), mas apenas nova fase do processo monitorio (a executiva), valendo a citação inicial, destarte, para todos os atos do processo. Basta, pois, a intimação a que alude a lei.

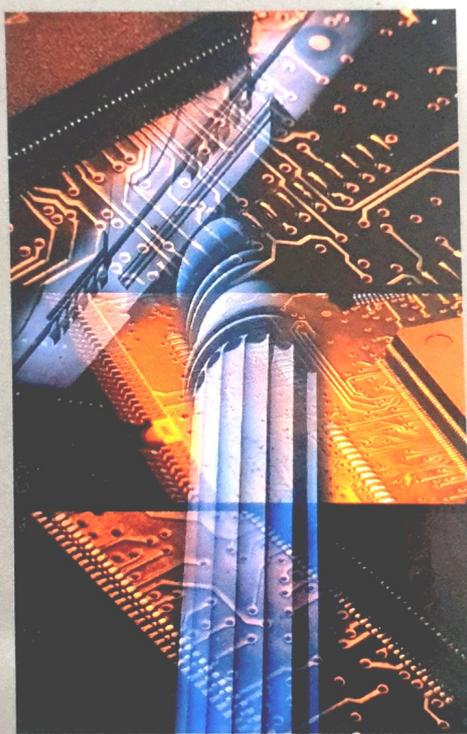
Iniciada a fase executiva (obrigação por quantia certa) e concretizado o ato de construção patrimonial, deste será intimado o executado, na pessoa de seu advogado ou, se for o caso, pessoalmente (CPC, art. 475-J e §§), podendo, então, valer-se da impugnação (art. 475-L).

Fluxograma 26 – AÇÃO MONITÓRIA



PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

ANTONIO CARLOS MARCATO



DÉCIMA QUARTA EDIÇÃO
Atualizada até a Lei nº 12.195, de 14.01.2010

editora
atlas