

# CAPÍTULO XI

## Da Ação Monitória

**Art. 700.** A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

I - o pagamento de quantia em dinheiro;

II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;

III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

§ 1.º A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.

§ 2.º Na petição inicial, incumbe ao autor explicitar, conforme o caso:

I - a importância devida, instruindo-a com memória de cálculo;

II - o valor atual da coisa reclamada;

III - o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido.

§ 3.º O valor da causa deverá corresponder à importância prevista no § 2.º, incisos I a III.

§ 4.º Além das hipóteses do art. 330, a petição inicial será indeferida quando não atendido o disposto no § 2.º deste artigo.

§ 5.º Havendo dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum.

§ 6.º É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública.

§ 7.º Na ação monitória, admite-se citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum.

### 1. Principais características da ação monitória

Espelhando-se na experiência de ordenamentos processuais europeus e com alguma inspiração em elementos extraídos da tradição luso-brasileira, a “ação

monitória" constitui um processo sumário<sup>57</sup> cujo objetivo primordial é abreviar a formação de título executivo judicial no tocante a obrigações para pagamento de quantia, entrega de coisa móvel certa (fungível ou não) e obrigações de fazer ou não fazer. Ou seja, ampliou-se o cabimento da ação monitória em relação ao CPC de 1973, que previa apenas as obrigações de pagar e dar coisa.

A principal característica é a da cognição sumária com inversão de contraditório (ou, para alguns autores, a cognição exauriente *secundum eventum defensionis*<sup>58</sup>). Isso significa que o juiz exerce, de início, cognição sumária para o fim de expedir o mandado monitório<sup>59</sup> (do qual adiante se tratará) e, caso o réu se mantenha inerte, essa cognição bastará para que se deflagrem atividades executivas.<sup>60</sup> Apenas se o réu se defender na forma e prazo previstos em lei é que se instaurará a cognição exauriente.

A ação monitória apresenta destacada relevância em ordenamentos (tais como Itália e França, por exemplo) em que a revelia não implica *ficta confessio* (e, portanto, não se dispensa a instrução probatória mesmo que o réu não tenha contestado) e nos quais o rol de títulos executivos extrajudiciais é escasso (tais como Itália e Espanha, por exemplo). Abreviar o procedimento destinado a autorizar o início de medidas executivas se apresenta, naqueles sistemas, crucial.

Contudo, é cediço que o ordenamento processual brasileiro permite que haja o julgamento antecipado da lide em caso de revelia (art. 355, II), bem como é pró-

57 Há intensa polêmica sobre a natureza da ação monitória. Alguns sustentam a natureza de processo de conhecimento (Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 237); outros, de um processo híbrido, verdadeiro *teritum genus* entre processo de conhecimento ou execução (Talamini, *Tutela monitória*, p. 195).

58 Vide Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira (*Curso de direito processual civil*, vol. 5, p. 372).

59 Nesse sentido, Dinamarco (*A reforma do Código de Processo Civil*, p. 229), Cruz e Tucci (*Ação monitória*, p. 44), Marcató (*O processo monitório brasileiro*, p. 63), Rogério Aguiar Munhoz Soares (*Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 194-195) e Ricardo de Barros Leonel (*Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 133).

60 A cognição sumária é empregada como mecanismo de construção de mecanismos de tutela diferenciada, com os objetivos de (a) evitar o custo do processo fundado em cognição plena; (b) evitar abuso do direito de defesa; e (c) assegurar maior celeridade da tutela jurisdicional. Na doutrina estrangeira, confira-se: Proto Pisani (Appunti sulla tutela somaria, *I processi speciali*, p. 312-317); Sergio Menchini, (Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato, *Rivista di Diritto Processuale*, v. 61, n. 3, 2006, p. 869-902) e Antonio Carratta (Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale somaria, *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, Zúfelato, Camilo; Bonato, Giovanni; Sica, Heitor Vitor Mendonça; Cintra, Lia Carolina Batista (coord.), p. 317-318). Na doutrina nacional, Kazuo Watanabe (*Cognição no processo civil*, p. 148-152); Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 767 ss.) e Marinoni (*Antecipação da tutela*, p. 31).

digo em criar títulos executivos extrajudiciais (art. 784). Essas duas circunstâncias tornam a ação monitória menos relevante em nosso sistema<sup>61</sup>, reduzindo a apenas duas suas vantagens em relação ao procedimento comum:

a) Quando o réu não opõe embargos, dá-se a conversão automática do mandado monitório em título judicial, em vez de se prolatar uma sentença que julgue procedente o pedido e seja desafiável por apelação (dotada de efeito suspensivo automático, via de regra).

b) Por força de interpretação do art. 702, § 4.º, a apelação que julga improcedentes os embargos opostos pelo réu é desprovida de efeito suspensivo<sup>62</sup>.

## 2. Prova escrita sem eficácia de título executivo

Exige-se que o titular do crédito disponha de prova escrita acerca da obrigação, a qual não constitui título executivo extrajudicial<sup>63</sup>. Aqui se inclui a prova documental; provas que, embora originalmente não documentais, tenham sido documentadas, ainda que por meio de procedimento de produção antecipada de prova (art. 700, § 1.º). Admite-se igualmente a prova emprestada (art. 372<sup>64</sup>).

A prova escrita deve revelar probabilidade quanto à existência do direito<sup>65</sup>. Essa afirmação é corroborada pelo art. 700, § 5.º (que permite ao juiz, caso não se convença da probabilidade de existência da obrigação, determinar a emenda da petição inicial para converter o procedimento em comum), e pelo art. 701, *caput* (que condiciona a expedição do mandado monitório à demonstração da evidência do direito do autor<sup>66</sup>).

61 Assim também notou Cassio Scarpinella Bueno (*Cursos sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. 2, p. 159).

62 Conforme será examinado ao ensejo dos comentários a esse particular dispositivo.

63 Por aplicação do art. 785 do CPC/2015, pode o autor munido de título executivo extrajudicial valer-se da ação monitória, sem que se cogite de falta de interesse processual. Anteriormente à introdução desse dispositivo no ordenamento, o autor deveria demonstrar situação de dúvida acerca da suficiência do documento apresentado na petição inicial para caracterizar ou não título executivo extrajudicial, segundo Talamini (*Tutela monitória*, p. 89). Havia julgados do STJ, contudo, permitindo livre escolha do autor entre execução de título extrajudicial e ação monitória (REsp 981.440/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02.05.2012 e AgRg no REsp 1508197/SP, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 26.10.2015).

64 Assim já entendia Talamini (*Tutela monitória*, p. 85) sob a égide do CPC/1973.

65 Conforme já alertava Cruz e Tucci (Prova escrita na ação monitória, *Revista Forense*, vol. 96, n. 349, jan.-mar. 2000, p. 104-105).

66 Segundo Marcela Melo Perez, "[o] direito será 'evidente' quando o autor, a partir da narrativa dos fatos e da prova escrita anexada na inicial, lograr êxito em convencer o magistrado da probabilidade de existência da obrigação e de seu direito material, merecendo, portanto, sua pretensão ser objeto

Outro aspecto a considerar concerne aos requisitos da obrigação espelhada na prova escrita. Resta saber se, a despeito de não caracterizar título executivo extrajudicial, a prova escrita deve retratar obrigação certa, líquida e exigível.

Não há dúvida de que a obrigação objeto da ação monitória deve ser exigível, ou seja, não estar sujeita a termo ou condição. Do contrário, faltará interesse processual. Deve-se observar, por analogia, os arts. 798, I, c e d, que permitem que o autor prove o implemento do termo ou condição, bem como o adimplemento da prestação a que se obrigou, para que possa exigir a contraprestação do réu<sup>67</sup>.

Quanto aos demais requisitos, o STJ adota posição liberal, aceitando: (a) documento produzido unilateralmente pelo credor<sup>68</sup>; (b) notas fiscais, com ou sem comprovante de entrega de mercadorias ou prestação do serviço;<sup>69</sup> (c) documento que não espelha dívida líquida<sup>70</sup>, desde que seja possível extrair de outros documentos (também exibidos com a petição inicial) os critérios para apuração aritmética do valor da dívida,<sup>71</sup> haja vista que, embora o documento juntado não espelhe por si só obrigação líquida, o pedido formulado na peça inicial deve ser líquido.

de tutela monitória" (*Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.), p. 1013).

67 O STJ tem julgado que restringe o cabimento de ação monitória fundada em contrato bilateral não rescindido: "impróprio o uso de ação monitória para a restituição de prestações pagas na aquisição de imóvel, se, para tanto, há, necessariamente, de ser investigada e declarada a rescisão do contrato de promessa de compra e venda por alegada inadimplência da construtora na entrega da obra, o que refoge ao âmbito previsto no art. 1.102-A, do CPC" (REsp 274.269/DF, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 16.04.2007, p. 201).

68 "A documentação que deve acompanhar a petição inicial não precisa refletir apenas a posição do devedor, que emane verdadeira confissão da dívida ou da relação obrigacional. Tal documento, quando oriundo do credor, é também válido - ao ajuizamento da monitória - como qualquer outro, desde que sustentado por obrigação entre as partes e guarde os requisitos indispensáveis" (REsp 680.519/MG, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, DJ 30.05.2005 p. 245). No mesmo sentido: REsp 925.584/SE, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07.11.2012.

69 STJ, REsp 778.852/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.09.2006, p. 269 e AgRg no AREsp 763.885/RS, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 05.11.2015. Em sentido similar, admitiu-se monitória munida de "contas por prestação de serviço por concessionária de telefonia" (AgRg no REsp 888.265/SP, 3ª Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27.02.2013).

70 STJ, REsp 324.135/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 07.11.2005 p. 287; REsp 687.173/PB, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 12.09.2005, p. 230; REsp 967.319/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 12.02.2009.

71 De certa forma, essa é a situação retratada nos seguintes verbetes da Súmula do STJ: 247: "O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória" e 384: "Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia". Refutam essa possibilidade Nelson Nery Jr, e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1519).

### 3. "Títulos de crédito prescritos"

Costuma-se realçar, como documento apto a embasar a ação monitória, o "título de crédito prescrito"<sup>72</sup>. Há, nesse particular, uma profunda celeuma doutrinária e jurisprudencial. Encontram-se dois entendimentos a respeito dessa questão.

Por um lado, vê-se acolhido com frequência o entendimento de que a prescrição dos títulos de crédito típicos<sup>73</sup> apenas lhes tolheria a "força executiva", sem prejudicar a cobrança dos direitos deles emergentes por meio de demanda cognitiva, rotulada de "ação de enriquecimento ilícito", sujeita a prazo prescricional mais longo<sup>74-75</sup>.

72 Quanto ao cheque, há verbe de súmula do STJ: 299: "É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito". O prazo prescricional para tanto foi definido em outro enunciado: 503: "O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula". A mesma lógica foi estendida para a nota promissória, para cujo caso foi aprovado o verbe 504 da Súmula: "O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título".

73 Segundo o Decreto 2.044/1908, os prazos para execução das cambiais (letra de câmbio e nota promissória) é de 5 (cinco) anos contra o sacador, aceitante e respectivos avalistas e de 12 (doze) meses contra o endossador o respectivo avalista, conforme art. 52, contados na forma do art. 53 do mesmo diploma. Já o art. 70 da Lei Uniforme (Decreto 57.663/1966) dispõe que "[t]odas as ações contra ao aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento. As ações ao portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem num ano, a contar da data do protesto feito em tempo útil ou da data do vencimento, se se trata de letra que contenha cláusula 'sem despesas'. As ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em seis meses a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado". Para a duplicata, aplica-se o art. 18 da Lei 5.474/1968, segundo o qual o prazo para executar a duplicata é de 3 (três) anos contra o sacado e respectivos avalistas, contados da data do protesto; e 1 (um) ano contra qualquer dos coobrigados contra os demais, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título". Para o cheque, o art. 59 da Lei 7.357/1985 dispõe que o prazo prescricional para a execução é de 6 (seis) meses contados da expiração do prazo de apresentação. Não convém aqui mencionar os prazos prescricionais para a execução de todos os demais (e numerosos) títulos de crédito, convindo apenas destacar que, à falta de norma expressa, se aplicará o prazo trienal (art. 206, § 3.º, VIII, do CC).

74 Vide José Amir do Amaral (Da prescrição em matéria cambial: efeitos, *Ajuris. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, vol. 18, n. 51, mar. 1991, p. 161-166) e Fábio Ulhôa Coelho (Da prescrição das ações para haver o pagamento de títulos de crédito e o no Código Civil, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 7, n. 24, abr.-jun. 2004, p. 206-208).

75 Veja-se, a propósito, o seguinte julgado do STJ: "Constata-se, na esteira dos precedentes supra mencionados, que não se deve confundir a prescrição da nota promissória, e a consequente perda de sua eficácia executiva, com a prescrição da dívida por ela representada. Nessa esteira, não há como sustentar, no caso em apreço, a existência de violação aos arts. 70 e 77 da Lei Uniforme (Decreto 57.663/67) ou mesmo de revogação de tais preceitos pelo art. 1.102a do Código de Processo Civil, eis

Por fim, haveria a pretensão, sujeita a um terceiro prazo prescricional, baseada, exclusivamente, no negócio jurídico subjacente, a ser processada também por meio de natureza cognitiva, denominada de "ação causal", para a qual o título de crédito com base nele emitido valeria, quando muito, como simples início de prova<sup>76</sup>.

Por outro lado, pode-se entender existente apenas um prazo prescricional para que o direito espelhado nos títulos de crédito (contra todos os obrigados por força da relação jurídica cambiária por eles estabelecida, à luz das normas especiais que os regem), o qual não se confunde com o prazo prescricional aplicável à pretensão de exigir a obrigação emergente do negócio jurídico subjacente<sup>77</sup> (apenas em face dos sujeitos que o integraram, que não necessariamente são os obrigados em decorrência da emissão e eventual circulação do título de crédito).

que, como visto, não guardam eles qualquer incompatibilidade. *In casu*, o Eg. Tribunal de Justiça de origem consignou que 'a ação é fundada em duas notas promissórias rurais emitidas em 01.11.1996, com vencimento em 10.11.98 (fls. 21) e 23.11.1994 com vencimento em 10.11.1995 (fls. 24). A ação foi ajuizada em 14.03.2003' (e-STJ fl. 113). Vê-se que, de fato, quando da propositura da demanda, encontrava-se prescrita a ação para executar as notas promissórias, uma vez que estas perderam sua executividade, respectivamente, em novembro de 2001 e em novembro de 1998. Tal circunstância, contudo, não impede a propositura de demanda com o intuito de cobrar a dívida representada pelas cédulas prescritas, desde que tal pretensão também não tenha sido alcançada pela prescrição" (STJ, AgRg no Ag 1.014.710/SP 2008/0032961-6, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, DJe 25.08.2010).

76 Quanto ao cheque, esse entendimento apoia-se na letra dos arts. 59, 61 e 62 da Lei 7.357/1985, segundo os quais: (a) o portador se sujeitaria à prescrição para execução de 6 (seis) meses a contar da expiração do prazo para apresentação; (b) após consumado esse primeiro prazo prescricional, haveria o prazo de 2 (dois) anos para ajuizamento de "ação de enriquecimento ilícito" contra emitente e outros obrigados; e, finalmente, (c) sem prejuízo das duas diferentes demandas fundadas no cheque subsequentemente cabíveis, seria possível ajuizar demanda cobrando o mesmo crédito com base na relação jurídica subjacente à emissão do título. Quanto às cambiais, destaca-se a norma (mais lacônica) do art. 48 do Decreto 2.044/1908 o qual, contudo, limita a ação de locupletamento ilícito apenas em face do sacador ou o aceitante da letra cambial ou do emitente da nota promissória, mas não de avalistas e endossantes, conforme bem pontuado por Antônio Carlos Costa e Silva (*Tratado do processo de execução*, vol. 2, p. 204). Por fim, não se encontra, na Lei 5.474/1968, norma específica nesse sentido no tocante à duplicata.

77 Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Leis civis comentadas*, p. 468) reconhecem que a consumação do prazo prescricional para promoção de execução fundada em título de crédito não impede a propositura de demanda cognitiva fundada no negócio jurídico subjacente, a qual se sujeitaria ao prazo prescricional geral, de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC. O STJ, contudo, fixou entendimento diverso em sede de recursos especiais repetitivos, considerando que o "prazo para ajuizamento de ação monitoria em face do emitente de cheque sem força executiva é quinzenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cédula" (REsp 1.101.412/SP, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 03.02.2014). A cobrança do crédito espelhado em nota promissória desprovida de força executiva também se sujeita à prescrição quinzenal, mas contada do dia seguinte ao vencimento do título (REsp 1262056/SP, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 03.02.2014).

O acolhimento de uma ou outra solução tem efeitos relevantíssimos. Se acolhido o primeiro entendimento, a "ação de enriquecimento ilícito" apoiar-se-ia exclusivamente no título (desprezando-se a *causa debendi* para os títulos abstratos) e poderia ser movida contra os obrigados com base na relação cambiária (que não necessariamente coincidem com os sujeitos da relação jurídica subjacente).

A despeito do entendimento sedimentado no STJ,<sup>78</sup> entendemos estar correta a segunda concepção. Conforme pontua com acuidade Fabio Guidi Tabosa Pessoa,<sup>79</sup> a prescrição é fenômeno que incide no plano do direito material, de modo que não atinge as formas de sua realização no plano processual. Segundo esse posicionamento, ora acolhido, não há distinção em pretensão para "ação" e pretensão para "execução", mas, sim, a prescrição para deduzir a pretensão emergente da relação fundada no título de crédito e prescrição para deduzir pretensão emergente da relação jurídica a ele subjacente<sup>80-81</sup>.

78 Em especial por força do enunciado de súmula n. 531: "Em ação monitoria fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cédula."

79 Tutela executiva e prescrição, *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*, Zufelato, Camilo e Yarshell, Flávio Luiz. (coord.), p. 267-269 e 282-285.

80 O STJ acolheu recentemente essa segunda tese, reconhecendo que, após a prescrição do título de crédito, resta ao credor a demanda fundada na relação jurídica causal (vide acórdãos proferidos em sede de recursos especiais repetitivos: REsp 1.101.412/SP, 2ª Seção rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 03.02.2014) e REsp 1262056/SP, 2ª Seção rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 03.02.2014, que geraram os enunciados sumulares 503 e 504). Contudo, a meu ver, aquela Corte cometeu dois erros: o primeiro foi dispensar o autor da demanda monitoria de declinar a *causa debendi*, e o segundo foi diferenciar indevidamente prazo prescricional para ajuizamento da demanda monitoria e demanda de procedimento comum fundadas em cheque e nota promissória prescritos. Os verbetes 503 e 504 fixam o prazo de 5 (cinco) anos, independentemente da natureza da *causa debendi*. Menos mal que a mesma Corte tem autorizado o réu a discutir a *causa debendi* em embargos (REsp 926.312/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 17.10.2011).

81 Resta compatibilizar esse entendimento com o art. 61 da Lei 7.357/1985, que, efetivamente, prevê uma demanda cognitiva para cobrança do crédito emergente do cheque prescrito, independentemente da relação causal, com fundamento na proibição do enriquecimento sem causa (conforme entendimento de Cruz e Tucci, *Acausa petendi no processo civil*, p. 258-260). Pode-se afirmar que a pretensão emergente do cheque somente prescreve após o transcurso do prazo fixado pelo aludido art. 61, dentro do qual há dois procedimentos cabíveis: nos primeiros meses subsequentes à emissão (sete ou oito meses, a depender do local em que ocorrer), cabe execução; nos dois anos seguintes, somente por demanda cognitiva. Não se desnatara, com isso, a relação cambial, à qual não é inerente a possibilidade de amparar execução de título extrajudicial, conforme há décadas destacou Tullio Ascarelli, com fundamentos históricos e de direito comparado (*Teoria geral dos títulos de crédito*, p. 294-295).

O acerto dessa opção se revela ainda mais evidente considerando-se que, sobretudo à luz do CPC/2015, há livre escolha do credor munido de título executivo extrajudicial em ajuizar demanda executiva ou cognitiva (art. 785). Se o título de crédito for típico, o crédito nele representado pode ser exigido por meio de execução de título extrajudicial ou, à escolha do demandante, pode aparelhar demanda cognitiva pelo procedimento comum ou monitorio<sup>82</sup>. Se o título for atípico (arts. 887 a 903 do CC), apresentam-se apenas as duas últimas opções (procedimento comum e monitorio). Por fim, é possível se cogitar que o negócio jurídico subjacente, se documentado em uma das formas previstas no art. 784 do CPC/2015, poderia igualmente ensejar execução de título extrajudicial, demanda monitoria ou demanda cognitiva<sup>83</sup>.

Mesmo que se acolha o entendimento contrário ao ora perflhado, ainda assim se mostraria inviável reconhecer diferentes pretensões e, conseqüentemente, diferentes prescrições, uma para “demandar” e outra para “executar”. A eventual perda da “força executiva” do título de crédito típico, com preservação das demais características dessa relação jurídica, poderia ser aproximada da perda do procedimento do mandado de segurança transcorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias da ciência do ato impugnado (art. 23 da Lei 12.016/2009). Tratar-se-ia, ambos, de

82 A opção entre execução, monitoria e procedimento comum já era acolhida no STJ à luz do CPC/1973: AgRg no REsp 453.803/PR, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 06.10.2010; REsp 981.440/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02.05.2012; REsp 1367362/DF, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 08.05.2013; AgRg nos EDcl no AREsp 118.562/RS, 4ª Turma, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 09.06.2015. O mesmo entendimento é defendido por José Henrique Moura Araújo (Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1801).

83 Não há litispendência entre demandas que envolvam as mesmas partes e tenham por objeto a obtenção do mesmo crédito, mas fundadas em relações jurídicas distintas (cambial e negocial subjacente), pois as causas de pedir são distintas. Pode variar a extensão do crédito emergente de cada uma dessas relações jurídicas reciprocamente autônomas, a depender dos encargos estabelecidos em cada uma delas, não necessariamente coincidentes, como bem lembra Dinamarco (Electa una via non datur regressus ad alteram, Fundamentos do processo civil moderno, t. 1, p. 504). Nesse passo, ambas as demandas podem prosseguir em paralelo e apenas quando uma delas resultar em efetiva satisfação é que haveria prejuízo à outra, conforme entendimento esposado por Dinamarco (idem, ibidem). Entendemos que o fenômeno seria a perda superveniente do interesse de agir, na modalidade necessidade. O STJ, contudo, não entendeu dessa forma no seguinte julgado: “Pelo respeito aos princípios da economia processual e de se fazer a execução pelo meio menos gravoso (art. 620 do CPC), não é permitida a movimentação de duas execuções para a cobrança de um único crédito, sendo que uma vem fundada na nota promissória dada em garantia ao contrato e a outra, no próprio contrato de mútuo bancário” (STJ, REsp 84.981/MG, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 30.04.2001, p. 137).

fenômenos ocorridos exclusivamente no plano do direito processual, por implicarem perda do direito ao uso de um procedimento mais célere (respectivamente, o mandado de segurança e a execução de título extrajudicial) em detrimento de outro mais lento (respectivamente, a demanda cognitiva de procedimento comum e a demanda cognitiva *tout court*<sup>84</sup>).

#### 4. Outros requisitos da petição inicial

A petição inicial da ação monitoria deve conter os requisitos do art. 319, à exceção daquele espelhado no inciso VII, pois o procedimento (arts. 701 e 702) é incompatível com a audiência de conciliação ou mediação inicial obrigatória (art. 334).

Além de exhibir a prova escrita com as características acima referidas, o autor deve tomar o cuidado de quantificar, desde logo, sua pretensão (art. 700, § 2º, I e II), quando se tratar de pedido relativo à quantia pecuniária (art. 700, I) e bens fungíveis (art. 700, II), não se admitindo pedido genérico (art. 324<sup>85</sup>). Esse montante baliza o valor da causa (art. 700, § 3º).

#### 5. Exame de admissibilidade da petição inicial

Ao exame liminar da petição inicial da ação monitoria se aplicam as mesmas regras à petição inicial em geral (arts. 320, 321 e 330 a 332<sup>86</sup>). Além disso, o juiz deverá fazer um exame sumário da prova escrita exibida, para verificar se dela emerge probabilidade da existência do direito do autor. Ou seja, há efetiva incursão cognitiva (ainda que sumária) sobre o *meritum litis*.

Caso o juiz não se convença suficientemente dessa probabilidade, poderá intimar o autor a emendar a peça inicial. Uma leitura apressada do art. 700, § 5º, poderia conduzir ao entendimento de que se o autor não conseguiu convencer o

84 Para os demais títulos executivos extrajudiciais, não há dualidade de prazos prescricionais, por inexistir dualidade de relações jurídicas relativas ao mesmo crédito. Veja-se, por exemplo, que a execução de aluguéis e encargos fundada em título extrajudicial (art. 784, VIII, do CPC/2015) se sujeita ao prazo prescricional de 3 (três) anos (art. 206, § 3º, I do CC), após o qual não resta aberta a possibilidade para que o credor se valha de uma demanda cognitiva. O mesmo raciocínio pode ser entabulado para os demais títulos executivos extrajudiciais, não sendo relevante desenvolvê-lo de maneira completa.

85 Se estiver caracterizada uma das situações aludidas no art. 324, § 1º, o autor deve se socorrer do procedimento comum.

86 A ação monitoria também pode ser objeto de improcedência liminar, conforme destacado por Luiz Henrique Volpe Camargo (Comentários ao Código de Processo Civil, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org.), p. 932).

juiz com a prova escrita apresentada com a petição inicial, restar-lhe-ia, apenas, emendá-la para o fim de convertê-la ao procedimento comum. Entretanto, parece de todo recomendável que se dê ao autor a possibilidade de robustecer a prova escrita exibida no ato introdutório do processo, para o fim de formar o convencimento do juiz acerca do cabimento da ação monitoria, antes que se realize a conversão<sup>87</sup>.

### 6. Cabimento da ação monitoria contra a Fazenda Pública

Logo após a promulgação da Lei 9.079/1995, instaurou-se grande controvérsia acerca do cabimento da ação monitoria em face da Fazenda Pública. A resposta negativa se sustentava nos argumentos de que a decisão que converte o mandado monitorio em título executivo judicial não se sujeitava ao reexame obrigatório e não poderia gerar expedição de precatório, a qual depende de "sentença judicial" (art. 100 da CF).

Contudo, ainda ao tempo do CPC/1973, a Corte Especial do STJ acolheu a solução diametralmente oposta, ao editar o Enunciado 339 de sua Súmula, reconhecendo que "o reexame necessário não é exigência constitucional, tampouco constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como, aliás, o faz em várias situações"<sup>88</sup>. Ademais, não se pode interpretar em sentido literal a expressão "sentença", constante do texto constitucional.

O § 6.º do art. 700, ao prever de forma expressa o cabimento de ação monitoria contra a Fazenda Pública, sepulta, definitivamente, qualquer dúvida a respeito. Contudo, o § 4.º do art. 701 torna superado o entendimento do STJ no sentido de que não haveria reexame necessário, ao prevê-lo expressamente no caso de transcurso *in albis* do prazo para embargos. Esse dispositivo será adiante comentado.

### 7. Citação

O § 7.º do art. 700 põe fim a um (injustificável) entendimento acolhido pelos tribunais ao tempo do CPC/1973 no sentido de que a ação monitoria, por ter proximidade com a execução, não comportaria citação por hora certa, carta ou edital (ao ponto de o STJ ter que aprovar verbete quanto a essa última hipótese<sup>89</sup>).

87 Esse é o entendimento acolhido no enunciado n. 188 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Com a emenda da inicial, o juiz pode entender idônea a prova e admitir o seguimento da ação monitoria."

88 Trecho extraído do voto condutor de um dos precedentes que gerou o enunciado da Súmula: EREsp 345.752/MG, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 05.12.2005.

89 Enunciado 282 da súmula do STJ: "Cabe a citação por edital em ação monitoria."

Note-se que o ato citatório deve alertar o réu acerca da consequência de eventual omissão em responder à demanda, prevista no art. 701, § 2.º, sob pena de nulidade<sup>90</sup>.

**Art. 701.** Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1.º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

§ 2.º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

§ 3.º É cabível ação rescisória da decisão prevista no *caput* quando ocorrer a hipótese do § 2.º.

§ 4.º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

§ 5.º Aplica-se à ação monitoria, no que couber, o art. 916.

### 1. Mandado monitorio e as quatro opções postas à escolha do réu

Conforme acima destacado, o juiz exerce cognição sumária sobre a relação jurídica de direito material versada na petição inicial da ação monitoria, com base na prova escrita exibida pelo autor, e, em se convencendo da probabilidade de existência do direito afirmado, determina a expedição de "mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer", o qual a doutrina convencionou chamar de "mandado monitorio"<sup>91</sup>.

90 Assim já advertia, ao tempo do CPC/1973, Talamini (*Tutela monitoria*, p. 136).

91 Vg., Marcato (*O processo monitorio brasileiro*, p. 81). Usa-se, também, a expressão "mandado injuntivo".

Todavia, a análise detida desse ato processual revela que, em realidade, o juiz nada ordena ao réu<sup>92</sup>, de modo que não há como enxergar nele “eficácia” além daquela inerente ao ato de citação em geral.<sup>93</sup> Citado, o réu dispõe do prazo de quinze dias para exercer a escolha dentre as seguintes opções:

a) Satisfazer o direito reclamado pelo autor com acréscimo de honorários advocatícios de 5%<sup>94</sup>, o que acarretará a extinção do processo (com fundamento no art. 487, II, ‘a’). O art. 701, § 1.º, incentiva o réu a adotar essa postura, ao isentá-lo de custas processuais, mas apenas se houver satisfação integral<sup>95</sup>. Ou seja, apesar de ter dado causa à instauração do processo e ter se curvado à pretensão do autor, o réu fica isento de parte do custo financeiro daí decorrente, afastando-se a ação monitoria do regime geral emergente dos arts. 85 e 90;

b) Satisfazer a obrigação pecuniária parceladamente, na forma do art. 916, isto é, comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor total, acrescido de honorários advocatícios e custas judiciais<sup>96</sup>, e pagando o saldo em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de 1% (um por cento) ao mês.

c) Apresentar “embargos”, opondo-se à pretensão do autor. Conforme dispõe o *caput* do art. 702, o réu não precisa “garantir o juízo” ou pagar custas<sup>97</sup>, para que a “eficácia” do mandado inicial seja “suspensa” (art. 702, § 4.º<sup>98</sup>).

92 Como sustentado por diversos estudiosos, dentre os quais Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 786).

93 Tanto é verdade, que essa decisão inicial não é agravável, pois ela, por si só, não causa prejuízo ao réu (conforme preconizam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1525).

94 Conforme notado por Antonio Carvalho (A tutela monitoria no CPC/2015, *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*, Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto, Alexandre Freire (coord.), p. 537), o dispositivo suscita problema no tocante à ação monitoria contra a Fazenda Pública, já que fixa percentual imutável (5%) em detrimento dos “degraus” estabelecidos no art. 85, § 3.º. Entende-se que deva prevalecer a norma especial (art. 701, *caput*), em detrimento da geral (art. 85, § 3.º).

95 Esse entendimento já era acolhido em doutrina à luz do CPC/1973, que continha sanção premial similar (vide Marcatto, *O processo monitorio brasileiro*, p. 83).

96 Ou seja, a isenção prevista no art. 701, § 1.º, não se aplicará nessa hipótese. (Marcela Melo Perez, *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.), p. 1014).

97 Luiz Henrique Volpe Camargo (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org.), p. 937).

98 A crítica a ser feita com relação à redação do dispositivo está, conforme acima destacado, na constatação de que o mandado monitorio, em si, não ostenta eficácia alguma, pois não dá ensejo a nenhuma medida de invasão coercitiva à esfera jurídica do réu.

d) Omitir-se, hipótese em que, segundo o art. 701, § 2.º, o “mandado monitorio” será convertido em título executivo judicial “de pleno direito” e “independentemente de qualquer formalidade”, prosseguindo-se sua execução nos termos dos arts. 513 e ss.<sup>99</sup> Quando muito, o juiz pode simplesmente proferir simples despacho, reconhecendo que a conversão automática operou.<sup>100</sup>

## 2. Formação de título executivo judicial

Embora não inserido no rol do art. 515, deve-se considerar como título executivo judicial o mandado monitorio em face do qual não se opuseram embargos (art. 701, § 2.º)<sup>101</sup>, de tal sorte que o réu só poderá se defender em sede executiva nos limitados quadrantes da impugnação (arts. 525 e 535<sup>102</sup>).

Em realidade, a situação não discrepa substancialmente da hipótese de decisão civil que reconhece exigibilidade de obrigação (art. 515, I), em que pese a cognição do juiz a respeito ser sumária<sup>103</sup>, e malgrado as dúvidas acerca da estabilidade da

99 Nessa situação, deverá o juiz aumentar o valor dos honorários para, no mínimo, 10% (art. 85, § 2.º) já que o percentual de 5% considerava a satisfação integral e espontânea da obrigação, conforme bem ponderado por Luiz Henrique Volpe Camargo (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Lênio Streck; Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org.), p. 935).

100 O art. 701, § 2.º, torna insubsistente o entendimento acolhido pelo STJ no sentido de que a decisão que converte o mandado monitorio em título executivo extrajudicial teria natureza de sentença (REsp 1.120.051/PA, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 14.09.2010). Note-se que aquela própria Corte já havia abandonado essa concepção em julgado posterior (REsp 1432982/ES, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 26.11.2015).

101 Entendendo-se tratar de um título executivo judicial não contemplado pelos arts. 584 e 475-N do CPC/1973 (equivalentes ao art. 515 do CPC/2015), confira-se Dinamarco (A execução na reforma do Código de Processo Civil. *Revista da Esmape*, vol. 2, n. 3, jan.-mar. 1997, p. 101). De modo diverso entendeu Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (Do título executivo formado em decorrência do ajuizamento de ação monitoria, *Execução civil e cumprimento da sentença* 3, Gilberto Gomes Bruschi; Sergio Shimura (coord.), p. 440) para quem, ante a falta de embargos ao mandado, deveria o juiz proferir uma sentença condenatória, para que houvesse um título executivo que respeitasse os princípios da *tipicidade* e da *taxatividade*. Reputo o entendimento equivocado, já que há uma exigência de que os títulos judiciais estejam previstos em lei, mas não necessariamente concentrados num único dispositivo. Ademais, o CPC de 2015 dispõe expressamente que, à falta de embargos, o título se forma “de pleno direito” (art. 701, § 2.º).

102 Esse era o entendimento prevalecente à luz do CPC/1973 (e.g., Talamini, *Tutela monitoria*, p. 176), embora houvesse vozes contrárias (Cruz e Tucci, *Ação monitoria*, p. 102). O STJ já proferiu acórdãos aderindo à primeira corrente (AgRg no AREsp 48.621/RS, 3ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 23.10.2015 e REsp 1191331/RS, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24.09.2013).

103 Como registrado, por exemplo, por José Rogério Cruz e Tucci (*Ação monitoria*, p. 44-45).

decisão que reputa convertido de pleno direito o mandado monitorio em título executivo judicial<sup>104</sup> (conforme comentado adiante).

O passo seguinte será o réu ser intimado (na pessoa do seu advogado, se o houver constituído, ou pessoalmente, *ex vi* do art. 513, § 2.º) para cumprir a obrigação, sob pena das consequências cabíveis a depender da modalidade de obrigação (arts. 523, 536, 537 e 538).

No caso de haver embargos, o juiz desenvolverá cognição exauriente e, ao final, ele os julgará por sentença apelável (art. 702, § 9.º). Sendo eles providos, a ação monitoria restará improcedente. Sendo eles rejeitados, restará procedente a ação monitoria, produzindo-se título executivo judicial catalogado no art. 515, I. Impende pontuar que o § 8.º do art. 702 refere-se à constituição de "pleno direito" do título executivo judicial no caso de improcedência dos embargos, mas esse fenômeno, simplesmente, não se confunde com o ocorrido por força da perda do prazo para embargos (art. 701, § 2.º). A oposição dos embargos implica conversão do procedimento em comum, do qual se espera uma sentença de procedência ou improcedência do pedido formulado pelo autor.

### 3. Estabilidade processual gerada pela conversão automática de mandado monitorio não embargado em título judicial e o cabimento de ação rescisória

Há tempos, a doutrina (tanto brasileira quanto estrangeira) controverte sobre a existência ou não de imutabilidade ou estabilidade sobre a decisão que converte o mandado monitorio em título executivo judicial. Há autores que reconhecem possível a formação de coisa julgada<sup>105</sup>. Outros negam peremptoriamente a existência de coisa julgada material ou de qualquer outro fenômeno de estabilidade e imutabilidade<sup>106</sup>. Outros, embora neguem a coisa julgada material, afirmam existente fenômeno preclusivo de menor intensidade que a coisa julgada, denominada pre-

104 Sobre a qual discorre com profundidade Talamini (*Tutela monitoria*, p. 92 e ss.).

105 Na doutrina estrangeira, veja-se Giovanni Pugliese (*Giudicato civile (diritto vigente)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. 18, n. 15). Na doutrina nacional, confira-se: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 9, t. 2, p. 288-290).

106 Assim se manifestou, na doutrina estrangeira, Giovanni Tomei (*Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n. 3, 1994, p. 858-861) e, na doutrina brasileira, Antonio Raphael Silva Salvador (*Do procedimento monitorio*, p. 53).

clusão *pro judicato*<sup>107</sup> ou, por fim, uma mera estabilidade de "efeitos"<sup>108</sup>. Cumpre-nos enfrentar essa importante questão, que tem repercussões práticas importantes<sup>109</sup>.

Nem a decisão que determina a expedição do mandado monitorio, tampouco a decisão que o reconhece convertido ante a omissão do réu em embargar podem ser consideradas decisões de mérito, tal como previstas no art. 487. E, de fato, é inviável que se reconheça nelas aptidão para gerar coisa julgada material, formada exclusivamente sobre as decisões de mérito (art. 502). Nesse passo, não há como enxergar presente a coisa julgada material fora desse caso textualmente previsto no ordenamento. Conforme já tivemos ensejo de assentar em outra oportunidade:<sup>110</sup>

"[n]ão se pode conceber a coisa julgada material como um fenômeno existente na natureza e interpretado pelo legislador no momento em que positiva sua existência no ordenamento processual. A coisa julgada é aquilo que a lei diz que é. E nem poderia ser diferente, por observância ao princípio do devido processo legal."

Ainda que assim não fosse, as duas decisões referidas acima são proferidas com base em cognição sumária, o que as impede diria de produzir coisa julgada material<sup>111</sup>, à falta de norma autorizadora específica para tanto<sup>112</sup>.

107 Trata-se de instituto criado por Enrico Redenti (*Diritto processuale civile*, v. 3, p. 71 e 307 ss.), e que angariou a adesão de Gian Antonio Micheli (*Corso di diritto processuale civile*, v. 2, p. 304 ss.) e Jaime Guasp e Pedro Aragoneses (*Derecho procesal civil*, t. 2, p. 683), na doutrina estrangeira, e, entre nós, Daniel Amorim Assumpção Neves (*Preclusões para o juiz*, p. 74). Contudo, a tese foi duramente refutada na Itália, sobretudo por Edoardo Garbagnati (*Preclusione 'pro iudicato' e titolo ingiuntivo*, *Studi in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 469-483) e, posteriormente, por Giovanni Tomei (*Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n. 3, 1994, p. 854-855).

108 Italo Andolina, *Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del giusto processo*, *Revista de Processo*, v. 32, n. 150, ago. 2007, p. 70-71).

109 De fato, se não houver qualquer imutabilidade ou estabilidade, o réu que não embargou poderia ajuizar, ulteriormente, ação declaratória negativa da obrigação.

110 *Preclusão processual civil*, p. 203. No mesmo sentido, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 47-56) enfatiza que a coisa julgada é uma opção do legislador, exercida com certa liberdade, sujeita apenas a algumas balizas constitucionais.

111 Vide na doutrina estrangeira, Victor Fairen Guillen (*Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarissimo*, *Temas del ordenamiento procesal*, t. 2, p. 827) e Proto Pisani (*Giusto processo e valore della cognizione piena*, *Rivista di Diritto Civile*, v. 48, n. 2, 2002, p. 265-280). Na doutrina pátria, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 53) e Greco (*Cognição sumária e coisa julgada*, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 10, p. 275-301, 2012. Acesso em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351>. Acesso em: 20.09.2016).

112 Há casos de formação de coisa julgada em razão do exercício de cognição sumária, como nos casos de decisões homologatórias de autocomposição bilateral ou unilateral (art. 487, III, 'd' a 'c') e de



Contudo, é preciso considerar que o art. 701, § 3.º, deu novas cores à celeuma, ao prever que a ação rescisória é o único modo de desconstituir a formação do título executivo judicial.

Por um lado, entendemos que o fato de ser cabível a ação rescisória não transforma as decisões supracitadas em *decisões de mérito*. Afinal, seria descabido definir a essência do fenômeno por elemento externo a ele. Ademais, o art. 966, § 2.º, prevê a ação rescisória contra decisões que não podem ser denominadas “de mérito” (art. 487). Parece-nos que o art. 701, § 3.º, encerra mais uma hipótese de ação rescisória contra decisão que não é de mérito.

Entretanto, não se pode ignorar que, ao limitar a impugnação por parte do réu quanto ao mandado monitorio não embargado, o legislador conferiu à situação um grau de estabilidade que se assemelha ao da coisa julgada. Não há propriamente uma denominação para tal fenômeno, mas podemos lançar mão do conceito de preclusão *pro judicato*, na acepção originalmente cunhada por Enrico Redenti<sup>113</sup>. A diferença entre os fenômenos (coisa julgada e preclusão *pro judicato*) repousa na seguinte circunstância: embora ambos os fenômenos tenham função negativa (que impede que o mesmo litígio seja novamente judicializado), apenas a coisa julgada tem função positiva (isto é, a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes<sup>114</sup>).

Seja como for, a ação rescisória manejada no caso previsto no art. 701, § 3.º, deve ter como causa de pedir uma das hipóteses do art. 966 e preencher todos os demais requisitos previstos nos arts. 967 e ss.

#### 4. Reexame necessário na ação monitoria contra a Fazenda Pública

O art. 496 delimita o cabimento da remessa necessária para a “sentença (...) proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” (inc. I) e “que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal” (inc. II).

procedência do pedido mediante julgamento antecipado por força de revelia (arts. 355, II c.c. 487, I), embora quanto a essa última hipótese se detecte dissenso doutrinário: de um lado, opinando pela existência de mera cognição sumária, Bedaque (Estabilização das tutelas de urgência, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coord.), p. 689); de outro, entendendo haver cognição exauriente, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 55-56).

113 *Diritto processuale civile*, v. 3, p. 71 e 307 ss.

114 Conforme ensina, por todos, Barbosa Moreira (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 64 ss).

Nesse passo, a decisão que determina expedição de mandado monitorio ou a decisão que reconhece a conversão automática do mandado monitorio não embargado em título extrajudicial não se encaixam nessas hipóteses.

Entretanto, o § 4.º do art. 701 estabeleceu um outro caso de remessa necessária, ao qual se aplicarão, no que couber, as regras do art. 496. Entende-se que o exame que o tribunal fará tem a mesma extensão e profundidade que aquela realizada pelo juiz em 1º grau de jurisdição, ou seja, um mero juízo de probabilidade, baseado na análise da prova escrita.

**Art. 702.** Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitoria.

§ 1.º Os embargos podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum.

§ 2.º Quando o réu alegar que o autor pleiteia quantia superior à devida, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado da dívida.

§ 3.º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos serão liminarmente rejeitados, se esse for o seu único fundamento, e, se houver outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz deixará de examinar a alegação de excesso.

§ 4.º A oposição dos embargos suspende a eficácia da decisão referida no caput do art. 701 até o julgamento em primeiro grau.

§ 5.º O autor será intimado para responder aos embargos no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6.º Na ação monitoria admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção.

§ 7.º A critério do juiz, os embargos serão autuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa.

§ 8.º Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, prosseguindo-se o processo em observância ao disposto no Título II do Livro I da Parte Especial, no que for cabível.

§ 9.º Cabe apelação contra a sentença que acolhe ou rejeita os embargos.

§ 10. O juiz condenará o autor de ação monitoria proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento, em favor do réu, de multa de até dez por cento sobre o valor da causa.

§ 11. O juiz condenará o réu que de má-fé opuser embargos à ação monitoria ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do autor.

### 1. Natureza dos embargos ao mandado monitorio

Sob a égide do CPC/1973, doutrina e jurisprudência também controverteram bastante acerca da natureza jurídica dos “embargos à ação monitoria”. Inicialmente, o STJ acolheu o entendimento de que constituiriam demanda incidental, a exemplo dos embargos à execução.<sup>115</sup> Posteriormente, a orientação da Corte mudou, reconhecendo-se que a oposição aos embargos transforma o procedimento especial em ordinário.<sup>116</sup> Para se chegar a essa conclusão, o fundamento invocado pelo STJ foi o seguinte:

“Segundo a *mens legis* os embargos na ação monitoria não têm ‘natureza jurídica de ação’, mas se identificam com a contestação. Não se confundem com os embargos do devedor, em execução fundada em título judicial ou extrajudicial, vez que, inexistente ainda título executivo a ser desconstituído. Não pagando o devedor o mandado monitorio, abre-se-lhe a faculdade de defender-se, oferecendo qualquer das espécies de respostas admitidas em direito para fazer frente à pretensão do autor. Os embargos ao decreto injuncional ordinarizam o procedimento monitorio e propiciam a instauração da cognição exauriente, regrado pelas disposições de procedimento comum.”<sup>117</sup>

Essa discussão continua a ser versada na doutrina produzida após a promulgação do CPC/2015.<sup>118</sup>

115 À luz do CPC/1973, esse era o entendimento de Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 790) e Talamini (*Tutela monitoria*, p. 154).

116 Essa discussão foi enfrentada para o fim de determinar se seria cabível ou não formulação de pedido reconvenicional nos embargos ao mandado monitorio. A questão restou assentada no verbete 292 da Súmula do STJ: “A reconvenção é cabível na ação monitoria, após a conversão do procedimento em ordinário”.

117 STJ, REsp 222.937/SP, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 02.02.2004, p. 265.

118 Entendendo-se tratar de defesa, Marinoni-Arenhart-Mitidiero (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 241) e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1528-1529). Ainda reputando-se tratar de ação, Antonio Carvalho (*A tutela monitoria no*

Entendemos que essa discussão se revela inteiramente inócua à luz da concepção moderna dos direitos constitucionais de ação ou defesa. Conforme já assentamos em anterior trabalho, o objeto litigioso não pode ser analisado exclusivamente sob a perspectiva do demandante, devendo ser consideradas igualmente as postulações do demandado<sup>119</sup>. Naquela oportunidade propusemos que toda defesa de mérito apresentada pelo réu, mesmo que orientada apenas ao propósito de obter a improcedência da demanda do autor, deva ser considerada pedido de tutela jurisdicional (declaratória) e, portanto, deve ser qualificada como demanda em sentido estrito, porquanto apta à ampliação do objeto litigioso. Assim, se os embargos à ação monitoria contêm matérias de mérito, encerrarão exercício de demanda; se, por outro lado, versarem apenas matéria processual, tratar-se-á de simples defesa.

### 2. Cognição provocada pelos embargos

A cognição provocada pelos embargos à ação monitoria é plena e exauriente, o que se confirma à luz do § 1.º do art. 702, isto é, os embargos podem se fundar em toda e qualquer matéria passível de alegação no processo de conhecimento. Aqui, o legislador valeu-se da mesma fórmula empregada quanto aos embargos à execução de título extrajudicial (art. 917, VI).

Os §§ 2.º e 3.º do mesmo art. 702 também se espelham nos embargos à execução (art. 917, §§ 3.º e 4.º) e na impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §§ 4.º e 5.º), ao exigirem do réu que, em caso de pedido de pagamento de quantia superior à devida, aponte, exatamente, qual é o montante em excesso. Esse ônus do embargante deve ser observado em todos os casos de discrepância entre o pedido e a prova escrita, valendo aqui observar analogicamente as hipóteses do § 2.º do art. 917 (que tratam das variadas formas de “excesso de execução”).

Por sua vez, o § 6.º do art. 702, por sua vez, consagra o entendimento que fora cristalizado no verbete n. 292 da súmula do STJ, ao permitir que o réu, ao embargar, formule pedido reconvenicional.<sup>120</sup> Curiosamente, o dispositivo proíbe

CPC/2015, *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*, Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto, Alexandre Freire (coord.), p. 557). Sustentando natureza dúbia, Ronaldo Vasconcelos (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1698).

119 *O direito de defesa no processo civil brasileiro, passim*.

120 Um dos precedentes que ensejaram a aprovação do enunciado assim justifica o cabimento da reconvenção no bojo dos embargos à ação monitoria: “Por isso, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com a possibilidade do réu oferecer reconvenção, desde que seja esta conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. A tutela diferenciada introduzida pela ação monitoria, que busca atingir, no menor espaço de tempo possível a satisfação do direito

a "reconvenção da reconvenção". Partindo-se do pressuposto curial de que "a lei não contém palavras inúteis", extrai-se do dispositivo que, fora do procedimento monitorio, será cabível, sim, a reconvenção da reconvenção.

Seguindo-se na mesma trilha, igualmente não haverá empecilho para emprego das modalidades de intervenção de terceiros cabíveis no procedimento comum.<sup>121</sup>

### 3. Procedimento a ser observado após a oposição de embargos

Recebidos os embargos, deve o juiz verificar se são parciais, pois, nesse caso, poderá determinar que sejam autuados em apartado (art. 702, § 7.º), de modo a permitir a formação e o cumprimento do título executivo judicial no tocante à parte incontroversa.

Sendo totais ou parciais os embargos, deve o juiz intimar o autor para que responda no prazo de quinze dias (art. 702, § 5.º), não se cogitando aqui também da realização de audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334. Daí por diante, segue-se o procedimento comum.

A doutrina é controversa acerca da possibilidade de o juiz conceder tutela provisória ao autor. Entende-se que essa possibilidade só se apresentaria após a oposição tempestiva de embargos, de que decorre a conversão do procedimento em comum. Antes disso, não haverá interesse do autor em obter tal providência, face à possibilidade de o réu, citado, satisfazer a obrigação ou permanecer inerte, caso em que o autor poderá promover execução definitiva com base no título judicial constituído de pleno direito.

### 4. Sentença e apelação

O § 9.º do art. 702 determina que os embargos sejam julgados por sentença, da qual cabe apelação. A rigor, trata-se de norma desnecessária, pois se poderia chegar a essa conclusão pela análise do conceito geral de sentença (art. 203, § 1.º) e da regra sobre o cabimento da apelação (art. 1.009, *caput*).

Por força de interpretação do art. 702, § 4.º, a apelação que julga improcedentes os embargos opostos pelo réu é desprovida de efeito suspensivo. Mesmo

lesado, não é incompatível com a ampla defesa do réu, que deve ser assegurada, inclusive pela via reconvenção" (STJ, REsp 222.937/SP, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 02.02.2004, p. 265).

<sup>121</sup> Assim entende Ronaldo Vasconcelos (*Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (org.), p. 1700). Há julgado do STJ negando o cabimento de chamamento ao processo (REsp 337.683/ES, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 10.03.2003, p. 226), e outro reconhecendo possível a denunciação da lide pelo réu (REsp 1418151/SP, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05.02.2015).

não havendo menção de tal hipótese no art. 1.012, § 1.º, entende-se que essa é a única forma de interpretar a disposição segundo a qual a oposição dos embargos suspende a eficácia da decisão inicial "até o julgamento em primeiro grau".<sup>122</sup>

Por fim, resta apontar que a ação monitoria tem um regime próprio de penalização do litigante de má-fé<sup>123</sup>, seja ele o autor (art. 702, § 10), seja o réu (art. 702, § 11), afastando-se as regras gerais do art. 81.

<sup>122</sup> Nesse mesmo sentido, Marinoni-Arenhart-Mitidiero (*Novo curso de processo civil*, vol. 3, p. 244) e Marcato (*Procedimentos especiais*, p. 281). Contra, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 1530. A questão também era polêmica à luz do CPC/1973. Pela ausência de efeito suspensivo, manifestou-se Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 798) e, em sentido contrário, Talamini (*Tutela monitoria*, p. 165). O STJ também enfrentou a matéria antes do advento do CPC/2015 e afirmou que a apelação, *in casu*, teria efeito suspensivo automático (REsp 207.728/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.06.2001, p. 169).

<sup>123</sup> As condutas passíveis de serem catalogadas como "litigância de má-fé" são aquelas previstas no art. 80.