

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM MÓDULOS**

**EDUARDO BORGHI MARCONDES AMARAL FILHO**

**AÇÃO MONITÓRIA APÓS A NOVA SISTEMÁTICA DE CUMPRIMENTO DE  
SENTENÇA**

**SÃO PAULO**

**2008**

**EDUARDO BORGHI MARCONDES AMARAL FILHO**

**AÇÃO MONITÓRIA APÓS A NOVA SISTEMÁTICA DE CUMPRIMENTO DE  
SENTENÇA**

Monografia apresentada à PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Processual Civil em Módulos, sob orientação do Prof. Luis Fernando Nishi

**SÃO PAULO**

**2008**

**EDUARDO BORGHI MARCONDES AMARAL FILHO**

**AÇÃO MONITÓRIA APÓS A NOVA SISTEMÁTICA DE CUMPRIMENTO DE  
SENTENÇA**

**SÃO PAULO**

**Data de aprovação:**

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu Professor Orientador Dr. Luiz Fernando Nishi pelas orientações e ensinamentos durante o curso e a elaboração desta Monografia.

Agradeço aos meus pais Eduardo e Cacilda e à minha namorada Simone pelo suporte que me deram ao longo dos anos e, em especial, durante o período de elaboração deste trabalho.

## RESUMO

A pesquisa tem o objetivo de estudar os principais aspectos e características da ação monitória, desde a sua postulação até o meio de resposta do réu, bem como quais as alterações que o advento da lei 11.232/05 trouxe à referida ação. Por meio da análise de doutrina e de decisões de nossos Tribunais, serão verificadas as principais questões controvertidas a respeito do tema, sempre com o objetivo de demonstrar os diferentes posicionamentos existentes a respeito de cada ponto levantado e qual a atual orientação dominante.

## **ABSTRACT**

This research has the objective of analyzing the main aspects and characteristics of the monitory proceeding, since its postulation until the defendant reply, as well which modifications the 11.232/05 law brings to that proceeding. Through the study of doctrine and jurisprudence from our Courts of Justice, the main controversial questions about the theme will be analyzed, always with the objective to show the different views about each point and which is the predominant orientation.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO MONITÓRIA	10
2.1 Conceito	10
2.2 Breve relato histórico da ação monitoria no direito brasileiro – a ação decendiária	12
2.3 Natureza Jurídica da ação monitoria	14
2.4 Hipóteses de cabimento e requisitos	15
2.4.1 <i>Situações em que se admite a ação monitoria – interesse de agir</i>	15
2.4.2 <i>Legitimidade “ad causam”</i>	17
2.4.3 <i>Prova escrita</i>	20
3 PROCEDIMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA	25
3.1 Postulação	25
3.2 Mandado monitorio	28
3.3 Do pagamento ou entrega da coisa no prazo previsto no art. 1102-A	30
3.4 Da inércia do devedor	32
3.5 Da tutela antecipada na ação monitoria	33
4 DA RESPOSTA DO DEVEDOR	36
4.1 Tipos de respostas	36
4.2 Dos embargos monitorios	37
4.3 Do julgamento dos embargos e recurso cabível	42

5 FASE EXECUTIVA DA AÇÃO MONITÓRIA	47
5.1 Introdução	47
5.2 A formação do título executivo quando não há o oferecimento de embargos	48
5.3 A formação do título executivo quando há o oferecimento de embargos	50
5.4 A execução do título executivo após o advento da lei 11.232/05	52
6 CONCLUSÃO	61
BIBLIOGRAFIA	63

## 1 INTRODUÇÃO

Inserida no nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.079/95, a ação monitória, embora prevista em apenas três artigos do Código de Processo Civil (arts. 1.102-a; 1.102-b e 1.102-c), possui uma série de vicissitudes e, principalmente, questões controvertidas que geram calorosos debates entre os estudiosos do direito.

Criada para facilitar o trabalho daqueles que, possuindo uma prova escrita de crédito de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de coisa certa móvel não dotada de eficácia executiva, pretende ter um acesso mais rápido ao título executivo sem ter que se submeter a todas as regras de uma ação ordinária de cobrança, a ação monitória desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro vem suscitando discussões tanto em aspectos eminentemente doutrinários (*i.e.* natureza jurídica do mandado monitório ou dos embargos, etc.) quanto em aspectos práticos (*i.e.* recorribilidade do mandado inicial, legitimidade passiva da Fazenda Pública, etc.).

E, com o advento da lei 11.232/05 que causou profundas modificações em toda a sistemática de execução e de cumprimento de sentença, novas dúvidas e questionamento surgiram acerca da ação monitória.

O presente trabalho tem por fim traçar um panorama geral da ação monitória ressaltando as questões de maior polêmica e procurando mostrar quais as principais posições da doutrina e jurisprudência acerca de tais questões.

Para tanto, o trabalho é dividido em quatro capítulos:

No primeiro capítulo serão analisados os aspectos gerais da ação monitória. Primeiro será estudado o conceito e um breve histórico da ação monitória no direito

brasileiro para, posteriormente, serem estudadas algumas questões práticas, como requisitos, hipóteses de cabimento, legitimidade, o conceito de “prova escrita”, etc.

O segundo capítulo analisará o procedimento da ação monitoria. Mais especificamente, será estudado o procedimento monitorio desde a propositura da ação até as posturas que poderão ser tomadas pelo réu.

O terceiro capítulo é dedicado aos mecanismos de defesa do réu, mais especificamente os embargos monitorios, questão que suscita uma série de polêmicas.

Por fim, dedicou-se o quarto e último capítulo à fase executiva da ação monitoria, onde serão analisadas as principais mudanças sofridas após a entrada em vigor da lei 11.232/05.

Não se pretende, com o presente trabalho, chegar-se a conclusões acerca das questões controvertidas que norteiam a ação monitoria, muito menos esgotar as possibilidades de discussões sobre o tema, uma vez que existem variados posicionamentos sobre cada ponto analisado.

O que se pretende, como dito inicialmente, é se traçar um panorama geral sobre o tema e, mostrando os principais entendimentos existentes em nossa doutrina, acrescido de alguns julgados pertinentes, levar o leitor a uma análise mais crítica da ação monitoria que, a princípio, pode parecer simples, mas que está longe de se resumir aos meros três artigos que lhes foram destinados no Código de Processo Civil.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO MONITÓRIA

### 2.1 Conceito

A ação monitoria foi introduzida no Código de Processo Civil pela lei 9.079/95, visando ser uma maneira mais rápida e menos onerosa para facilitar o acesso do credor ao título executivo.

Verificou-se que, em muitas oportunidades, não havia uma oposição real do devedor à pretensão do credor. Humberto Theodoro Júnior explica que a ação monitoria visa que se evitem gastos desnecessários com uma questão em que a litigiosidade é apenas superficial:

A lide, então, é superficial, não passando do plano de insatisfação da pretensão, e, assim, não chegando ao campo da contestação a ela, que tivesse de ser solucionada ou dirimida pelo juiz. Impõe-se, portanto, tratar ditas causas por meio de instrumento processual diverso dos habituais, que atenda ao ideal de rapidez e economia, de modo a evitar dispêndio inútil de energias e despesas na atuação da vontade concreta da lei em face de um caso onde o direito da parte se mostra revelado com prévia segurança e nitidez<sup>1</sup>.

Nessas situações o autor da ação monitoria (credor), não pedirá ao Estado-Juiz a condenação do réu (devedor), mas apenas e tão somente a expedição de um mandado visando que a dívida seja saldada dentro do prazo previsto em lei. A litigiosidade do processo monitorio é a exceção, não a regra, conforme nos ensina Carreira Alvim, com base nas lições de Calamandrei:

Só eventualmente, o procedimento monitorio se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional. Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento injuncional consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório. Por isso a defesa se faz através de **embargos** (art. 1.102c), os quais,

---

<sup>1</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 28ª ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 331.

se bem que não tenham a natureza de uma ação incidente (como nos embargos do devedor), objetivam, a um só tempo, suspender a eficácia do mandado inicial e obter uma sentença de mérito de sua revogação (desconstituição).<sup>2</sup>

O processo monitorio tem a função de formar o título executivo com mais celeridade. Como para a execução é obrigatória a existência de um título executivo, a ação monitoria tem por fim formar o título executivo sem a necessidade de se passar por todas as fases do processo de conhecimento, em especial o contraditório. É o que ensina José Rogério Cruz e Tucci:

Desse modo, ao lado dos títulos executivos extrajudiciais, existem técnicas especiais de processo de cognição que têm a função de formar o título executivo de modo mais célere. Entre tais técnicas de sumarização da *cognitio* insere-se a do *procedimento monitorio*, no qual o juiz emite uma ordem liminar, *inaudita altera parte*, determinando que o devedor pague certa quantia ou entregue uma coisa ao credor.<sup>3</sup>

Nessa mesma esteira de raciocínio, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Seria, evidentemente, enorme perda de tempo exigir que o credor recorresse à ação de condenação para posteriormente poder ajuizar a de execução, quando de antemão já se está convicto de que o devedor não vai opor contestação ou não dispõe de defesa capaz de abalar as bases jurídicas da pretensão.<sup>4</sup>

Como se pode observar, a decisão do juiz ao expedir o mandado sem a oitiva da parte contrária contendo a ordem de pagamento ou de entrega da coisa baseia-se “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.”<sup>5</sup>

Vicente Greco Filho, por sua vez, traça um breve paralelo entre os dois tipos de procedimentos monitorios existentes no direito estrangeiro para demonstrar que,

<sup>2</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Processo monitorio*, 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46

<sup>3</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 28

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 333.

<sup>5</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51

no Brasil, adotou-se o modelo em que é requisito essencial a existência de prova escrita do débito:

Para a compreensão do novel instituto, há que se lembrar também que o direito estrangeiro conhece dois tipos de procedimento monitório (em alguns casos chamado também de procedimento de injunção): o procedimento monitório puro, no qual basta a afirmação do autor para que o juiz determine a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, mas em que, em contrapartida, a oposição de embargos ou defesa torna totalmente ineficaz o preceito, seguindo-se procedimento contraditório amplo com a sentença; e o procedimento monitório documental, que exige para a expedição do mandado a existência de prova escrita do débito, mas em que a apresentação dos embargos somente suspende a eficácia do preceito, prosseguindo sua execução na hipótese de rejeição.<sup>6</sup>

## *2.2 Breve relato histórico da ação monitória no direito brasileiro – a ação decendiária*

A origem da ação monitória está na ação decendiária prevista nas Ordenações Manoelinas e que foi igualmente prevista nas Ordenações Filipinas, que regulavam a vida do Brasil-Colônia e Império.<sup>7</sup>

Em 25 de novembro de 1850 entrou em vigor o Regulamento 737 que também contemplou as ações decendiárias. Valemo-nos das palavras de Marcato para explicar a evolução deste instituto:

Esse regulamento, originalmente aplicável apenas às causas comerciais, também passou a regular as cíveis por força do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890.

Em seu art. 246 dispunha que a ação decendiária 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.

---

<sup>6</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 14ª ed. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 259

<sup>7</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 36

Entre os diplomas estaduais que trataram da ação decendiária, 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 executiva”, sendo o réu “citado para na primeira audiência vir ver assignar-se-lhe o prazo de dez dias para pagar ou allegar e provar sua defesa por meio de embargos”. Decorrido o decêndio, os autos iam conclusos ao juiz, que adotaria, diante do comportamento do réu, uma entre as seguintes providências: proferia sentença definitiva, caso o réu não houvesse pago ou oferecido embargos – ou, ofertando-os, fossem considerados irrelevantes; condenaria o réu, apesar da relevância dos embargos, se os mesmos não fossem detidamente provados dentro do decêndio; e, finalmente, receberia os embargos para discussão – e sem condenação -, se os mesmos fossem relevantes e cumpridamente provados (art. 769).

A teor do art. 770, uma vez recebidos os embargos, com ou sem condenação – e extraída, no primeiro caso, a carta de sentença, a permitir a execução provisória -, abria-se para o autor a oportunidade de contestá-los, “prossequindo a causa summaria ou ordinariamente, conforme a hypothese “arts. 474 e 478)”, adotando-se um ou outros dos procedimentos com base no valor da obrigação: sumário, se o valor não ultrapassasse cinco contos de réis; ordinário, nos demais casos.

Em 1º de março de 1940 entra em vigor nosso primeiro Código de Processo Civil nacional (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.39), que não contemplou a ação decendiária.<sup>8</sup>

Assim, com o advento do Código de Processo Civil de 1939 a ação decendiária prevista em alguns Estados (como no caso de São Paulo, conforme visto acima), deixou de existir.

Portanto, somente em 1995, com a entrada em vigor da lei 9.079/95 que introduziu em nosso ordenamento jurídico a ação monitória, o direito brasileiro voltou a ter um procedimento que se aproximasse da ação decendiária.

---

<sup>8</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. pp. 36-37

### 2.3 Natureza Jurídica da ação monitória

Segundo Gerson Fischmann, a ação monitória tem a natureza jurídica de “ação condenatória sumária, de rito especial com sumariedade de procedimento e conhecimento”<sup>9</sup>:

(...) Correta a classificação da ação monitória como causa sumária no aspecto material – redução da lide -, na medida e, que, uma vez preenchidas as condições estabelecidas no art. 1.102<sup>a</sup> – apresentação de prova escrita do crédito -, expede-se mandado de pagamento ou entrega de coisa; descumprido o mandado, prossegue o feito como execução, esgotando-se aí o caráter monitório e sumário.<sup>10</sup>

E segue o renomado doutrinador explicando que “a eventual oposição, cuja iniciativa está a cargo do réu, é que transforma a ação monitória sumária em ação condenatória plenária, processada esta última em conformidade com o Livro I do CPC”.<sup>11</sup>

A questão da natureza jurídica da ação monitória, porém, não é pacífica entre os estudiosos do direito.

Alexandre Freitas Câmara nos demonstra que existem três correntes doutrinárias sobre esta questão: há quem entenda que o processo monitório é um procedimento do processo de execução; há quem o considere como sendo uma espécie distinta de processo que não se confunde com os processos de conhecimento, executivo e cautelar; e há, por fim, quem o classifique como sendo um procedimento especial do processo de conhecimento. E é a esta última corrente que o ilustre doutrinador se filia.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao código de processo civil*. vol. 14. São Paulo: RT, 2000. p. 350

<sup>10</sup> Idem, ibidem

<sup>11</sup> Idem, ibidem

<sup>12</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 6ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. pp. 520-521.

Verifica-se, pois, que o procedimento monitorio é de natureza cognitiva, destinando-se a proporcionar o mesmo resultado que se alcançaria pelo procedimento comum: a obtenção do título executivo. Encerra-se, pois, o procedimento monitorio com a formação do título executivo – quando se tratar de obrigação pecuniária – ou com a efetiva satisfação do direito do credor – quando se tratar de obrigação de entrega de coisa móvel – já que neste último caso a execução é fase complementar da atividade cognitiva(...) <sup>13</sup>

## 2.4 Hipóteses de cabimento e requisitos

### 2.4.1 Situações em que se admite a ação monitoria – interesse de agir

O art. 1102-a do Código de Processo Civil traz as hipóteses de cabimento da ação monitoria:

**Art. 1.102-A** – A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Cumpramos ressaltar, em primeiro lugar, que o credor não tem a obrigação de se submeter à via monitoria, Trata-se de uma opção conferida pela lei àquele que possui prova escrita sem eficácia de título executivo.

Nada impede, porém, que o credor se utilize da ação condenatória.

Assim, surge a questão do interesse de agir na ação monitoria. E, aqui, devemos nos ater com maior profundidade na modalidade *adequação* do interesse de agir.

Valemo-nos, inicialmente, das palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco para verificar do que se trata a modalidade *adequação* do interesse de agir:

---

<sup>13</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 524

*Adequação* é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.<sup>14</sup>

Diante disso, em que casos haverá interesse de agir na modalidade adequação na ação monitória? Como visto acima, o processo monitório é cabível para três hipóteses: 1 - pagamento de soma em dinheiro; 2 - entrega de coisa fungível; 3 - entrega de determinado bem móvel:

O art. 1.102a compreende tanto o pagamento de soma em dinheiro (quantia certa) como a entrega de coisa fungível (coisa incerta) ou de determinado bem móvel (coisa certa). No particular, o direito brasileiro aproximou-se mais do italiano, que alude a soma líquida de dinheiro ou de uma determinada quantidade de coisas fungíveis, ou à entrega de uma coisa móvel determinada (art. 633, CPC italiano); com linguagem análoga, o Código alemão alude a determinada soma de dinheiro ou a entrega de quantidade determinada de outras coisas fungíveis ou de valores (§ 688), sem alusão expressa a “coisa móvel determinada”. Expressões similares não adota o Código de Processo Civil francês.<sup>15</sup>

Sendo taxativo o rol de hipóteses de cabimento previstas no art. 1.102-a do Código de Processo Civil, resta evidenciado que o processo monitório não se presta para casos de entrega de coisa infungível ou imóvel, bem como às obrigações de fazer ou não fazer. Haverá, nesses casos, falta de interesse de agir na modalidade adequação, uma vez que a via processual eleita não é a adequada para o fim pretendido.

O interesse de agir se mostra necessário, também, ao se verificar se a prova utilizada para dar lastro à ação é uma prova escrita sem eficácia de título executivo.

---

<sup>14</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 257.

<sup>15</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. pp. 51-52.

Isso porque, caso possua tal eficácia, a ação monitória se mostrará a via inadequada para tanto. Nesse sentido:

Ação monitória - Cobrança de aluguéis - Contrato escrito - Locação renovada por prazo indeterminado - Irrelevância - Título executivo extrajudicial - Ausência de interesse de agir - Carência da ação - Inteligência do art. 1.102a do CPC - Recurso provido. O contrato de locação por escrito constitui título executivo extrajudicial para a cobrança dos aluguéis em atraso (art. 585, IV, do CPC), mesmo que seu prazo tenha vencido, com prorrogação por tempo indeterminado. "É requisito para a ação monitória a prova escrita sem eficácia de título executivo mediante o qual o titular pretenda pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel (art. 1.102a do CPC). Título executivo extrajudicial não se presta para embasar ação monitória, pois colidiria com os princípios da própria ação que, em falta de pronta prestação pelo devedor, converte o mandado inicial em título executivo judicial" (RT 740/428). (TJ/SC - Ag. de Instrumento n. 98.009770-3 - Comarca de Caçador - Ac. unân. - 3a. Câm. Cív. - Rel: Des. Nilton Macedo Machado - Fonte: DJSC, 27.10.98, pág. 11).

#### 2.4.2 Legitimidade "*ad causam*"

No que diz respeito às partes legitimadas para figurar nos pólos passivo e ativo da ação monitória, diferença não há em relação às demais ações de natureza patrimonial. Segundo Marcato, "podendo legitimamente figurar como partes aquele que se intitule credor e aquele ao qual se atribui a condição de devedor."<sup>16</sup>

Em casos de obrigação de pagar soma em dinheiro, havendo solidariedade ativa qualquer dos credores poderá propor a ação isoladamente ou em litisconsórcio. Havendo solidariedade passiva, a ação poderá ser proposta em face de qualquer um dos devedores.

Questão relevante é a da possibilidade ou não da ação monitória ser proposta em face da Fazenda Pública. Os que entendem não ser possível alegam que a execução contra este ente público possui regras específicas em nosso Ordenamento

---

<sup>16</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 56.

Jurídico, em especial a de que o pagamento deve obedecer à ordem dos precatórios. Neste sentido, as palavras de José Rogério Cruz e Tucci:

Em primeiro lugar, verifica-se que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no bojo do *procedimento monitorio*, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inc. II do art. 730 do Código de Processo Civil, impositiva do “pagamento na ordem de apresentação do precatório”, para concluir-se pela inadmissibilidade da *ação monitoria* em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta flagrante.<sup>17</sup>

Humberto Theodoro Júnior ressalta, porém, que tendo sido proposta ação monitoria em face da pessoa jurídica de direito público e tendo esta apresentado embargos, não há que se falar em nulidade da ação monitoria em razão de inexistir prejuízo:

Não haverá, porém, lugar, para anular-se o procedimento monitorio intentado contra pessoa jurídica de direito público se esta ofereceu tempestivos embargos de mérito. É que dessa maneira o feito terá se transformado em pura ação ordinária de cobrança. Faltará interesse legítimo para justificar a anulação ou extinção do processo, a fim de simplesmente ser reiniciado sob rótulo de ação ordinária. No sistema moderno do direito processual não se acolhe arguição de nulidade por vício de forma se é possível o aproveitamento do procedimento apenas com sua adaptação ao rito correto (art. 250). Ora, com os embargos de mérito, o próprio demandado provocou a transformação da ação monitoria em ação comum de conhecimento, com amplo e irrestrito contraditório, donde a total ausência de causa para sustentar a eventual anulação do processo.<sup>18</sup>

Já se decidiu:

Ação monitoria e Fazenda Pública. Nada impede o exercício de ação monitoria contra a Fazenda Pública, desde que presentes os seus supostos. Monitoria. Recurso que, entretanto, se limita a atacar a condenação da autora em honorários advocatícios. Caso em que o município demandado não chegou a atuar, efetivamente, no processo. (TJ/RS - Ap. Cível n. 598036374 - Comarca de Montenegro - 1a. Câ. Cív. - Rel: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa - j. em 27.05.98 - Fonte: DJRS, 13.11.98, pág. 32).

---

<sup>17</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit. pp. 74-75.

<sup>18</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 339.

Em sentido contrário, porém, a jurisprudência já se manifestou:

Reexame de sentença - Ação monitória contra Município - Falta de interesse processual - Extinção do feito sem exame do mérito. Não é cabível a propositura de ação monitória em face da Fazenda Pública, contra a qual não se admite ordem de pagamento e nem penhora, dependendo a execução de título judicial, emanado de processo de conhecimento, pois não há como ser expedida, desde logo, contra o Município, mandado para pagamento ou para entrega de coisa, como se sucede no procedimento monitório. (TJ/MS - Reexame de Sentença - Classe B - XIV - n. 52.283-2 - Comarca de Bataiporã - Ac. unân. - 1a. T. Cív. - Rel: Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins - Fonte: DJMS, 02.04.98, pág. 4).

Eduardo Talamini diz que a ação monitória em face da Fazenda Pública é cabível, porém com limitações:

Em face da Fazenda Pública, é incabível o uso da tutela monitória no que tange à sua função essencial: a rápida autorização da execução. O óbice está na indisponibilidade do interesse público – garantia constitucional que é decorrência direta do princípio republicano.

No processo comum de conhecimento, não se dá o efeito principal de revelia contra a Fazenda Pública; a Fazenda Pública não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial para que esses não se presumam verdadeiros; não se concebe a confissão da Fazenda pública – e assim por diante. Tudo isso se deve ao princípio constitucional da indisponibilidade do interesse público.

Se não se admitem essas decorrências no processo comum de conhecimento, não seria coerente, dentro do sistema, que se tolerasse a grave consequência da inércia do réu no procedimento monitório: automática formação de “título executivo”.

(...)

Tal caminho afasta a finalidade principal da tutela monitória. Dentre as especiais vantagens que o procedimento oferece ao demandante, restará a chance (remota, na prática) de que a Fazenda Pública cumpra espontaneamente o mandado – o que repita-se, é juridicamente impossível.<sup>19</sup>

O mesmo doutrinador, por sua vez, ensina que é possível a Fazenda Pública utilizar-se da via monitória a seu favor para as obrigações de entrega de coisa móvel e os créditos pecuniários não-fiscais. Porém, com relação aos créditos pecuniários fiscais, falta-lhe interesse de agir uma vez que ela “tem o poder de formar unilateralmente título executivo em seu favor, através da inscrição em dívida ativa”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2001. pp. 179; 182.

<sup>20</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. pp. 182-183

Maiores considerações acerca da ação monitória em face da Fazenda Pública e sua execução serão tratadas mais adiante, em momento oportuno.

Por fim, cumpre destacar o entendimento de que não é possível a propositura de ação monitória em face de incapazes, tendo em vista a indisponibilidade de seus interesses:

Já no procedimento monitório a inércia do réu acarreta a imediata convalidação do mandado monitório em título executivo judicial (art. 1.102c, *in fine*), circunstância que atuaria, inexorável e definitivamente, em detrimento dos interesses do incapaz.<sup>21</sup>

#### 2.4.3 Prova escrita

O supracitado artigo 1.102-a do Código de Processo Civil exige, para a propositura da ação monitória, a existência de “prova escrita sem eficácia de título executivo”.

Essa prova escrita é o documento escrito capaz de comprovar o crédito. Valemo-nos das palavras de Carreira Alvim para conceituar “prova escrita”:

Para fundamentar uma ação monitória, o que se exige é que se trate de **prova escrita**, pouco importando a sua natureza ou o momento da sua formação. Pouco importam também suas características, podendo ser um bilhete privado, uma carta missiva, um bilhete de loteria, um bilhete de rifa, desde que tenha autoria comprovada (no sentido de quem seja o seu autor). Destarte, numa batida de veículos, aquele que obtiver uma declaração do culpado de que pagará certa quantia pelo conserto, ou a quantia que vier a ser comprovada por orçamento, dispõe de prova escrita para fins de injuncionar o devedor por uma obrigação de pagar.<sup>22</sup>

Segue o Ilustre Doutrinador, ao afastar o “começo de prova por escrito” como suficiente para embasar uma ação monitória:

A *prova escrita* que serve de base à ação monitória não significa aquela revestida de todas as formalidades legais exigidas pelo Código Civil, mas, também, não se equipara àquela que constitui

---

<sup>21</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 70

<sup>22</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 54

simples “começo” de prova escrita. O CPC reputa “começo de prova por escrito”, quando muito, o *emanado da parte contra quem se pretende utiliza-lo como prova* (art. 402, I), aludindo desta forma apenas à *fonte* (origem) da prova, nada esclarecendo quanto ao seu conteúdo. O começo (ou princípio) de prova pode encontrar-se no escrito a que falte algum requisito de ordem formal ou deixe alguma coisa a desejar sobre o mérito da pretensão que sobre ela se funda. Assim, o escrito que contém o reconhecimento de uma dívida, sem alusão ao seu valor, prova a existência do débito, e é uma prova escrita, mas não pode embasar uma ação monitória, pois precisa ser complementada por outras provas a serem produzidas no curso do processo. Em outros termos, não passa de mero “começo de prova por escrito”, suficiente para instruir apenas uma ação ordinária.<sup>23</sup>

E finaliza com a conclusão de que a prova escrita suficiente para uma ação monitória deve trazer uma convicção que não necessite ser complementada por outras provas:

Por *prova escrita* se entende, em suma, todo escrito que, emanado da pessoa contra quem se faz o pedido, ou de quem a represente, o torna verossímil ou provável. Se, no entanto, essa *convicção* relativamente ao escrito depender de prova subsidiária ou complementar, que o complete, consistente em prova oral (testemunhal, por exemplo) – que o procedimento monitório não admite, na primeira fase – deverá o credor buscar a tutela para o seu eventual direito em sede ordinária.<sup>24</sup>

Na prática, a ação monitória tem grande incidência na cobrança de títulos de crédito prescritos (cheques, por exemplo). Isso porque, a prescrição do cheque não afeta o direito material, mas apenas lhe tira a eficácia executiva:

Sem dúvida, uma dos efeitos da prescrição consiste em retirar do cheque a sua força executiva. Todavia, não proposta a execução do cheque no prazo legal de seis meses, ocorre a prescrição, a qual, entretanto, não afeta o direito material, mas sim o direito adjetivo, vale dizer, ação de rito executivo. A pretensão é que fica prejudicada. Perde-se o título executivo extrajudicial; não se perde, contudo, o título de crédito(...).<sup>25</sup>

Em casos como o acima descrito, não restam dúvidas de que a ação monitória é um dos remédios cabíveis para o credor fazer valer seu crédito (além de

---

<sup>23</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 55.

<sup>24</sup> Idem. p. 57.

<sup>25</sup> PIRES, José Paulo Leal Ferreira. *Títulos de crédito*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 158

ações específicas previstas na Lei do Cheque, que também se sujeitam a outros prazos prescricionais):

Ação monitória - Cheques prescritos - Endosso em branco - Possibilidade - Ausência da prova do alegado pagamento - Apelo parcialmente provido. I - O cheque prescrito, não protestado, nem apresentado ou executado em tempo hábil é documento hábil a ensejar ação monitória, por não mais se revestir das características de título executivo. II - Embora perdendo suas características de título cambiariforme, o endossatário do cheque tem legitimidade para propor a ação monitória, inobstante o devedor possa opor as exceções pessoais ou reais, que lhe forem próprias. III - Não havendo início de prova escrita, inadmissível a prova do pagamento apenas através de testemunhas, tratando-se de obrigação superior ao décuplo do salário mínimo (art. 401, do CPC). (TJ/PR - Ap. Cível n. 0068116-3 - Comarca de Curitiba - Ac. 15336 - unân. - 2a. Câm. Cív. - Rel. Juiz Munir Karam - conv. - j. em 30.09.98 - Fonte: DJPR, 16.11.98, pág. 28).

No mesmo sentido:

TITULO DE CREDITO PRESCRITO. ACAO MONITORIA. PROVA ESCRITA. Monitória. Quem dispõe de título executivo não pode se valer da via monitória, do contrário, incorreria na hipótese de carência de ação por falta de interesse de agir. Todavia, é assente na jurisprudência pátria que a prescrição de um título de crédito não impede a cobrança do débito nele representado pela via da ação monitória, convertendo-se aquele em simples documento escrito indicativo da existência de uma dívida, o que altera o fundamento de sua cobrança, que deixa de ser a cártula em si, passando a ser a dívida de que ela é prova. Logo, a prescrição da cobrança tem de ser verificada apenas com respeito à relação jurídica que originou o título. Precedentes do STJ. Recurso desprovido. (TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL - 2007.001.18937. JULGADO EM 26/06/2007. QUINTA CAMARA CIVEL - Unanime. RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO WIDER)

Marcato, porém, traz uma lista de outras hipóteses de existência de prova escrita onde a ação monitória poderia ser admitida:

A variedade da prova documental hábil a instruir a petição inicial é atestada pela doutrina brasileira, ao indicar, como exemplos, a sentença meramente declaratória e os títulos de crédito fulminados pela prescrição, o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os vales, reconhecimentos de débito em contas e faturas, confissões de dívida carentes de testemunhas instrumentárias, acordos e transações não homologados, documentos referentes a débitos vinculados a cartões de crédito e outros, 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) ou títulos de crédito a

que falte algum requisito exigido por lei, a transação escrita sem *referendum*, a duplicata sem aceite, sem protesto e sem comprovante de entrega da mercadoria, a carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços, o contrato de cheque especial etc.<sup>26</sup>

O juiz, entendendo insuficiente a prova escrita que acompanha a petição inicial, mas vislumbrando uma maneira de complementá-la por meio de outra prova escrita, pode determinar que o autor junte referida prova.

Há o entendimento, ainda, que entendendo que a prova escrita é insuficiente para uma ação monitória, seja convertida a ação para o rito ordinário.

A jurisprudência, porém, não tem admitido a conversão da ação de execução em ação monitória, por se tratarem de ações com ritos distintos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA E PROCESSO DE EXECUÇÃO – Ausência de requisitos legais para o processo de execução. Descabimento de conversão direta para ação monitória por se tratar de processos com procedimentos distintos. Ausentes os requisitos legais exigíveis para propositura da ação de execução, porque não instruída com os títulos hábeis, não é possível converter diretamente aquela proposta de execução em ação monitória porque em se tratando de processos absolutamente distintos no procedimento, implicaria em inadmissível transgressão ao princípio do processo legal. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS – AGI 70003533726 – 18ª C.Cív. – Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho – J. 21.02.2002)

O que não se admite, contudo, é que se complemente a prova escrita com prova oral. Nesse sentido:

Igualmente, o credor a que se refere o art. 402, II, - aquele que não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel – por não dispor de prova escrita da obrigação, não pode cobrar o seu crédito por via monitória. Embora em tais casos, se outras circunstâncias puderem comprovar a *relação originária* de que decorre a relação obrigacional, deverá o credor buscar as vias *ordinárias*. São hipóteses que poderiam comportar, *de lege ferenda*, procedimento monitório puro, fundado na simples alegação do credor. Nos casos de obrigação decorrente de relação de parentesco, entre pai e filho, por exemplo, sendo qualquer

---

<sup>26</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 65.

deles o injuncionado, seria difícil admitir a interposição de embargos. Mas, apenas, *de lege ferenda*.<sup>27</sup>

Por fim, há a questão acerca da possibilidade de ingressar-se com ação monitória com base em prova escrita unilateralmente produzida. Embora haja divergência doutrinária, Fischmann entende ser possível, porém o juiz deverá examinar tal prova com maiores cuidados:

É claro que tendo a lei brasileira adotado o procedimento monitório documental, a admissão de prova escrita que tenha sido unilateralmente produzida pelo autor deverá ser analisada pelo juiz com maiores cuidados. Entretanto, não há de afastar, *prima facie*, que determinado documento ou conjunto de documentos, ainda que elaborados unilateralmente pelo sedizente credor, possam embasar uma ação monitória. Admite-se ação monitória fundada em duplicata sem aceite e não protestada, assim como tem-se aceite com profusão o uso do procedimento monitório para cobrança dos créditos fundados em contratos bancários de abertura de crédito rotativo, na medida em que os extratos são confeccionados unilateralmente pela instituição financeira, ou ainda os livros comerciais que por expressa disposição de lei servem como meio de prova (art. 378 e 379 do CPC), quotas condominiais, prestações de consórcios, mensalidades de clubes, escolares etc. O traço comum para a admissibilidade de monitória fundada em documento produzido unilateralmente pelo que se diz credor reside no fato de que, de um ou outro modo, antecede ao documento um negócio entre as partes, seja um contrato de associação de um clube, de freqüência em escola, ou uma co-propriedade, ou ainda de que ao próprio documento a lei empreste força de veracidade, como os livros comerciais.<sup>28</sup>

Nesse sentido, o julgado abaixo colacionado:

Ação monitória - Crédito decorrente de prestação de serviço - Idoneidade dos documentos apresentados. Se o documento apresentado pelo credor, a despeito de não estar subscrito pelo devedor, revelar-se idôneo para demonstrar o crédito reclamado, é apto para lastrear a ação monitória . Recurso desprovido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 0071531-5 - Comarca de Engenheiro Beltrão - Ac. 3562 - unân. - 6a. Câ. Cív. - Rel: Des. Telmo Cherem - j. em 22.04.99 - Fonte: DJPR, 14.06.99, pág. 31).

---

<sup>27</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. pp. 58-59.

<sup>28</sup> FISCHMANN, Gerson. Op. cit. p. 393

### 3 PROCEDIMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA

#### 3.1 Postulação

A petição inicial da ação monitória deve preencher os requisitos gerais previstos nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil.

O requisito específico e obrigatório é que a petição inicial deve vir acompanhada da prova escrita sem eficácia de título executivo onde conste o pretense crédito, conforme já visto nos capítulos anteriores.

Reza o art. 1102-b do Código de Processo Civil:

**Art. 1102-B** – Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Como o autor não possui o título executivo, mas apenas a “prova escrita”, é obrigatória na petição inicial a transcrição do fato constitutivo do seu direito.

O juiz, ao receber a petição inicial e analisar a prova escrita que, repita-se, deve ser pré-constituída uma vez que não há a possibilidade de dilação probatória, decidirá pelo deferimento ou não da expedição de mandado de pagamento ou de entrega de coisa no prazo de quinze dias.

Cumprido destacar que, em razão desta instrução escrita, porém sumária e incompleta, a convicção do julgador e a conseqüente expedição (ou não) do mandado se dará com base na probabilidade do direito e não na certeza.

É o que ensina Carreira Alvim:

Pela sua índole, a demanda monitória dá lugar a uma instrução inteiramente escrita, mas sumária e incompleta, em que o juiz forma sua convicção com base, não na certeza da *existência efetiva* do direito ao pagamento ou à entrega da coisa ou bem móvel – o que demandaria cognição plena e completa, com observância do

contraditório – mas com base na *probabilidade*, baseada na prova (escrita) do fato constitutivo do direito do autor, comprobatória de que o direito que se afirma existente, existe efetivamente (juízo de acolhimento) ou não existente (juízo de rejeição). Certeza efetiva da existência ou inexistência só haverá se houver embargos, caso em que o devedor terá a oportunidade de fazer valer as suas razões e as suas provas. Portanto, o que se afirma liminarmente *certo*, para fins monitorios, não passa de uma certeza **provável**, ou seja, de uma certeza fundada numa cognição sumária e, portanto, num juízo de probabilidade.<sup>29</sup>

Caso o juiz não se convença da probabilidade do direito invocado por meio da prova escrita que acompanha a petição inicial ele indeferirá a inicial, sendo que desta decisão o recurso cabível é o de apelação com a possibilidade de juízo de retratação, nos termos do art. 296 do Código de Processo Civil.

José Rogério Cruz e Tucci admite que, com fundamento no art. 342 do Código de Processo Civil, o juiz convoque o autor para esclarecer algum aspecto fático duvidoso antes de expedir o mandado:

Entendendo o juiz que, apesar de satisfatória a prova pré-constituída apresentada, resulta ainda duvidoso algum aspecto fático emergente da narração deduzida pelo autor, nada obsta a que seja designada audiência de justificação, convocando-se o demandante, com arrimo no art. 342 do Código de Processo Civil, a prestar ao magistrado o necessário esclarecimento.<sup>30</sup>

Como visto anteriormente é possível ao julgador, ainda, pedir ao autor a complementação da prova escrita (por meio de outra prova escrita), antes de decidir pelo deferimento do mandado monitorio caso entenda que a prova constante é insuficiente e as circunstâncias indicam a possibilidade do autor produzir esta prova escrita complementar.

É obrigatório, ainda, que o pedido seja líquido, uma vez que não há possibilidade de posterior liquidação. Gerson Fischmann diz que a inicial da monitoria é inepta caso contenha pedido ilíquido:

---

<sup>29</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Processo monitorio*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 62.

<sup>30</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 80.

Não há posterior liquidação na monitória tendo em vista a disposição do art. 1.102c e respectivo § 3º do CPC. A liquidez aqui não é a mesma que se exige para o processo de execução, pois, enquanto na execução a liquidez decorre necessariamente do título, na monitória, ainda que o documento não explicita o valor devido, o requisito pode ser suprido se o autor, na inicial, declinar o montante exigido. Aliás, é inepta a inicial da monitória se o autor pede mandado injuncional para que o réu pague ou entregue a coisa, sem explicitar o valor pretendido ou identificar desde logo a coisa devida. Incide o *caput* do art. 286 do CPC (...).<sup>31</sup>

Por fim, cumpre destacar que a decisão que defere ou indefere o mandado inicial deve ser, como qualquer provimento jurisdicional, fundamentada pelo julgador.

A decisão que defere o mandado inicial, em tese, é irrecurável em razão de faltar interesse para o réu para tanto. Isso porque ele poderá insurgir-se por meio de embargos, como bem nos mostra Humberto Theodoro Júnior:

Seria recorrível a decisão que defere o mandado de pagamento? A resposta é negativa, não pela natureza do ato judicial, mas pela falta de interesse do réu para justificar o manejo do agravo, visto que a consequência imediata da citação é a abertura, para o destinatário, da faculdade de defender-se amplamente por meio de embargos.<sup>32</sup>

Talamini, contudo, discorda da idéia da irrecurribilidade do mandado inicial, dizendo que mesmo que se entenda que falta interesse ao réu para recorrer (pois poderá se insurgir por meio dos embargos), tal possibilidade não pode ser completamente afastada:

Recorrível, essa decisão sempre será. Adotou-se sistema recursal de admissibilidade genérica, pelo qual todo provimento que não seja sentença nem despacho de mero expediente será impugnável através de agravo. Faltará, isso sim, interesse recursal para o réu: juridicamente ele possuirá meio mais idôneo e adequado para desconstituir o provimento monitório, inclusive com prazo de interposição maior.

(...)

Mas a constatação de que normalmente faltará o pressuposto recursal do interesse jurídico não elimina por completo a recorribilidade da decisão. Haverá casos em que, concretamente, o interesse recursal estará presente. Basta imaginar a hipótese de terceiro juridicamente interessado pretender insurgir-se contra tal

---

<sup>31</sup> FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao código de processo civil*. vol. 14. São Paulo: RT, 2000. p. 371

<sup>32</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 28ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 341

decisão (art. 499, *caput* e § 1º). Ele, em regra, não vai dispor dos embargos do art. 1.102c. Terá, então, interesse jurídico para se valer do recurso de agravo.

### 3.2 Mandado monitório

Deferida a petição inicial e expedido o mandado monitório o réu terá o prazo de 15 (quinze) dias para pagar a quantia fixada no mandado ou entregar a coisa.

A citação se dará pelas formas normais previstas no Código de Processo Civil (correio, oficial de justiça, carta precatória, etc.). Não há óbice para que a citação seja feita por edital ou hora certa. Neste sentido:

Portanto, não vejo qualquer incompatibilidade da citação por hora certa ou por edital com a ação monitória, podendo, quando muito, não haver utilidade se o credor puder supor, por fundamento razoável, que o devedor não responderá à demanda, dando ensejo à nomeação de curador especial, caso em que o feito seguirá o rito ordinário.<sup>33</sup>

A jurisprudência endossa esta tese:

Monitória - Citação - Realização por via postal - Admissibilidade - Exegese do artigo 222 do Código de Processo Civil - Recurso provido para esse fim. A ação monitória, instituída pela Lei 9.079 de 14.07.95, não prevê a forma de citação, e nem a ela se refere expressamente, incumbindo ao autor requerê-la na sua inicial, por um dos modos previstos no artigo 221 do Código de Processo Civil. (2o. TACív./SP - Ag. de Instrumento n. 534.191 - 9a. Câ. - Rel: Juiz Claret de Almeida - j. em 09.06.98 - Fonte: DOESP I, Parte II, 27.11.98, pág. 21).

Eduardo Talamini, contudo, alerta para a impossibilidade de constituição de pleno direito do título executivo em caso de não comparecimento do réu citado de maneira ficta:

Daí que, surgindo necessidade de citação ficta, procede-se ao ato de cientificação da demanda, por edital ou hora certa, e aguarda-se o decurso do prazo: comparecendo o réu (para pagar ou embargar) não há problemas; em caso contrário, caberá a nomeação de

---

<sup>33</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 83.

curador especial que deverá interpor embargos ao mandado. É bem verdade que, nesse caso, a dispensa do ônus da impugnação específica (art. 302, par. ún.) dificilmente afastará o julgamento imediato do mérito dos embargos, se o curador não aduzir concretamente nenhuma defesa indireta: a prova escrita desenvolvida já na primeira fase praticamente dispensará o autor de produzir novas provas acerca do(s) fato(s) constitutivo(s) do direito.<sup>34</sup>

Nesse sentido, a seguinte jurisprudência:

Ação monitória. Citação por edital. Possibilidade. Débito em conta corrente. Necessidade de demonstrativo do cálculo. 1 - Admite-se citação por edital na ação monitória. Se o réu não comparece, ser-lhe-á nomeado curador especial, que poderá opor embargos como simples contestação ou defesa, prosseguindo-se o feito como se ordinário o procedimento. 2 - O valor do débito - decorrente de saques a descoberto em conta corrente e que se procura constituir em título executivo na ação monitória - deve ser acompanhado de memória discriminada e atualizada do cálculo, não sendo suficiente apenas demonstrativos de extratos de lançamentos na conta. 3 - Apelo provido. (TJ/DF - Ap. Cível n. 4902198 - Distrito Federal - Ac. 109763 - unân. - 1a. T. Cív. - Rel: Des. Jair Soares - Fonte: DJU III, 11.11.98, pág. 47).

Muito se discute na doutrina acerca da natureza jurídica do mandado monitório. Antonio Carlos Marcato, citando Barbosa Moreira, Dinamarco, Bermudes, Chiovenda, Calamandrei, Fezzalari e Garbagnati, traz à baila os diversos entendimentos sobre o assunto:

Sustenta-se, de um lado, que ele “se resolve numa injunção destinada a provocar uma conduta do demandado (pagar ou entregar)”, pois “o juiz não perquire sobre o mérito nem julga a respeito, nesse momento”, inexistindo, em consequência, “coisa julgada material sobre os efeitos desse ato”. Afirma-se, de outro, “que tal provimento se equipara, sob o prisma ontológico, a verdadeira sentença potencialmente condenatória, passando a gozar de eficácia executiva plena e imediata”.

É compreensível a existências dessas dúvidas envolvendo o conteúdo do mandado, pois mesmo na Itália, que convive há décadas com o *procedimento d’ingiunzione*, ainda hoje o tema é polêmico.

Uma das correntes doutrinárias, capitaneada por Chiovenda e aceita por autores mais recentes, inclui o *decreto d’ingiunzione* na categoria dos provimentos com prevalente eficácia executiva, sob o argumento de que a lei, em consideração a determinados créditos ou a determinados credores, ou, ainda, levando em conta a natureza e as provas do crédito, admite uma ordem judicial de pagamento ou de entrega de bem sem citação e sem a participação do réu. Propõe-se,

<sup>34</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001. pp. 138-139

de outra parte, a tese de que o decreto tem, no momento de sua emissão, a natureza de uma sentença contumacial suspensivamente condicionada à expiração do prazo destinado à oposição do réu ou, ainda, que ele é um especial provimento de condenação, ao qual se chega não através de um processo, mas sim de um simples procedimento, isto é, sem que se institua o contraditório com o devedor, exaurindo-se a atividade do juiz – e adquirindo o decreto eficácia executiva definitiva – se e quando o destinatário de injunção não propuser no prazo a sua oposição.

Diante da necessidade da adoção de um posicionamento que se ajuste à linha de orientação que preside o desenvolvimento deste trabalho, endossamos o entendimento nesse particular externado por Garbagnati, para quem o *decreto d'ingiunzione*, corresponde ao nosso mandado monitório, muito embora resulte de uma cognição sumária e seja emitido *inaudita altera parte*, com lastro nas afirmações e documentos unilateralmente apresentados pelo autor, adquire eficácia *similar* àquela da sentença condenatória obtida no processo de cognição plena somente se e quando o réu se omitir, pois a lei lhe defere a possibilidade de dar vida, através dos embargos, a um processo que se desenvolva na plenitude do contraditório e permita, assim, a impugnação do decreto. É um provimento jurisdicional idêntico, por sua natureza, àquele obtido em uma sentença condenatória, cujos efeitos ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material, tal como se dá em relação a essa última quando emanada de um processo em que o réu se tornou contumaz.<sup>35</sup>

Citado, o réu poderá adotar um entre três posicionamentos: pagar ou entregar a coisa dentro do prazo de 15 dias previsto no art. 1102-a, obtendo, conseqüentemente, o benefício previsto no § 1º do art. 1102-c; manter-se inerte e tornar-se revel (art. 1102-c); opor embargos (art. 1102-c e seus parágrafos 2º e 3º).

### 3.3 Do pagamento ou entrega da coisa no prazo previsto no art. 1102-a

A lei prevê estímulos e benefícios para o réu que cumpre a ordem contida no mandado dentro do prazo de 15 dias.

Tal previsão encontra-se no § 1º do art. 1102-c, que assim dispõe:

**Art. 1102-C (...)**

**§ 1º** - Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

---

<sup>35</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 81-82

Trata-se, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “de um estímulo ao abreviamento da solução da lide.”<sup>36</sup>

Como, ao proferir o mandado monitorio, não se sabe se o devedor irá cumpri-lo voluntariamente ou não, é necessário que o juiz imponha ao réu o pagamento das custas e honorários advocatícios com a ressalva de que, se cumprir a obrigação no prazo legal, do pagamento de tais verbas se isentará:

Como, ao proferir a decisão liminar, *inaudita altera parte*, não sabe o juiz se haverá ou não embargos, deve impor ao réu o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, isentando-o de pagá-los, se houver cumprimento voluntário do mandado. Esse benefício deve ser expresso no mandado, para que o devedor tome conhecimento dele e se sinta estimulado a cumpri-lo.<sup>37</sup>

Discute-se se é possível o cumprimento parcial do mandado monitorio. A lei nada fala, o que pode dar a entender que somente se admite o seu cumprimento integral.

Marcato, porém, admite que o cumprimento possa ser parcial, sendo que o réu pode oferecer embargos da parte que não foi cumprida ou, caso permaneça inerte, haverá a constituição de título executivo judicial desta parte:

Na literalidade da lei será admissível apenas o seu cumprimento integral, mas nada impede, a nosso ver, concordando o autor com a proposta de satisfação parcial e não opondo o réu os embargos, o mandado se convolve em título executivo versando o crédito remanescente e incontroverso (tal como ocorrerá, por sinal, no caso de acolhimento parcial dos embargos); opondo, a convolação dependerá do resultado do julgamento dos embargos.<sup>38</sup>

Evidentemente que, em não havendo o cumprimento integral do mandado, mas apenas parcial, a parte não poderá ser beneficiada pela prerrogativa constante no § 1º do art. 1103-c do Código de Processo Civil.

---

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIO, Humberto. Op. cit. p. 341.

<sup>37</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p.126.

<sup>38</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 83

Havendo cumprimento integral da ordem contida no mandado monitório, o juiz extinguirá o processo por meio de sentença, semelhante ao que ocorre com a sentença prevista no art. 794, I do Código de Processo Civil.

### 3.4 Da inércia do devedor

É possível, também, que o devedor quede-se inerte. É o que prevê a segunda parte do art. 1102-c:

**Art. 1102-C** – (...) Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

Diferentemente do que ocorre no processo ordinário de conhecimento, a revelia do réu, no processo monitório, gerará de imediato um provimento que favorecerá o autor. Neste sentido:

No processo monitório, pautado pela exigência da prévia apresentação da prova documental e caracterizado, como tantas vezes dito, pela técnica do deslocamento da efetividade do contraditório, a inércia do réu acarreta, de pleno direito, a conversão do mandado em título executivo judicial, vedado ao juiz qualquer pronunciamento sobre a procedência da pretensão deduzida pelo autor.<sup>39</sup>

Conforme se infere da simples leitura do dispositivo supracitado, a conversão do mandado inicial em mandado executivo se dará automaticamente, com a simples decorrência do prazo previsto em lei para cumprimento.

Não é necessária, portanto, a prolação de sentença para que se forme o título executivo. A convalidação, como visto, é automática:

Ocorrida a revelia, por ausência de pagamento e de embargos no prazo da citação, estará automaticamente constituído o *título executivo judicial*. O mandado inicial de pagamento será transformado em *mandado executivo* \*art. 1102, c). Não há sentença

---

<sup>39</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. pp. 85-86

para operar dita transformação, que, segundo a lei, “opera de pleno direito”.<sup>40</sup>

José Rogério Cruz e Tucci entende que a inércia do devedor vai conferir, à decisão que deferiu a expedição do mandado inicial, o atributo de uma “sentença potencialmente condenatória”:

Assim, a despeito de ser catalogado entre as interlocutórias (art. 162, § 2º, CPC), tal provimento se equipara, sob o *prima ontológico*, a verdadeira sentença potencialmente condenatória, passando a gozar de eficácia executiva plena e imediata. Acrescente-se que é a própria inércia do devedor que vai conferir esse atributo àquela decisão.<sup>41</sup>

### 3.5 Da tutela antecipada na ação monitória

Conforme será estudado mais adiante, os embargos monitórios suspendem a eficácia do mandado inicial. Assim, surge a questão acerca da possibilidade da tutela antecipada na ação monitória.

Wambier, Talamini e Correia de Almeida mostram-se favoráveis a tal idéia, invocando, para tanto, o parágrafo único do art. 272 do Código de Processo Civil:

Trata-se de instituto aplicável inclusive ao procedimento monitório (art. 272, parágrafo único). Sua adequada utilização tende a abranger aproximadamente as mesmas situações que, no sistema italiano, por exemplo, dão ensejo à declaração de executividade provisória da decisão inicial. Até porque, concedido o mandado, existirá juízo de verossimilhança favorável ao demandante, que, muito provavelmente, será suficiente para que se considere cumprido um dos requisitos da antecipação. (art. 273, *caput*). Existindo o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I), ou caracterizado abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu (art. 273, II), haverá dever do juiz de, tendo o autor requerido (art. 273, *caput*), conceder a antecipação da “eficácia executiva *lato sensu*” – autorizando-se, desde logo e pelo menos, execução provisória. Na hipótese do inciso I do art. 273, a antecipação deve ocorrer já no próprio momento da concessão do mandado, se a urgência da situação assim exigir.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 341

<sup>41</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit. p. 91

<sup>42</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. vol. 3. 9ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 277

Nesse ponto, nunca é demais lembrarmos que, como bem ensina Araken de Assis, existem requisitos positivos e negativos para a antecipação de tutela:

Estabelece o art. 273 requisitos positivos e negativos à antecipação da tutela. Aqueles compreendem os seguintes pressupostos: a) requerimento da parte; b) a existência de rova inequívoca; c) a verossimilhança da alegação; d) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Além disto, é indispensável que não se configure “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (art. 273, § 2º).<sup>43</sup>

Como visto acima, há divergências acerca da recorribilidade da decisão que defere o mandado inicial. Porém mesmo para aqueles que defendem tal decisão ser irrecorrível, há o entendimento de que, caso haja o deferimento de tutela antecipada, é cabível o recurso de agravo de instrumento. É o caso de Carreira Alvim, que nos ensina:

Como disse alhures, e mantenho esse entendimento, o mandado monitorio, **em princípio**, *não comporta qualquer recurso* – nem de agravo nem de apelação – justo porque participa da natureza jurídica de um ato processual que tem a forma de interlocutória, mas conteúdo de uma decisão que pode vir a ser sentença, se não forem opostos embargos, pelo que os embargos monitorios, cumprem, no particular, a mesma função que os recursos cumprem no geral. São eles que *neutralizam* a eficácia do mandado monitorio, como acontece com todo recurso de efeito suspensivo.

Mas, se admitida, como se admite, a antecipação de tutela no processo monitorio, enquanto remédio capa de atender prontamente a uma situação de urgência, em favor de uma das partes (o credor), não se pode deixar de reconhecer à outra (o devedor) o antídoto para neutralizar temporariamente a eficácia do provimento, e esse antídoto não pode ser outro senão o agravo, quando o cumprimento da decisão possa gerar para o devedor lesão grave e de difícil reparação, justificando também a sua suspensão liminar (art. 558); ou, até mesmo ao próprio autor, quando o juiz lhe tenha negado a liminar na inferior instância, por uma decisão errada ou injusta, caso em que a reparação pode ser obtida através do agravo.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001. p. 411

<sup>44</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit, pp. 140-141

## 4 DA RESPOSTA DO DEVEDOR

### 4.1 Tipos de respostas

A primeira parte do art. 1102-c dispõe acerca do principal mecanismo de resposta a disposição do devedor, quais sejam, os embargos:

**Art. 1102-C** – No prazo previsto no art. 1102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial(...)

Falamos que os embargos são o principal mecanismo de resposta do réu porque, ao contrário do que comumente se pensa, ele não é o único.

O réu também pode manejar, se o caso, as exceções rituais previstas no nosso sistema processual. Nesse sentido, as palavras de Antonio Carlos Marcato:

Mesmo consideradas a variedade e amplitude dos temas que poderão ser objeto dos embargos ao mandado, ainda assim poderão surgir questões a merecer tratamento diferenciado e que não caberão no âmbito daquelas.

No desenrolar do processo (de qualquer processo) é possível o surgimento de *questões* a exigir a atenção do juiz, atinentes tanto à existência, validade ou regularidade do processo, ou às condições da ação (as genericamente denominadas *questões processuais* – v. art. 301 do CPC), quanto à pretensão deduzida pela parte e submetida à apreciação judicial, isto é, o próprio mérito.

Essas questões serão objeto de debate e solução através dos embargos ao mandado monitório, que não se prestam, no entanto, à resolução daquelas três (ou ao menos duas) classes de questões enunciadas no art. 304 do Código de Processo Civil.

Realmente, apesar de a incompetência relativa, a suspeição e o impedimento do juiz representarem questões prévias, mais exatamente *questões incidentais preliminares ao conhecimento do mérito*, elas distinguem-se das demais questões da mesma categoria por serem argüidas e solucionadas através de um incidente procedimental autônomo.

(...)

Em suma, apesar de os embargos ao mandado se prestarem à veiculação de todas as defesas processuais e substanciais do embargante, em princípio estarão fora de seu âmbito aquelas relacionadas à incompetência relativa, ao impedimento e à suspeição do juiz.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 86-88.

Assim, no mesmo prazo dos embargos o réu pode manejar as exceções rituais de incompetência relativa, suspeição e impedimento, questões essas que devem ser discutidas de maneira autônoma e não por meio dos embargos.

Os embargos, contudo, são a principal maneira de defesa do devedor e é a ele que nos ateremos doravante.

#### 4.2 Dos embargos monitórios

A primeira questão que surge ao se analisar os embargos monitórios é sobre a sua natureza jurídica. Seriam os embargos uma ação própria ou uma contestação no processo monitório?

Sobre este tema, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida discorreram, partindo da comparação entre dois modelos comumente utilizados de ação monitória:

Em um deles, o juiz profere, no início, o mandado de cumprimento da obrigação. Se o réu se opuser, o mandado que inicialmente lhe foi apresentado perderá sua eficácia monitória e passará a valer como simples citação. No final, haverá sentença condenando, ou não, o réu ao cumprimento da obrigação. Se o réu não cumprir a obrigação nem se defender, será proferida sentença confirmando a ordem inicial. Nesse primeiro sistema, a atuação do réu se faz por “contestação”.

No segundo modelo, a impugnação do réu apenas suspenderá o mandado de cumprimento da obrigação. Se julgada procedente a impugnação, o mandado será, só neste momento, desconstituído. Se improcedente, a ordem inicial de cumprimento passa a valer, por si só, como “título executivo”. Neste modelo, a impugnação do réu funciona como outra demanda – autônoma em relação à demanda de tutela monitória.

A nossa legislação sobre monitória estabeleceu que o mandado ficará “suspense” quando forem interpostos embargos (art. 1.102c, *caput*). Previu também que, julgados improcedentes os embargos, o mandado inicial vai se converter “*de pleno direito*” em “título executivo” (art. 1.102c, § 3º), independentemente de sentença final. Isso, a nosso ver, basta para descartar que os embargos do art. 1.102c sejam “contestação”. Constituem forma incidental de desconstituição do provimento inicial e (ou) de reconhecimento da

inexistência do crédito – o que, no sistema processual brasileiro, é feito por nova demanda, geradora de outro processo.<sup>46</sup>

Parece-nos acertada a posição acima exposta, na medida em que os embargos, pela própria redação dada pela lei, têm aspectos muito mais de uma ação autônoma que tem por fim desconstituir o provimento inicial e impedir a formação do mandado monitório do que, propriamente, de uma contestação.

A questão não é pacífica, mas Gerson Fischmann traz uma análise que demonstra, de maneira clara, que a intenção do legislador, ao prever que a defesa do réu se dará por meio dos embargos, era a de tratá-lo como uma ação autônoma:

O emprego do vocábulo embargos em vez de resposta ou defesa teve, certamente, na *mens legislatoris*, a perspectiva de: a) tentar aproximar a monitória da execução, impedindo que exista, naquele procedimento especial, contraditório; b) fazer com que o ônus probatório recaia sobre o autor dos embargos, réu da monitória, já que o autor desta última, com a apresentação do documento, demonstrou, ainda que superficialmente, a existência, validade e exigibilidade de seu crédito. Dispôs a norma legal que a defesa deverá ser feita através de embargos, indicando, inclusive, na dicção do § 3º deste dispositivo, que rejeitados os embargos o título se constitui de pleno direito, numa clara e inequívoca alusão a que a sentença deva se referir não à ação monitória, mas sim aos embargos, pois desse modo mantém-se íntegro o título criado com a expedição do mandado liminar.<sup>47</sup>

De fato, a lei expressamente fala que o título executivo judicial se formará de pleno direito com a rejeição dos embargos, de modo que inexistente sentença no processo monitório, mas apenas no incidente de defesa.

Nesse sentido, as palavras de Marcato:

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 monitória (não o dos embargos); e, sendo de procedência, ela (e não o mandado monitório) é que iria atuar, enquanto condenatória, como título executivo judicial, assim desfazendo o arcabouço erigido pela lei.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. 9ª ed. vol. 3. São Paulo: RT, 2008. pp. 271-272.

<sup>47</sup> FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao código de processo civil*. vol. 14. São Paulo: RT, 2000. p. 415.

<sup>48</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *Op. cit.* p. 96

Há, porém, quem discorde veementemente da tese acima exposta, afirmando que a forma de processamento dos embargos não é suficiente para determinar a sua natureza jurídica. Neste sentido, as palavras de Alexandre Freitas Câmara:

Há, é certo, quem sustente que os embargos sejam tratados pelo Código como demanda autônoma, e prova disso seriam as afirmações, contidas na lei processual, de que os embargos tramitam nos mesmos autos do procedimento monitório (afirmação que só seria necessária se os embargos tivessem natureza de ação autônoma, pois a contestação, evidentemente, vai para os mesmos autos em que se encontra a petição inicial), pelo procedimento ordinário (sendo certo que a contestação não segue procedimento nenhum), e não dependem de segurança do juízo (e a contestação nunca depende de prévia segurança do juízo), que corroborariam essa tese. Assim, porém, não nos parece. Em primeiro lugar, o fato de os embargos se processarem nos mesmos autos não é capaz de permitir que se determine sua natureza jurídica. Há processos autônomos que tramitam nos mesmos autos (como, e.g., o processo de liquidação de sentença), e incidentes que, embora não dêem origem a processo autônomo, levam à formação de autos apartados (como no caso da impugnação ao valor da causa).

Quanto à afirmação de que os embargos seguem o procedimento ordinário, é preciso ter em mente que o verdadeiro sentido da norma é o de afirmar que, com o oferecimento dos embargos, o procedimento monitório se converte em ordinário. Por fim, quanto à regra segundo a qual os embargos independem de prévia segurança do juízo, parece ser esta norma destinada a evitar confusão entre os embargos ao mandado e os embargos do executado, tornando certo que o procedimento monitório não tem natureza executiva.<sup>49</sup>

Assim, para os que consideram que os embargos tem a natureza de defesa, seriam possíveis a apresentação de reconvenção, bem como que seja aceita a intervenção de terceiros:

Também não é incompatível com o procedimento monitório a reconvenção (art. 315), à medida que, com o oferecimento dos embargos, o feito converte-se em ordinário. Assim, só pode o devedor reconvir ao credor se, concomitantemente, oferecer embargos monitórios.

(...)

O procedimento monitório admite a assistência simples e o litisconsórcio. Assistência simples vem disciplinada no art. 50, e a litisconsorcial, no art. 54, tanto ativa quanto passiva.

(...)

---

<sup>49</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. pp. 551-552

A intervenção de terceiros, em todas as suas modalidades, é também admissível no processo monitorio, observadas igualmente as peculiaridades do rito concernentes à primeira e segunda fases do procedimento.<sup>50</sup>

Já para os defensores da tese de que os embargos têm natureza de ação autônoma, tais situações não podem ser aceitas:

Decorre daí também a inviabilidade da dedução de reconvenção pelo embargante (não obstante a adoção, para o processamento dos embargos, do procedimento comum ordinário, em cujo bojo aquela modalidade de resposta é permitida) ou de intervenção de terceiros no processo (ressalvada a assistência, que não amplia o objeto do processo), pois através dos embargos não será possível a obtenção de um provimento de natureza condenatória em favor do embargante, ou que afete o terceiro interveniente.<sup>51</sup>

O STJ, porém, já editou a Súmula 292 permitindo a reconvenção na ação monitoria, sob o argumento de que, com a oposição dos embargos, o procedimento torna-se ordinário.

Conforme visto acima, os embargos, se tempestivamente interpostos, suspendem a eficácia do mandado inicial.

Além disso, independem de prévia segurança do juízo, vez que inexistem, ainda, título executivo hábil à execução, e são processados pelo procedimento ordinário, nos próprios autos. É o que dispõe o § 2º do art. 1.102-c:

**Art. 1102-C – (...)**

(...)

**§ 2º** - Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

Por ser processado pelo procedimento ordinário é que nele podem ser ventiladas toda e qualquer matéria de defesa:

E, por essa razão, nenhuma restrição também é imposta ao conteúdo da argumentação a ser desenvolvida pelo embargante. Poderá alegar qualquer matéria de natureza processual ou substancial. Todavia, com a inversão da posição processual que decorre da oferta desses embargos, ao devedor-embargante é imposto o ônus de provar o fato constitutivo da exceção deduzida

<sup>50</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Processo monitorio*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 109-110

<sup>51</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 96

(art. 333, I), com todas as conseqüências que advêm desse encargo.<sup>52</sup>

Interpostos os embargos, seguir-se-á o rito ordinário até a prolação da sentença, que acolherá ou não os embargos.

No que diz respeito ao ônus da prova, temos que caberá ao embargante o ônus de “destruir aquele juízo de verossimilhança que se estabeleceu graças à prova escrita que o embargado apresentou de início”.<sup>53</sup>

Em verdade, deve ser observada a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do código de Processo Civil:

Reafirmando nosso entendimento de que há pontos de similitude e de convergência entre os embargos ao mandado e os embargos à execução fundada em título executivo extrajudicial, a permitir ao réu no processo monitório a dedução, através dos primeiros, de toda e qualquer defesa útil, forçosamente devemos também concluir que a distribuição do ônus da prova deverá respeitar os critérios estabelecidos pelo art. 333 do Código de Processo Civil, ou seja, ao embargado competirá provar (caso se tornem controvertidos) os fatos constitutivos de seu apregoado direito, cabendo ao embargante a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos daquele.

(...)

Justamente por assumir a posição formal de autor dos embargos, é que continua sendo do embargante o ônus da prova dos fatos nos quais se funda a sua resistência ao mandado monitório, que são os indicados no inc. II do art. 333; restando controvertidos, no entanto, os fatos constitutivos afirmados pelo embargado, poderá ser dele, diante das lacunas do conjunto probatório, o ônus da prova correspondente.<sup>54</sup>

Como já visto em capítulos anteriores, os embargos podem ser opostos parcialmente, ocasião em que, com relação à parte incontroversa, se formará de imediato o título executivo.

É admitido, ainda, que havendo pluralidade de réus apenas um ou alguns deles oponham os embargos.

---

<sup>52</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 96

<sup>53</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Op. cit. p. 272

<sup>54</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 98

Nesses casos, com relação ao que não embargou, o título executivo formar-se-á de plano, salvo se for hipótese de litisconsórcio unitário ou, ainda, se os embargos apresentados por um dos réus aproveitar aos demais. Nesse sentido:

Diante do princípio da autonomia dos co-litigantes, consagrado pelo art. 48 do Código (e ainda por aplicação analógica do art. 739, § 3º), em relação ao réu omissor o mandado convolar-se-á, de pleno direito, em título executivo judicial, com o início imediato da execução definitiva (art. 1.102c, parte final). Ficam, é claro, ressalvadas as situações de litisconsórcio unitário e de embargos que veiculem defesas comuns a todos os litisconsortes (v.g., pagamento integral da dívida, em caso de solidariedade passiva, feito por um dos devedores, ou, sendo ela ativa, a quitação integral conferida por um dos credores – CC, arts. 896 a 915), pois nesses casos o eventual acolhimento dos embargos a todos aproveitará.<sup>55</sup>

Caso o embargado não apresente defesa, ele se tornará revel. Surge, aí, o questionamento acerca dos efeitos desta revelia.

Antonio Carlos Marcato entende que a revelia do embargado, por si só, não tem o condão de desconstituir a probabilidade do direito por ele invocado:

A omissão do embargado de modo algum determinará, por si só e automaticamente, a destruição do convencimento original do juiz sobre a possibilidade 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 dos seus embargos – circunstância que demonstra, a nosso ver, que o problema não está localizado na ausência de impugnação por partes do embargado, mas sim na sua sujeição às conseqüências prejudiciais derivadas do descumprimento do ônus subjetivo da prova.<sup>56</sup>

#### *4.3 Do julgamento dos embargos e recurso cabível*

Os embargos são julgados por meio de sentença. Essa sentença, porém, não é condenatória, tendo em vista que ela apenas decide um incidente (os embargos).

---

<sup>55</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 102.

<sup>56</sup> Idem, pp. 106-107.

Eduardo Talamini ensina que a sentença dos embargos irá declarar a inexistência do crédito ou a inexistência do direito do embargante:

Como os embargos ao mandado não são contestação e, sim, demanda incidental (que gera processo autônomo), a sua sentença nunca terá eficácia principal condenatória. Quando julgar procedentes os embargos, a sentença declarará a inexistência parcial ou total do crédito e (ou) invalidará no todo ou em parte o processo principal. Quando julga-los improcedentes, declarará a inexistência de direito do embargante à tutela que pretendia obter.<sup>57</sup>

E continua o referido doutrinador ensinando que, mesmo quando os embargos forem improcedentes, eles não terão caráter condenatório, tendo em vista que o título executivo será a decisão inicial, que concedeu a tutela monitória:

Mesmo nessa segunda hipótese, a sentença *não* terá eficácia principal condenatória. Não será ela que conterà a autorização para que se inicie a atividade executiva. Em outros termos, não será a sentença de rejeição dos embargos o “título executivo”. A decisão inicial, concessiva da tutela monitória, é que assumirá essa função, uma vez já não penda recurso com efeito suspensivo da decisão final dos embargos. Trata-se, porém, de efeito que a própria lei – automaticamente – confere ao final desse processo incidental. A “constituição do título executivo” é efeito *anexo* ou *secundário* do provimento que rejeita, com julgamento de mérito ou não, os embargos ao mandado. Daí que é dispensável – aliás, inócuo – que tal sentença contenha comando “constituindo o título executivo”.<sup>58</sup>

É importante asseverar, ainda, que a sentença que acolhe parcialmente os embargos, embora não seja condenatória, deve indicar qual o valor devido, para que seja possível criar-se um mandado executivo líquido e no valor correto a ser executado.

Marcato ensina que, sendo julgados totalmente improcedentes os embargos, haverá a convolação prevista no art. 1.102-c do CPC, iniciando-se a fase executiva. Por outro lado, em caso de acolhimento parcial, deve ser indicado desde logo o valor devido e será declarada a inexistência do mandado no valor indevido, prosseguindo-se na execução.

---

<sup>57</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 162.

<sup>58</sup> Idem. Op. cit. p. 163.

A questão, porém, é um pouco mais complexa nos casos de acolhimento integral dos embargos, ocasião em que, segundo o mencionado doutrinador, três situações devem ser consideradas:

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

A) Sendo eles fundados exclusivamente na alegação de que o crédito indicado pelo embargado é superior ao efetivamente devido, a situação é idêntica à anterior (...), ressalva feita aos encargos de sucumbência, que são do embargado.

B) Se os embargos são totalmente acolhidos, por reconhecer o juiz a ausência de requisito de admissibilidade da ação monitória (...), o mandado é então declarado nulo e excluído do mundo jurídico, circunstâncias que não impedem, porém, venha o autor postular no futuro, pelas vias próprias, uma tutela condenatória.

C) Se o acolhimento integral dos embargos é pautado no reconhecimento da procedência da matéria de mérito deduzida pelo embargante (v.g., prescrição, pagamento, compensação, etc.), a sentença correspondente declara a existência do direito afirmado pelo embargado e a ilegitimidade do mandado, que é igualmente excluído do mundo jurídico. E uma vez que se torne definitiva a sentença, não mais poderá o embargado, diante do óbice representado pela coisa julgada material, buscar o reconhecimento por outra via de seu já declarado inexistente direito.<sup>59</sup>

A sentença dos embargos, ainda, deve condenar o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sendo que no caso de rejeição dos embargos "haverá a cumulação dos honorários e das despesas atinentes a esse processo incidental com os do processo principal."<sup>60</sup>

Nesse particular (verbas de sucumbência), a sentença dos embargos terá caráter condenatório.

Da decisão que julga os embargos monitórios é cabível o recurso de apelação que, como bem ensina Cruz e Tucci, é recebido no duplo efeito:

Como a lei não abre qualquer exceção quanto à eficácia do recurso de apelação interposto contra a sentença que julga (procedente ou improcedente) o pedido deduzido nos embargos, entendemos que deve ser ele recebido em ambos os efeitos: devolutivo e *suspensivo*.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. pp. 108-109

<sup>60</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 164.

<sup>61</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit. p. 98

Nesse sentido, o extinto 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo editou a Súmula 47, determinando que: “a apelação interposta da sentença que julga os embargos ao mandado monitório será recebida também no efeito suspensivo”.

Tal entendimento, contudo, não é pacífico em nossa doutrina. Marcato diz que “à luz da instrumentalidade do processo e da efetividade da tutela jurisdicional”, a apelação deveria, em regra, ser recebida apenas no efeito devolutivo, permitindo-se, assim, a execução provisória da sentença dos embargos:

Reconhecendo, embora, que a doutrina e a jurisprudência têm-se posicionado majoritariamente em sentido oposto, não vemos por que, nesse caso, deva o silêncio da Lei n. 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, uma vez 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.

Em síntese, será possível a execução provisória do título obtido pela via monitória, observados os princípios do art. 588 do Código de Processo Civil, conforme adiante explicitado.<sup>62</sup>

Por fim, no que diz respeito à coisa julgada, Carreira Alvim diz que, “em princípio, a coisa julgada no processo monitório, alcança tanto a decisão que contém o mandado liminar (...), quanto a sentença que vier a ser proferida (...) se oferecidos os embargos”.<sup>63</sup>

No caso específico do julgamento dos embargos, Wambier, Talamini e Correia de Almeida ensinam:

A sentença de procedência ou improcedência dos embargos fará coisa julgada. Se de improcedência, acobertará cada uma das causas de pedir apresentadas pelo embargante como extintivas, modificativas ou impeditivas do direito pretendido pelo embargado. Se a sentença acolher o pedido de embargos: (i) quando os embargos tiverem

---

<sup>62</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. pp. 110-111

<sup>63</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 121.

vido de mérito, reconhecerá com força de coisa julgada material a inexistência total ou parcial do crédito que o embargado sustentava ter; ou, (ii) quando os embargos só tiverem veiculado questões processuais, apenas invalidará o processo monitorio. Obviamente, pode haver nos embargos a cumulação de matérias processuais.

## 5 FASE EXECUTIVA DA AÇÃO MONITÓRIA

### 5.1 Introdução

Uma fase da ação monitoria que especialmente sofreu mudanças significativas e ainda gera muitas discussões é a fase executiva.

Isso, porque, com o advento da lei 11.232/05, que alterou toda a sistemática de cumprimento de sentença, a ação monitoria também foi profundamente afetada.

Inicialmente, devemos ressaltar que o art. 6º da lei 11.232/05 expressamente modificou a redação do art. 1.102-c, e seu parágrafo 3º, do Código de Processo Civil:

**Art. 6º** O art. 1.102-C da Lei .5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.102-C. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

(...)

§ 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei." (NR)

Como se vê, a lei 11.232/05 alterou a redação do supracitado artigo com o intuito de deixar claro que a nova sistemática de cumprimento de sentença também se aplica à ação monitoria.

Tal mudança, contudo, trouxe uma série de questionamentos para os operadores do direito, de modo que devemos analisar, primeiramente, as duas

maneiras de formação do título executivo na ação monitória: quando o réu não oferece embargos e quando o réu oferece embargos.

## 5.2 A formação do título executivo quando não há o oferecimento de embargos

A segunda parte do art. 1102-c dispõe acerca do início da fase executiva quando não há a apresentação de embargos:

**Art. 1102-C** – (...) Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei

Para Gerson Fishmann, o título executivo judicial já é constituído quando o juiz defere o mandado inicial, porém a sua executividade fica suspensa aguardando a postura do réu:

Na verdade o título executivo judicial é constituído no momento em que o juiz defere o mandado inicial de pagamento ou entrega da coisa. Porém, até que se verifique qual a conduta do réu, este mandado é mais citação do que título, embora o escopo seja incentivar o réu ao cumprimento da obrigação. Não opostos os embargos, cessa a suspensão que impedia o título executivo de gerar efeitos de tal sorte que, a partir daí, segue como execução. A situação do autor do procedimento monitório não embargado é a mesma daquele que obteve o título em ação condenatória plenária de rito ordinário.<sup>64</sup>

A conversão do mandado inicial em mandado executivo se dá de pleno direito, ou seja, independe de manifestação do juiz:

No processo monitório, pautado pela exigência da prévia apresentação da prova documental e caracterizado, como tantas vezes dito, pela técnica do deslocamento da efetividade do contraditório, a inércia do réu acarreta, de pleno direito, a conversão do mandado em título executivo judicial, vedado ao juiz qualquer pronunciamento sobre a procedência 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

---

<sup>64</sup> FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao código de processo civil*. vol. 14. São Paulo: RT, 2000. p. 430.

embargos, inexistirá momento adequado àquele pronunciamento, pois convolado o mandado monitório em título executivo judicial, passa-se imediatamente à execução, intimando-se o executado (CPC, art. 1.102c, § 3º).<sup>65</sup>

Vicente Greco Filho traz à baila a discussão acerca da natureza do título judicial constituído de pleno direito pela não apresentação dos embargos, também aplicável à hipótese de rejeição dos embargos. Para o festejado mestre, “é um título judicial por equiparação e não pela natureza do provimento”:

Há que se observar que o “título judicial”, constituído de pleno direito pela não apresentação dos embargos ou sua rejeição, é um título judicial sem sentença que existe nos moldes de processo de conhecimento. Trata-se de título judicial por equiparação e não pela natureza do provimento.

Evidentemente é um título judicial *sui generis*, porque o título é a resultante do documento – provimento judicial interlocutório -, fato da não-apresentação ou rejeição dos embargos.

O legislador fez a equiparação para afastar a possibilidade de virem a ser argüidas questões anteriores a ele, ainda que não objeto dos embargos. Não concordamos, pois, *data venia*, com José Rogério Cruz e Tucci, que limita a preclusão à matéria efetivamente decidida nos embargos, porque, se assim fosse, o título não seria “judicial”. Parece-nos que a preclusão é toda a do art. 474, ainda que não tenha havido sentença propriamente dita. O fato de não ter havido contraditório pleno e efetivo não implica o rebaixamento de um título considerado judicial por força de lei a uma categoria inferior (porque atacável com outros fundamentos) à do título judicial sentencial. A diferença quanto à impugnabilidade de títulos constituídos em processo com contraditório efetivo ou contraditório ficto é própria dos países que adotam a figura do processo contumacial e não do Brasil, em que, havendo ou não o contraditório efetivo, desde que se tenha dado a oportunidade de fazê-lo, o título tem os mesmos motivos de impugnação. Isto é, tenha sido o réu citado por edital e permanecido revel ou tenha ele efetivamente contestado, a sentença terá exatamente os mesmos efeitos e meios de impugnação. Transportando o paralelo para o procedimento monitório, temos que, haja ou não embargos, tenha ou não o réu argüido toda a matéria possível, rejeitados estes, constitui-se o título judicial, que somente poderá ser impugnado nos casos de ação rescisória. Não será, porém, por ação rescisória, que pressupõe sentença de mérito, mas por ação anulatória ou declaratória de nulidade. Contudo, nos casos do art. 485. É óbvio que, se o que se pretende atacar é a sentença dos embargos transitada em julgado, o instrumento adequado será mesmo o da ação rescisória.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> MARCATO, Antonio Carlos, *O processo monitório brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 85-86

<sup>66</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 3º Vol. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 262-263

Assim, convolado o mandado inicial em título executivo, inicia-se a fase executiva da ação monitória.

### 5.3 A formação do título executivo quando há o oferecimento de embargos

O § 3º do art. 1.102-c dispõe sobre o início da execução no caso de oferecimento de embargos que são rejeitados:

**Art. 1102-C – (...)**

§ 3º - Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

Os embargos monitórios mantêm suspensos a eficácia do mandado inicial (que já nasce suspensa e assim permanece até que se verifique qual a postura que o réu irá tomar – embargar ou não), de modo que somente após ser sentenciado e que dessa decisão não caiba mais nenhum recurso (houver transitada em julgado), é que haverá a convolação do mandado inicial em título executivo. Nesse sentido, as palavras de Carreira Alvim:

Dispondo o § 3º do art. 1.102c que, “*rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito, o título executivo judicial*”, confirma-se o que se disse alhures, ou seja, deferida a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, este já nasce com a sua eficácia suspensa, embora o *caput* do artigo dê a entender que o *momento* da suspensão é o do oferecimento dos embargos. Na verdade, nem poderia sê-lo, pois, ao expedir o mandado inicial, não se sabe ainda se haverá ou não embargos, pois o réu, embora citado para efetuar o pagamento ou a entrega da coisa ou do bem móvel, pode embargar; só ao fim do prazo de quinze dias, que legalmente tem para cumprir a ordem, é que geralmente, advém, os embargos. Essa, aliás, a razão pela qual não pode o autor (beneficiário da ordem) requerer a execução (cumprimento) *provisória* do mandado (nos moldes dos modelos italianos e alemão) antes que se oportunize ao réu o cumprimento voluntário da obrigação, e se ele, em vez de cumpri-la, vem a oferecer embargos, estes apenas *mantêm suspensa* a eficácia do mandado até que se profira a decisão da causa; não são, portanto, os embargos que suspendem efetivamente essa eficácia,

como soa o art. 1.102x; salvo se tiver sido concedida a tutela antecipada.<sup>67</sup>

Do mesmo modo que no caso de não apresentação de embargos, no caso destes serem rejeitados a constituição do título executivo se dará de pleno direito:

Sem maiores digressões, tendo em vista os propósitos dos comentários, pode-se argumentar que a imposição legal de que a defesa se faça através de embargos, sendo estes objeto de julgamento e não a própria ação de condenação da qual originou-se o mandado inicial, tem a ver com a idéia de que o título executivo já está constituído com a decisão liminar que expede a ordem de pagamento ou entrega, de tal sorte que a sua desconstituição haveria de ser via ação autônoma, à semelhança do adotado para o ataque ao processo de execução. É que no procedimento monitório o julgamento de dá ao início, com o deferimento do mandado inicial. Tanto que, rejeitados os embargos, não se constitui novo título nem se reabre novo exame referentemente ao crédito admitido inicialmente como existente, válido e exigível; afastados os embargos, que suspendiam a eficácia do título anteriormente criado, não há mais o “bloqueio” dos seus efeitos, de modo que é possível, desde logo, dar-se início à execução.<sup>68</sup>

Como se vê, não é a sentença dos embargos que forma o título executivo. Mas sim haverá a conversão do mandado inicial em título executivo, em razão de não mais pender a causa que suspendia a sua eficácia (os embargos monitórios):

A sentença de rejeição (por razões de mérito ou preliminares) dos embargos não será o título autorizador do início da execução no processo monitório. A lei é razoavelmente clara: rejeitados os embargos, a decisão inicial concessiva do mandado converter-se-á em título executivo.<sup>69</sup>

Assim, convertido o mandado inicial em título executivo (seja pela inércia do réu, seja pela rejeição dos embargos), inicia-se a fase de execução do mandado, conforme veremos a seguir:

---

<sup>67</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Processo monitório*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 87

<sup>68</sup> FISCHMANN, Gerson. Op. cit. pp. 437-438

<sup>69</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. 9ª ed. vol. 3. São Paulo: RT, 2008. p. 273

#### 5.4 A execução do título executivo após o advento da lei 11.232/05

Primeira questão interessante de se notar é que a ação monitória, desde o seu advento, já previa a execução no mesmo processo em que se formou o título executivo judicial. Vale dizer, não era necessária a interposição de uma nova ação e uma nova citação do réu apenas para executar.

Ou seja, não havendo a interposição de embargos ou sendo estes rejeitados, o mandado inicial se convertia em mandado executivo e prosseguia-se, nos mesmos autos, com a execução, bastando a intimação do devedor.

A lei 11.232/05 manteve tal característica, com a diferença que a execução, agora, se dará pelas regras do cumprimento de sentença previsto no art. 475-J e seguintes. Nesse sentido, as palavras de Wambier, Talamini e Correia de Almeida:

Decorrido o prazo para embargos ou sendo estes rejeitados (e desde que não penda apelação), automaticamente a decisão inicial concessiva da tutela torna-se elemento autorizador do início da execução.

Constituído o “título executivo” e já sendo possível executar, ingressa-se, se, solução de continuidade, na fase executiva do processo. A execução, no procedimento monitório, independe de nova demanda (petição inicial e demais formalidades). Ocorre no mesmo processo em que se a autorizou. Essa característica (de realização da execução no mesmo processo em que se formou o título executivo judicial), ora presente também no processo comum de conhecimento, já se apresentava na ação monitória desde sua introdução no CPC, em 1996. O *caput* e o § 3º do art. 1.102c já determinavam o direto ingresso na fase executiva, uma vez formado o título, sem nova citação do réu. A Lei 11.232/2005 manteve essa característica do processo monitório, de ingressar diretamente na fase executiva, tão logo esteja aperfeiçoado o título executivo. No entanto, a execução passou fazer-se pelas regras sobre o “cumprimento de sentença” (art. 475-J e seguintes).<sup>70</sup>

Embora o art. 6º da lei 11.232.05 tenha apenas alterado a parte final do *caput* e do § 3º do art. 1.102-C, determinando que a execução, agora, se dê pelas regras

---

<sup>70</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Op. cit. p.273

previstas no Livro I, Título VIII, Capítulo X do Código de Processo Civil, mudanças muito mais profundas ocorreram na ação monitória em razão desta nova sistemática.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que não há mais a possibilidade do devedor se insurgir contra a execução por meio dos embargos à execução, mas sim por meio da impugnação, prevista no art. 475-L do Código de Processo Civil.

Com isso, não há mais lugar para a discussão acerca dos limites de conhecimento dos embargos à execução opostos em ação monitória, uma vez que, somente podendo o devedor se insurgir por meio de impugnação, ele ficará limitado às matérias previstas legalmente para tal instrumento. É o que nos ensina Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei na obra “A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232/05:

Ao se adotar os mandamentos do Livro I, Título VIII, Capítulo X, ditados pela Lei nº 11.232/05, ficou afastada a possibilidade de oposição de embargos à execução pelo devedor que deixou de impugnar a ação monitória ou, que o fazendo, teve seus embargos monitórios rejeitados. Aplica-se, doravante, a regra da impugnação prevista no art. 475-L.

A questão apresenta especial colorido, uma vez que resolve a discussão formada a respeito dos limites cognitivos dos embargos à execução de título executivo obtido em sede de procedimento monitório. O debate, cognição horizontal ilimitada (aplicando-se a concepção do art. 745 do Código de Processo Civil) ou cognição horizontal limitada (adotando-se o rol fechado do art. 741 do Código de Processo Civil), ficará, de agora em diante, esvaziado. Isso, com certeza, vale, no mínimo, quanto aos títulos obtidos após a Lei nº 11.232/05, já que, efetuada a conversão, o caminho a seguir não está vulnerável à oposição de embargos à execução, mas, apenas e tão somente, à impugnação do art. 475-L, que, como é trivial, tem *cognição horizontal limitada*, somente sendo possível o devedor suscitar as matérias trazidas no rol legal.<sup>71</sup>

Isso porque, antes do advento da lei 11.232/05, havia quem entendesse que, não havendo embargos à ação monitória e, assim, convertendo-se de pleno direito o mandado inicial em título executivo, o executado poderia, em sede de embargos à execução, veicular toda e qualquer matéria de defesa.

---

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 285

É o que demonstra Marcato que, porém, sempre foi favorável a tese de que mesmo no caso de não apresentação de embargos monitórios, a cognição dos embargos à execução seria limitada:

Há os que sustentam que ele sempre ficará restrito àquelas matérias indicadas no art. 741 do Código de Processo Civil, pouco importando se a convolação do mandado inicial se deu em razão da inércia do réu ou da rejeição de seus embargos, pois a consequência derivada de qualquer dessas situações é rigorosamente a mesma: a obtenção, pelo credor de título executivo judicial, acobertado a seu devido tempo pela autoridade da coisa julgada material – tal como se daria no processo de cognição plena no caso de revelia do réu.

Outros, ao reverso, preconizam um tratamento diferenciado para os embargos à execução, dependendo das circunstâncias que cercaram a obtenção do título: ficam restritos às matérias do art. 741, se existir sentença de rejeição dos embargos ao mandado; não tendo sido estes opostos pelo réu, aqueles poderão veicular toda e qualquer matéria de defesa (art. 745).

A discussão, como se vê, praticamente se cinge ao âmbito dos embargos opostos pelo executado que não tenha anteriormente se valido, por qualquer motivo, dos embargos ao mandado monitório.

Ao fazer explícita menção à convolação do mandado em título executivo judicial, o Código equiparou-o, para tal fim, a uma sentença de mérito obtida em processo de cognição plenária, e assim demarcou exatamente os limites dos futuros embargos à execução, confinando-os àquelas matérias enunciadas no art. 741, submetidas, as demais, aos efeitos da preclusão.

Imaginar o contrário seria aceitar a perpetuação do conflito e negar pertinência aos embargos ao mandado, na medida em que o réu, quando voluntária e conscientemente pela inércia, sempre poderia no futuro valer-se dos embargos à execução indicados no art. 745. Disporia, assim, de duas vias praticamente idênticas de impugnação, utilizando uma ou outra em atenção à sua exclusiva conveniência.<sup>72</sup>

Tal discussão, como dito, caiu por terra, uma vez que, pela nova sistemática, o executado somente poderá se valer da impugnação, tenha o título executivo se originado de sua inércia ou da rejeição dos embargos monitórios. Assim sendo, o rol de matérias passíveis de discussão por meio de impugnação está limitado pelo art. 475-L (a saber: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer casua impeditiva,

---

<sup>72</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Op. cit. p. 115.

modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença).

Outra questão que assume novos contornos com o advento da Lei 11.232/05 é o da possibilidade de execução provisória do mandado monitorio.

Isso se dá em razão da discussão que se traça em torno da natureza do título executivo formado no processo monitorio. Poderia ele ser comparado a uma sentença transitada em julgado?

O art. 475-I do Código de Processo Civil é expresso em prever que é definitiva a execução com base em sentença transitada em julgado e é provisória a execução quando houver pendência de julgamento de recurso sem efeito suspensivo.

Assim, para o procedimento monitorio, tal regra também é aplicável? Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei respondem afirmativamente, embora digam que o título obtido no procedimento monitorio é distinto de uma sentença transitada em julgado:

Realmente, o título obtido no ventre do procedimento monitorio não pode ser equiparado, friamente, a uma sentença transitada em julgado, pois, no particular, a constituição do título executivo se inicia com a decisão positiva que recebe a demanda e determina a expedição do mandado monitorio, aperfeiçoando-se com a conversão deste em mandado executivo, seja pela não-apresentação de defesa por parte do devedor (*embargos*), ou mesmo a sua rejeição. Daí que, com o devido respeito, afigura-se atécnico se afirmar que no procedimento monitorio o título executivo será representado por *sentença*.

(...)

Verificou-se, assim, deslize no legislador na arquitetura do § 1º do art. 475-I e do art. 475I e 475-L que, todavia, não pode servir de óbice para a aplicação das inserções do livro I, Título VIII, Capítulo X, ditados pela Lei nº 11.232/05, devendo ser utilizada a técnica da interpretação corretiva dos aludidos dispositivos para incluir o título obtido no bojo da ação monitoria. Assim, porquanto, em essência, ainda que com particularidades agudas, deve ser o procedimento monitorio visto como resultado numa sentença *condenatória*.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit. p. 286

Porém, muito embora referidos doutrinadores não neguem a aplicação do art. 475-I do Código de Processo Civil na ação monitória, eles levantam a questão de ser a apelação realmente o recurso cabível para atacar a decisão que rejeita os embargos monitórios.

Isso porque, embora reconheçam se tratar de uma questão pacificada (o cabimento da apelação), eles discutem se seria realmente este recurso que deveria atacar uma decisão que tem caráter incidental:

Pelo óbice do art. 520, a discussão que merece ser avivada está na adequação da apelação para atacar decisão que, *a priori*, tem natureza incidental. Com efeito, leitura cuidadosa do art. 1.102-C (redação nova e antiga) demonstra ser perfeitamente possível identificar na decisão que afasta os embargos monitórios um *caráter incidental*, pois a defesa do executado impede apenas o transcurso para a formação do título executivo. Essa formação, lembre-se, inicia-se com a decisão positiva de recepção da ação e expedição do mandado injuntivo, com o aperfeiçoamento na conversão deste em mandado de execução. A letra da lei é bem clara nesse sentido, pois, afastados os embargos, “constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e *prosseguindo-se* na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.” Assim, para se cogitar de execução provisória decorrente de decisão proferida em procedimento monitório, o ponto nuclear está, na nossa opinião, na compreensão da natureza jurídica do pronunciamento judicial que rejeita os embargos monitórios. Apesar de posição dominante quanto ao cabimento do recurso de apelação, não se deve, sem análise mais acurada, aceitar tal entendimento, notadamente em razão da dicção legal do art. 1.102-C e da própria estrutura procedimental especialíssima do procedimento monitório. Tal comportamento de “reserva dogmática” nos parece mais adequado aos imperativos da segurança jurídica, um dos princípios regentes da tutela jurisdicional condenatória, no caso, amplificado, já que resulta de procedimento sumário do ponto de vista horizontal e vertical.<sup>74</sup>

Tal discussão, embora de inegável interesse, não possui muita eficácia prática pois, como já se disse, é sedimentado o entendimento de que o recurso de apelação é o recurso cabível em face da sentença que julga os embargos monitórios. E, sendo a apelação recebida no duplo efeito, não há espaço para execução provisória enquanto pender este recurso, de modo que tal modalidade de

---

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit. p. 287-288

execução somente será possível na hipótese de, posteriormente, ser interposto algum outro recurso não dotado de efeito suspensivo.

No que tange à ação monitória em face da Fazenda Pública, já se viu em capítulos anteriores que, embora hajam discussões, o entendimento predominante é de que é possível mover-se ação monitória em face do ente estatal.

Porém, com o advento da Lei 11.232/05, como fica a execução em face da Fazenda Pública na ação monitória?

Isso porque referida lei expressamente dispôs que a execução do título monitório se dará de acordo com as regras de Cumprimento de Sentença. Por outro lado, porém, o Código de Processo Civil traz regras específicas da execução em face da Fazenda Pública.

Assim, a dúvida que persiste é se é possível fazer-se uma interpretação mais ampla da regra contida no art. 1.102-c e seu parágrafo 3º no sentido de que, na ação monitória movida contra a Fazenda Pública, o prosseguimento da execução se dará na forma do art. 741 do Código de Processo Civil (que trata da execução contra a Fazenda Pública) e não por meio da sistemática de cumprimento de sentença.

Valemo-nos, novamente, das palavras de Herman Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei, que elucidam com muita propriedade ser possível uma interpretação nesse sentido da regra insculpida no art. 1.102-c e § 3º:

Assim, em decorrência da alteração do art. 1.102-C, pode-se pensar que o manejo da ação monitória contra a Fazenda Pública estaria absolutamente descartado. No entanto, não é correto, a nosso sentir, raciocínio desse corte. Apesar de o procedimento monitório não obedecer mais ao gabarito do Livro II, Título II, Capítulo II e IV, é perfeitamente possível serem interpretadas as nuances da Lei nº 11.232/05. Assim, com base na posição que defende a possibilidade de ajuizamento da demanda com procedimento monitório contra a Fazenda Pública, em uma interpretação concretizadora e unificadora do sistema, mostra-se possível fixar os regramentos que deverão ser observados frente às exigências constitucionais (v.g., duração razoável do processo, art. 5º, LXXXVIII, da CF/88).

Com efeito, não deverá ser aplicado contra a Fazenda Pública o disposto no art. 475-L, mas sim o novel art. 741 do Código de Processo Civil, de modo que a defesa por parte da executada singular receberá idêntico tratamento à execução de título judicial (...).

Nessas condições, afastando-se do regramento geral de defesa do executado (impugnação – art. 475-L), com o prestígio ao microsistema processual próprio do Poder Público, e com agasalho ao art. 741 do Código de Processo Civil, a alteração levada a tona não é suficiente, por si só, para impedir o emprego do procedimento monitorio nas demandas contra a Fazenda Pública.<sup>75</sup>

No mais, a fase executiva da ação monitoria deve seguir todos os novos regramentos introduzidos pela lei 11.232/05.

Como visto acima, na ação monitoria nunca foi necessária uma nova citação para que se desse início à fase executiva, uma vez que com a constituição, “de pleno direito” do título executivo, bastava a intimação do devedor para que se iniciasse a fase de execução.

Nesse ponto, merece destaque uma questão muito discutida acerca das novas regras de cumprimento de sentença, que diz respeito ao início do prazo para cumprimento. Como a lei silenciou, alguns entendem que o prazo se inicia automaticamente após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, sendo desnecessária nova intimação do devedor, que teria a obrigação de cumprir voluntariamente a condenação que lhe foi imposta (salvo, evidentemente, em casos onde há a necessidade de liquidação da sentença por parte do credor). Há quem entenda que, não tendo o recurso cabível efeito suspensivo, o prazo para pagamento se inicia imediatamente após a intimação da sentença. Esse é o entendimento, por exemplo, de José Roberto dos Santos Bedaque:

Assim, se a sentença condena em quantia certa, a multa incide imediatamente após a intimação, se o recurso cabível não tiver efeito suspensivo. Caso contrário, como a atribuição desse efeito implica suspensão da eficácia da sentença, a fixação da multa também permanece ineficaz. Julgado o recurso e mantida a decisão, a

---

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Op. cit. p. 290

quantia será exigível de plano, sendo desnecessária intimação para este fim específico (art. 475-B). O não cumprimento em quinze dias importa aplicação da multa. A sanção subsiste mesmo se o devedor realizar espontaneamente o pagamento após o término do prazo.<sup>76</sup>

Outros, porém, entendem ser necessária a intimação do devedor para cumprir a sentença ou acórdão, sendo que o prazo de quinze dias se iniciaria dessa intimação.

Na ação monitória, contudo, já há a previsão expressa no § 3º do art. 1.102-c no sentido de que, sendo rejeitados os embargos monitórios, haverá a conversão de pleno direito do título executivo e, com a **intimação** do devedor, prosseguir-se-á na fase executiva.

Assim, o prazo para cumprimento do título executivo, na ação monitória, se dará a partir da intimação prevista no art. 1.102-c do Código de Processo Civil.

Porém, antes do advento da lei 11.232/05, esta intimação deveria ser pessoal, ao passo que, agora, é possível a intimação na pessoa do patrono do devedor (caso ele possua advogado constituído nos autos):

Na disciplina anterior ao início de vigência da Lei 11.232.2005, mesmo se tratando de uma intimação, e ainda que o devedor tivesse procurador constituído nos autos, este ato de comunicação (abrindo oportunidade para pagamento ou nomeação de bens) seria efetivado na pessoa da parte – e não na de seu patrono. Pagar, garantir o juízo ou permanecer inerte, deixando que de ofício se afetem bens de seu patrimônio, são condutas que incumbem diretamente ao litigante, e não a seu advogado. Nessas hipóteses, como regra geral (i. e., desde que não haja regra expressa em sentido oposto) a parte é a destinatária da intimação.

Mas, por expressa previsão da Lei 11.232/2005, essa diretriz está alterada. Por um lado, como foi dito, já não há mais na execução do título judicial (cumprimento) uma intimação para o devedor pagar ou nomear bens. Por outro, a própria intimação da penhora, também conforme a Lei 11.232/2005, poderá fazer-se na pessoa do advogado do devedor, inclusive mediante publicação no órgão oficial de imprensa (art. 475-J, § 1º).<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória in Revista do Advogado n° 85*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, maio de 2006. p. 73

<sup>77</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Op. cit. p.274.

Cumprir destacar, porém, que tal entendimento encontra opositores de peso que entendem ser necessária a intimação pessoal do devedor para cumprir a obrigação que lhe foi imposta. É o caso de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier:

No sistema jurídico processual, há intimações de que devem ser dirigidas às partes, e intimações que devem ser dirigidas aos advogados. Para tanto, são observados os seguintes critérios, em regra: (a) para a prática de atos processuais que dependem de capacidade postulatória (CPC, art. 36), a intimação deve ser dirigida ao advogado; (b) para a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação e que dizem respeito ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente.

(...)

O cumprimento da obrigação não é ato cuja realização dependa de advogado, *mas é ato da parte*. Ou seja, o ato de cumprimento ou descumprimento do dever jurídico é algo que somente será exigido da parte, e não de seu advogado, salvo se houver exceção expressa a respeito, o que inexistente no art. 475-J, *caput*, do CPC.<sup>78</sup>

Tal entendimento, embora se mostre lúcido e coerente, não é o que vem predominando, de modo que, atualmente, entende-se que basta a intimação pessoal do advogado do devedor para que se inicie a fase executiva da ação monitória.

---

<sup>78</sup> CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Temas atuais da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 361-362.

## 6 CONCLUSÃO

A lei 11.232/05 trouxe ao nosso ordenamento jurídico não só novas regras acerca da execução, mas uma nova perspectiva que deve ser observada tanto para aquele que possui o crédito quanto para o que deve.

Com isso, ganha importância a ação monitória que, desde o seu surgimento em 1995, procurou facilitar o acesso do credor ao seu crédito.

Um exemplo disso é que a ação monitória já previa que, rejeitados os embargos monitórios, constituir-se-á de pleno direito o título executivo, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na execução.

Ou seja, a ação monitória, bem antes do advento da lei 11.232.05, já previa a execução como uma fase do processo monitório, e não como uma nova ação, pois bastava a intimação (e não citação) do devedor para que a execução se iniciasse.

Assim, é inegável a importância do instituto aqui estudado, vez que corrobora com a nova mentalidade que o operador do direito deve ter acerca da efetiva satisfação do crédito daquele que o possui.

Isso, contudo, não deixa de lado os variados questionamentos que a lei 11.232/05 trouxe ao nosso ordenamento jurídico e que acrescentou novas polêmicas para a ação monitória.

É inegável que a nova sistemática de cumprimento de sentença trouxe muitas dúvidas ao intérprete, dúvidas estas que poderiam ter sido sanadas pelo legislador, mas que, diante de sua omissão em determinados pontos, fizeram com que variados entendimentos se formassem acerca de questões que, em tese, seria simples (como o início do prazo para cumprimento, por exemplo).

Porém, é igualmente inegável que a nova lei trouxe uma maior celeridade e efetividade à execução, o que é louvável.

Assim, devemos aplicar estes novos institutos à ação monitória, moldando-o às peculiaridades do referido procedimento, mas sempre com o intuito de se prestigiar a intenção inicial do legislador ao editar a lei 9.079/95, ou seja, facilitar o acesso do credor ao título executivo.

**BIBLIOGRAFIA**

ALVIM, J. E. Carreira. *Processo monitorio*. 6ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol.III. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Temas atuais da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao código de processo civil*. Vol.14. São Paulo: RT, 2000.

GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 3ºVol. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIRES, José Paulo Leal Ferreira. *Títulos de crédito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Revista do Advogado AASP nº 85. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, maio de 2006.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol.III. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso avançado de processo civil*. Vol.3. 9ª ed. São Paulo: RT, 2008.