

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Sumário:

1. Teoria geral dos procedimentos especiais

- 1.1. Processo e procedimento
- 1.2. Aplicação das regras do procedimento comum
- 1.3. Princípio da adequação procedimental
- 1.4. Procedimentos especiais fungíveis e infungíveis do processo de conhecimento
- 1.5. Tipicidade dos procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental

2. Ação de exigir contas

- 2.1 Aspectos gerais
- 2.2. Dever de prestar contas
- 2.3 Natureza
- 2.4 Legitimidade ativa
- 2.5 Legitimidade passiva
- 2.6 Competência
- 2.7 Procedimento

3. Ações possessórias ou interditos possessórios

- 3.1 Distinções iniciais
- 3.2 Ações possessórias de rito especial (arts. 554 e seguintes)
 - 3.2.1 Quadro geral
 - 3.2.2 Fungibilidade entre as ações possessórias (art. 554 do CPC)
 - 3.2.3 As ações possessórias são exemplos de ação dúplice?
 - 3.2.4 Objeto das ações possessórias de um modo geral
 - 3.2.5 Competência
 - 3.2.6 Legitimidade
 - 3.2.7. Exceção de domínio
 - 3.2.8 Posse nova e posse velha
 - 3.2.9 Cumulação de pedidos na petição inicial
 - 3.2.10 Medida liminar antecipatória → Tutela de evidência
 - 3.2.11 Defesa do réu
 - 3.2.12 Regra especial nos litígios coletivos imobiliários

4. Embargos de terceiro

- 4.1 Conceito
- 4.2 Cabimento de embargos de terceiro
- 4.3 Competência e natureza dos embargos de terceiro
- 4.4 Legitimidade
 - 4.4.1 Legitimidade ativa
 - 4.4.2 Legitimidade passiva
- 4.5 Prazo e procedimento
- 4.6 Procedimento
 - 4.6.1 Petição inicial
 - 4.6.2 Liminar em tutela de evidência
 - 4.6.3 Contestação

5. Ação monitória

- 5.1. Introdução
- 5.2. Origem
- 5.3. Classificação dos processos monitórios
- 5.4 Natureza jurídica da ação monitória
- 5.5. Pressupostos da monitória
- 5.6 Procedimento monitório
 - 5.6.1 Petição inicial (art. 700, §2º)
 - 5.5.1 Prova escrita
 - 5.5.2 Ausência de eficácia de título executivo
 - 5.6.2 Recebimento da monitória
 - 5.6.3 Citação do réu
 - 5.6.4 Resposta do réu (arts. 701 e 702)
 - 5.6.5 Embargos ao mandado monitório
- 5.7 Sentença
- 5.8 Questões processuais finais
 - 5.8.1 Monitória e Fazenda Pública
 - 5.8.2 Monitória e incapazes

5.8.3	Monitória nos juizados especiais
5.8.4	Execução da monitória e impugnação ao cumprimento de sentença
5.8.5	Súmula 384 do STJ

1. Teoria geral dos procedimentos especiais

Bibliografia recomendada: Daniel Assumpção (Vol. Único); Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Vol. III.

1.1. Processo e procedimento

De acordo com a teoria dominante no Brasil, o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição; o autor, o direito de ação; e o réu, o direito de defesa.

No sistema brasileiro, na esteira de quase todos os países do mundo, **só existem 3 formas de tutela processual, que tradicionalmente eram divididas em “processos”:**

- Processo de **conhecimento** → Essência eminentemente declarativa;
- Processo de **execução** → Índole/finalidade eminentemente satisfativa;
- Processo **cautelar** → Serve para garantir a efetividade/eficácia do processo de conhecimento ou execução.

Obs.: conforme ensina a doutrina majoritária, a ação monitória não é um quarto tipo de processo (trata-se de processo de conhecimento).

De acordo com o art. 22, I da CF, a **competência para legislar sobre estes temas é privativa da União**. Essa ideia vem desde a Constituição de 1934 (a de 1891 permitia a criação de Códigos de Processo estaduais).

Veja: só a União pode legislar sobre competência, pressupostos processuais, deveres/poderes das partes e procuradores, criação de recursos, enfim, sobre tudo que envolva a relação jurídica processual.

O **procedimento**, por sua vez, é a forma como os atos processuais se combinam no tempo e no espaço. No **processo de conhecimento**, os procedimentos podem ser:

- **Comum** → Art. 318 e seguintes, NCPC, Título I;
- **Especiais** → Art. 539 e seguintes, NCPC, Título III.

A **tutela executiva** também pode ser assim dividido nos seguintes procedimentos:

- **Comuns** → Por quantia; se fazer e não fazer; de entrega.
- **Especiais** → Execução contra a Fazenda Pública; alimentos; execução fiscal etc.

As **tutelas cautelares** também seguiam a mesma linha no CPC-73, tendo, todavia, sido extinto o livro do Processo Cautelar, que passou a ser organizado no instituto da Tutela Provisória, sem previsão de procedimentos específicos de cautelares típicas.

A **competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual, segundo dispõe o art. 24, XI da CF, é concorrente da União e Estados**. Neste ponto, a União legisla sobre normas gerais, enquanto os Estados legislam sobre normas específicas. Isso ocorre em razão das proporções continentais do Brasil, o que faz com que cada região possua realidade distinta, justificando a criação de regras procedimentais.

Para parte da doutrina, é possível, p. ex., que um Estado-membro, em razão de suas particularidades, altere o prazo para contestar para 30 dias, de acordo com as particularidades locais, pois isso seria norma de procedimento.

1.2. Aplicação das regras do procedimento comum

Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especiais as regras do procedimento comum ordinário. Isso está no art. 318, parágrafo único do CPC:

Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

1.3. Princípio da adequação procedimental

Esse princípio compõe a teoria geral do processo, informando que o legislador é obrigado a, fugindo da ordinariedade, criar procedimentos próprios e específicos para tutelar adequadamente a diversidade das pretensões, adequando os ritos (o instrumental) às particularidades da causa. Os procedimentos especiais, ao menos em tese, são construídos à luz do princípio da adequação.

- Em vista da **importância do bem tutelado** o legislador criou, p. ex., o procedimento de **alimentos** e o procedimento especial para a defesa da posse;
- Para **tutelar o interesse público** foi criado, v.g., o procedimento da **desapropriação**;
- Em **razão do valor da causa**, foi criado o **procedimento dos juizados especiais**;
- Em razão da absoluta **incompatibilidade lógica** com o procedimento ordinário, foi criado o **procedimento especial do inventário**, bem como a ação de demarcação e divisão de terras.

A jurisprudência (assim como a doutrina – **GALENO LACERDA**) tem definido que o processo deve ser adequado de acordo com **três critérios de adequação**:

- i. **Adequação Objetiva** → O processo tem que ser adequado ao **DIREITO MATERIAL** (seu objeto), às necessidades do direito material que será por ele tutelado, pois diferentes tipos de direitos materiais exigem tratamento diferenciado.
- ii. **Adequação Subjetiva** → o processo tem que ser adequado aos **SUJEITOS** que vão participar dele. Não se pode conferir tratamentos iguais a idosos e não idosos, incapazes e capazes, particulares e poder público. Ex.: intervenção obrigatória do MP; diferenciação de regras de competência; prazos especiais.
- iii. **Adequação Teleológica** → O processo tem que ser adequado às suas **FINALIDADES**, aos seus propósitos.

Obs.1: Quem dever realizar a adequação do processo?

- i. Primeiramente, cabe ao **LEGISLADOR** proceder à **adequação legislativa** do processo, criando normas processuais que observem as regras de adequação. **FREDIE DIDIER JR.** chama isso de **DIMENSÃO LEGISLATIVA**.
- ii. Topicamente, na análise do caso concreto, cabe ao **MAGISTRADO** realizar a **adequação jurisdicional** da norma processual, para concretização do princípio

fundamental discutido (**DIMENSÃO JURISDICIONAL**). Ex.: o *art. 139, VI, do NCPC admite expressamente que o juiz dilate os prazos processuais e altere a ordem de produção das provas, de acordo com as peculiaridades do caso.*

- iii. Por fim, as próprias **PARTES** podem adaptar o procedimento às suas necessidades, de forma negocial (**DIMENSÃO NEGOCIAL**).

No segundo e terceiro casos, há que Didier Jr. chama de princípio da **adaptabilidade**/elasticidade judicial

Obs.2: qual o fundamento constitucional do princípio da adequação? Para **DIDIER JR.**, é o princípio da **inafastabilidade** e o **princípio do devido processo legal**. Para **MARINONI**, isso decorre do princípio da **efetividade**.

1.4. Procedimentos especiais fungíveis e infungíveis do processo de conhecimento

Pergunta-se: é possível renunciar o procedimento especial, para que a ação seja processada de acordo com o procedimento ordinário? Regra geral, SIM.

De acordo com o regime doutrinário vigente, entende-se que a grande maioria dos procedimentos do CPC é **fungível**. Consequentemente, não há mais espaço, no neoprocessualismo, para antiga afirmação de que o procedimento foi criado a bem do interesse público e que, por isso, a parte não poderia escolher o procedimento.

Excepcionalmente, não será possível renunciar ao procedimento especial, caso em que será obrigatório. Isso ocorre quando o procedimento especial é infungível, mais especificamente nas hipóteses em que há incompatibilidade lógica com o procedimento ordinário. Exemplo: **inventário**.

1.5. Tipicidade dos procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental

Apesar do esforço do legislador, inevitavelmente as relações jurídicas são tão complexas que, eventualmente, surge situação jurídica nova, para a qual o legislador não criou procedimento especial. A questão é saber se o juiz poderia flexibilizar o procedimento para tutelar a situação diferenciada.

A **regra do sistema judicial brasileiro sempre foi a da rigidez procedimental**, isto é, por questões de **segurança e previsibilidade**, o procedimento processual só pode ser criado ou alterado por lei (federal ou estadual), de modo que não seria lícito ao juiz surpreender as partes com inovações no rito.

Todavia, mais modernamente, tem sido sustentado que, **não havendo procedimento legal adequado para a tutela do direito ou da parte, compete ao juiz providenciar esta operação para compatibilizar o procedimento às garantias constitucionais do processo, promovendo flexibilização procedimental.**

A doutrina estrangeira chama essa flexibilização de **princípio da adaptabilidade ou da elasticidade**, visto acima. Existem **3 condições** principais para o uso do princípio da adaptabilidade:

- **1ª** – Regime de **exceção** → O seu uso só é possível se houver particularidade justificadora;
- **2ª** – Observância do **princípio do contraditório** → As partes têm de ser previamente avisadas;

- **3ª – Observância e não-afastamento das regras do processo constitucional →**
Não se pode, sob o fundamento de flexibilizar, prejudicar garantias constitucionais. Somente é permitida a potencialização das garantias.

2. Ação de exigir contas

Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1o Na petição inicial, o autor especificará, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem.

§ 2o Prestadas as contas, o autor terá 15 (quinze) dias para se manifestar, prosseguindo-se o processo na forma do Capítulo X do Título I deste Livro.

§ 3o A impugnação das contas apresentadas pelo réu deverá ser fundamentada e específica, com referência expressa ao lançamento questionado.

§ 4o Se o réu não contestar o pedido, observar-se-á o disposto no art. 355.

§ 5o A decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar

§ 6o Se o réu apresentar as contas no prazo previsto no § 5o, seguir-se-á o procedimento do § 2o, caso contrário, o autor apresentá-las-á no prazo de 15 (quinze) dias, podendo o juiz determinar a realização de exame pericial, se necessário.

Art. 551. As contas do réu serão apresentadas na forma adequada, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver.

§ 1o Havendo impugnação específica e fundamentada pelo autor, o juiz estabelecerá prazo razoável para que o réu apresente os documentos justificativos dos lançamentos individualmente impugnados.

§ 2o As contas do autor, para os fins do art. 550, § 5o, serão apresentadas na forma adequada, já instruídas com os documentos justificativos, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver, bem como o respectivo saldo.

Art. 552. A sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial.

Art. 553. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de qualquer outro administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado.

Parágrafo único. Se qualquer dos referidos no caput for condenado a pagar o saldo e não o fizer no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda, glosar o prêmio ou a gratificação a que teria direito e determinar as medidas executivas necessárias à recomposição do prejuízo.

2.1 Aspectos gerais

O CPC-73 previa, dentre os procedimentos especiais, o da **ação de prestar contas**, que poderia ser ajuizada **tanto por quem tinha o direito de exigir contas** quanto por **quem tinha o dever de prestar**. O NCPC limitou isso, prevendo a **ação exigir contas**, com legitimidade de quem tem seus bens administrados.

O **pressuposto** aqui é que haja a **administração de bens, valores ou interesses de alguém por outra pessoa**. Nessa situação, **aquele que administra o que não é seu tem o dever de prestar contas**.

2.2. Dever de prestar contas

O dever de prestar contas surge toda vez que alguém responde pela **administração de bens ou direitos alheios**. Esse dever pode ter duas origens:

- i. **Legal** → É o dever que surge da lei. Ex.: o art. 1.755 do CC (cuida da **tutela**); art. 1774 (cuida da **curatela**); a **Lei de Falências** – L. 11.101/05 - estabelece que o administrador dos bens da massa tem o dever de apresentar relatório.
- ii. **Contratual** → É possível que o dever de prestar contas surja de um pacto, de uma convenção. Ex.: contrato de **mandato** (art. 668, CC); o **condômino** que administra os bens dos demais também tem o dever de prestar contas; **contrato de depósito** (art. 627, CC). Cf., a respeito, a Súmula 259 do STJ:

STJ Súmula nº 259 - A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária.

A relação jurídica de administração de bens, coisas e valores é **uma relação jurídica de direito material complexa, que gera operações de crédito e débito**. A ação de exigir contas é voltada para o **acertamento econômico definitivo entre as partes que compõem essa relação jurídica de direito material**.

Obs.1: para o STJ, **não há interesse de agir na ação de exigir contas de contrato de mútuo e financiamento, porque a obrigação do mutuante cessa com a entrega da coisa, não havendo administração ou gestão de bens alheios**, mas apenas um **empréstimo** (STJ, REsp 1.293.558-PR).

Obs.2: o objeto da ação é restrito, não se admitindo, por exemplo, a **cumulação de pedido de prestação de contas com revisão de cláusula**. Não se discutem cláusulas (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 663.830/PR).

2.3 Natureza

A ação de prestação de contas é uma **ação dúplice**. Entende-se por ação dúplice, no sentido material, aquela em que ambas as partes podem ser condenadas e o autor, inclusive, **sem pedido do réu, isto é, sem reconvenção**.

Cuida-se, portanto, de uma ação que também tem natureza condenatória, condenando o devedor ao pagamento do saldo. A petição inicial conta com dois pedidos:

- a) Pedido de **condenação à prestação de OBRIGAÇÃO DE FAZER** → Prestar contas;
- b) Pedido de condenação à prestação de obrigação de **PAGAR** → **Saldo residual** (o pedido aqui é genérico, pois ainda não se sabe o valor);

Obs.: por ser dúplice a ação, **pode ser que o próprio autor seja condenado ao pagamento do saldo residual**.

2.4 Legitimidade ativa

A legitimidade é de **quem afirmar que teve seus bens, valores ou interesses administrados (art. 550):**

Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

Assim, o autor deve comprar, na inicial, que: a) o réu tem o dever de prestar contas; b) o réu se recusou a prestar contas extrajudicialmente. Se isso não for feito, o processo será extinto, por ausência de interesse de agir.

Obs.1: em alguns casos, como o do tutor e do curador, a lei exige a prestação de contas em juízo, situação em que o interesse de agir é presumido.

Obs.2: para o STJ, **os sócios que não administram a sociedade possuem legitimidade para propor a ação contra o sócio gerente** (AgRg no Ag 731.687/RS, 2011). Contudo, **uma vez aprovadas as contas pelo órgão interno da sociedade, a ação não pode ser admitida** (AgRg no AREsp 181.670/SP, 2013). A mesma situação se aplica às cooperativas, segundo o STJ.

2.5 Legitimidade passiva

É de quem tem o **dever de prestar contas.**

2.6 Competência

REGRA. Nos termos do art. 53, IV, “b”, do NCPC, o foro competente é o **do lugar do ato ou fato para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios.** A competência territorial é **relativa**, podendo ser prorrogada ou objeto de foro de eleição.

EXCEÇÃO. Nos termos do **art. 553** do NCPC, a competência será **absoluta/funcional** do juízo que tiver nomeado o administrador, nos casos das contas do **inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de qualquer outro administrador** nomeado judicialmente. Essas contas serão prestadas **em apenso aos autos do processo onde foi nomeado:**

Art. 553. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de qualquer outro administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado.

Parágrafo único. Se qualquer dos referidos no caput for condenado a pagar o saldo e não o fizer no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda, glosar o prêmio ou a gratificação a que teria direito e determinar as medidas executivas necessárias à recomposição do prejuízo.

Obs.: para o STJ, **a ação de exigir contas movida pelo cliente contra advogado é da competência da Justiça Estadual (STJ CC 75.617/SP, DJ 2007).**

2.7 Procedimento

O procedimento segue a seguinte sequência:

- i. O autor apresenta a petição inicial e o **réu é citado para responder no prazo de 15 dias;**
- ii. Abrem-se então **duas fases, cada uma decidida por uma sentença (duas sentenças, pois):**
 - a. **PRIMEIRA FASE** → Serve para **discutir o dever de prestar contas.** O réu pode
 - **Prestar as contas e não contestar (art. 551)** → Cuida-se de **reconhecimento jurídico do pedido.** Prestadas as contas, **passa-se diretamente à 2ª fase, sem a necessidade de que a 1ª fase seja**

extinta por sentença condenatória da obrigação de prestar contas. O autor é intimado para se manifestar em 15 dias.

- **Prestar contas e contestar** → Essa contestação não diz respeito ao dever de prestar contas, mas ao seu conteúdo. A discussão fica em torno da abrangência das contas (ex.: o administrado exige contas de período superior ao que o administrador estava na efetiva administração do bem). Passa-se à segunda fase.
- **Negar o dever prestar contas e contestar** (art. 487, I) → O administrado irá discutir o dever de prestar contas. Após verificar se há ou não o dever de prestar contas, o juiz proferirá uma sentença (1).
- **Não fazer nada** → Neste caso, o juiz proferirá uma sentença (1), que vai apurar se o indivíduo tem o dever de prestar as contas ou não.

Assim, ao final dessa fase, o juiz profere uma primeira sentença (1), com sucumbência (1), que pode ser de improcedência (negar o dever de prestar contas) ou de procedência (ordenando a prestação de contas, no prazo de 15 dias - §5º -, sob pena de não poder impugnar as contas que o autor apresentar). Contra essa sentença, cabe **apelação, no duplo efeito**.

b. SEGUNDA FASE → Tem por objetivo apurar as contas prestadas, somente ocorrendo se, na primeira fase, o pedido for julgado procedente.

- **Se o réu apresentar as contas em 15 dias** → Abre-se prazo de 15 dias para o autor impugná-las e, posteriormente, o juiz decide (sentença 2). Pode haver produção de prova pericial aqui;
- **Se o réu não apresentar as contas** → O autor terá 15 dias para apresentar as contas. Em tal caso, o réu não poderá impugnar as contas apresentadas pelo autor.

CUIDADO: Ainda que o réu não possa impugnar as contas apresentadas pelo autor, **o juiz não está adstrito às contas apresentadas por este, podendo determinar perícia contábil de ofício, em razão do previsto** (STJ, AgR no Ag 718.903/RS).

Ao final, o juiz profere **sentença (2)**, verificando se as contas estão boas ou más. Poderá o juiz declarar: **saldo devedor; saldo credor; ou quitação da dívida**. Essa sentença constituirá título executivo para executar o devedor (autor ou réu).

Dessa sentença, cabe **apelação (2)**, havendo **sucumbência (2)**. Vale ressaltar que a sucumbência depende da conduta das partes, devendo ser analisada a sua resistência.

Obs.: a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em ação de prestação de contas é tratada na **Súmula 477 do STJ**: **“A decadência do artigo 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários”**.

3. Ações possessórias ou interditos possessórios

3.1 Distinções iniciais

I. Institutos

Inicialmente, convém diferenciar 3 institutos, que estão diretamente ligados ao estudo dos direitos reais: propriedade, posse e detenção.

- a) **Propriedade** → O conceito de propriedade tem previsão no art. 1.228 do CC: cuida-se de um **direito (título)**. Da propriedade extraem-se as faculdades de **usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa**.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de **usar, gozar e dispor** da coisa, e o direito de **reavê-la** do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

- b) **Posse** → O art. 1.116 do CC cuida da posse. **Diferentemente da propriedade, que é um direito, a doutrina especializada vê (com várias críticas) a posse como um fato: é o exercício, de fato, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade.**

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Na tentativa de explicar a posse, existem duas principais teorias:

- i. **Subjetiva (Savigny)** → Divide a posse em dois elementos: **corpus (poder de fato sobre a coisa) e animus** (vontade de se comportar como se dono fosse).
 - ii. **Objetiva (Ihering)** → **Coloca como único elemento revelador da posse o corpus**. Para Ihering, o que determina a posse é a visibilidade do domínio, advinda da destinação econômica da coisa. **Graças a esta teoria, o locatário é possuidor.**
- c) **Detenção** → O conceito de detenção está no art. 1.198 do CC: **cuida-se daquele que exerce a posse em nome alheio. Ex.: caseiro, empregada doméstica, depositário.**

Com a teoria subjetiva, Savigny tentava provar que detentor não é possuir, por faltar-lhe o *animus*. Rebatendo essa ideia, dizia Ihering, com a teoria objetiva, que o que define o que é posse e o que é detenção é a lei (elemento externo à situação de fato).

II. Defesas

- a) **Defesas da propriedade** → O exercício do direito de defesa, na propriedade, é feito por aquilo que chamamos de ***ius possiendi***, que significa **direito de possuir**, cujo fundamento é o domínio. Toda vez que uma ação tiver fundamento (causa de pedir) no domínio, esta ação será **petitória**.

Atente: o que diferencia uma ação petitória não é o pedido (este pode ser qualquer um, inclusive a posse). **A definição da ação petitória leva em consideração a causa de pedir, que é sempre a propriedade.** Vejamos uma lista:

- i. **Ação *ex empto*** → Tem por objeto o pedido da parte faltante da coisa, na venda *ad mensuram*. Essa parte faltante foi comprada (propriedade), mas não passada;
- ii. **Ação *confessória*** → Objetiva o reconhecimento de uma servidão, sendo proposta pelo proprietário do prédio dominante;
- iii. **Ação *demarcatória*** → É utilizada pelo proprietário, que objetiva avientar marcas, confrontações;
- iv. **Ação *demolitória*** → Tem por objetivo destruir algo que viola o direito de vizinhança ou posturas municipais;
- v. **Ação de imissão de posse** → É a ação do **proprietário que nunca teve a posse**, a fim de obtê-la. É preciso ter muito cuidado pra não confundir essa ação com as ações possessórias.

No que concerne a esta ação, atente aos arts. 1.206 e 1.207 do CC, que tratam da transferência jurídica da posse, casos em que é cabível ação possessória.

Art. 1.206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.

Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

E mais: geralmente, os contratos de compra e venda de um imóvel contêm cláusula do *constituto possessório*. Nestes casos, também há a transferência jurídica da posse da coisa, sendo cabível ação possessória (e não petítória).

Em geral, a ação de imissão de posse é utilizada nos contratos verbais, em que não há, em regra, a transferência jurídica da posse.

- vi. **Ação reivindicatória** → É a ação do proprietário (que tinha a posse e perdeu), para o reconhecimento da propriedade e restituição da coisa;
- vii. **Ação publiciana** → É a ação de usucapião de quem já não tem mais a posse e pretende recuperá-la. Tem fundamento a **propriedade adquirida por usucapião, mas não declarada em sentença**;
- viii. **Usucapião** → A causa de pedir da usucapião é o preenchimento dos requisitos legais que consolidam a propriedade.

b) **Defesas da posse** → A defesa da posse pode ser feita de duas maneiras distintas:

- i. **Autotutela** → Tem previsão no art. 1.210, §1º do CC, consistente no desforço incontinenti/imediato. Dois são os seus requisitos: **a) ato imediato; b) força moderada**. Muita atenção: essa faculdade pode ser utilizada, inclusive, contra o proprietário.

Art. 1.210. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

- ii. **Ações possessórias ou interditos possessórios** → São as ações que tutelam o *ius possessionis*, que significa o **direito de preservar a situação fática**, com a retomada dos poderes de fato sobre a coisa. Nestas ações, tanto o pedido quanto a causa de pedir são a **posse**. No Brasil, só existem três ações possessórias: a) reintegração de posse; b) manutenção de posse e; c) interdito proibitório.

Ações petítórias	Ações possessórias
Fundadas no <i>ius possidendi</i>	Fundada no <i>ius possessionis</i>
Causa de pedir = propriedade	Causa de pedir e pedido = posse.

c) **Defesas da detenção** → De acordo com a doutrina dominante (isso é controvertido), **o detentor só pode se utilizar da autotutela do art. 1.210, §1º do CC**.

3.2 Ações possessórias de rito especial (arts. 554 e seguintes)

As ações possessórias buscam tutelar o possuidor **contra fato que ofenda sua posse**.

3.2.1 Quadro geral

Esbulho	Turbação	Ameaça
---------	----------	--------

<p>Toda vez que houver esbulho (privação), a medida a ser eleita será a reintegração de posse.</p>	<p>Toda vez que houver turbação (incômodo), a medida a ser eleita será a manutenção de posse.</p> <p>Para alguns, a turbação é um esbulho parcial.</p> <p>Há um prejuízo ao exercício da posse (criam-se dificuldades concretas para o exercício pleno da posse)</p>	<p>Finalmente, toda vez que houver ameaça (fato ainda não consumado), a medida será o interdito proibitório, que integra o rol das ações preventivas (ou inibitórias).</p>
--	---	---

3.2.2 Fungibilidade entre as ações possessórias (art. 554 do CPC)

Nas ações possessórias, como a mudança da situação fática é repentina, o CPC permite que o juiz conceda uma medida no lugar da outra, havendo fungibilidade. Por conta disso, perde relevo a discussão sobre se a turbação é um esbulho parcial.

Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1o No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

A fungibilidade tem 3 fundamentos:

- Independentemente da ação formulada, **sua função é sempre a mesma, qual seja, a proteção possessória**.
- Há fácil modificação fática, que pode transformar a ameaça em turbação, turbação em esbulho etc.
- Dificuldade na definição dos conceitos.

Muita atenção: de acordo com a doutrina dominante, só existe fungibilidade entre possessórias. Se o indivíduo ajuíza, erradamente, uma ação petítória, quando seria cabível a possessória, não há fungibilidade.

3.2.3 As ações possessórias são exemplos de ação dúplice?

Muitos doutrinadores disseminam a lição de que as ações possessórias são **dúplices**, à luz do antigo art. 922 do CPC-73, hoje art. 556. Esse entendimento deve ser defendido em provas objetivas.

~~Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.~~

Art. 556. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Em realidade, o art. 556 cria um pedido contraposto (que o réu pode fazer na própria contestação) visando a sua proteção possessória e, ainda, eventual indenização por perdas e danos. Mas **ATENÇÃO:** é necessário que o réu formule esse pedido para que tenha proteção jurisdicional.

ARAKEN DE ASSIS, OVÍDIO BATISTA E DANIEL ASSUMPTÃO, contudo, entendem que a ação possessória não é dúplice, já que nela a obtenção do bem da vida pelo réu independe de pedido nesse sentido. Isso pode ser defendido em provas subjetivas.

Em razão dessa celeuma, alguns autores, como **ALEXANDRE CÂMARA** e **FREDIE DIDIER** criaram a seguinte distinção:

- **Ação dúplice material** – é a ação dúplice genuína, em que o réu não precisa fazer pedido para obter o bem da vida em razão da improcedência da ação formulada pelo autor. Ex.: **ações declaratórias, ação de prestação de contas.**
- **Ação dúplice processual** – é a ação que admite o pedido contraposto, na própria contestação. Ex.: ação possessória.

3.2.4 Objeto das ações possessórias de um modo geral

Podem ser objeto de ação possessórias os bens materiais (que existem no plano dos fatos, e não apenas no plano jurídico). **Cabe possessória de bem imóvel, móvel e semoventes.**

Preste atenção: os bens imateriais não são tuteláveis por ações possessórias. Exatamente por isso, o STJ editou a **Súmula 228**, com a seguinte redação: *“é inadmissível interdito proibitório para a proteção do direito autoral”*.

Registre-se que a **servidão** é um **objeto material**. Por conta disso, dispõe a **Súmula 415/STF (extremamente importante)**: *“servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”*.

3.2.5 Competência

As ações possessórias podem fundar-se em bem móvel ou imóvel.

Nas demais possessórias fundadas em **bem móvel**, segue-se o regime geral do art. 46 do CPC: **domicílio do réu**, competência relativa.

As ações possessórias fundadas em bem **imóvel**, por sua vez, são ajuizadas, de acordo com o art. 47 do CPC, no **foro de situação do imóvel**. Muita atenção: essa regra é **absoluta**, de modo que, se outro juiz que não seja o local do imóvel julgar, essa sentença é nula.

3.2.6 Legitimidade

a) **Legitimidade ativa** → Podem propor a ação possessória:

- **Possuidor direto** → O possuidor direto pode ser proprietário ou não;
- **Possuidor indireto** → Geralmente é o proprietário não possuidor. Os possuidores direto e indireto podem formar litisconsórcio facultativo.

Atente: o possuidor indireto poderá ajuizar ação possessória contra qualquer pessoa, **menos o possuidor direto**. Se fosse permitido fazê-lo, a posse viraria algo inútil/desprezível. Nesse sentido, cf. art. 557 do CPC, que trata da exceção de domínio:

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

- **Compossuidor** → O co-possuidor poderá ajuizar ação possessória contra **terceiros** (art. 1.314 do CC) ou para assegurar a **posse “pro-diviso”**.

Veja: há certos estados de indivisibilidade que são só jurídicos; a posse pro-diviso consiste na divisão de fato, dentro de um estado de indivisão de direito. Ex.: filhos que dividem, informalmente, a fazenda do pai falecido entre si (conservando o imóvel a mesma matrícula).

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.

- **Possuidor de má-fé** → O possuir de má-fé pode ajuizar ação possessória contra terceiros invasores, nunca contra o possuidor que foi turbado ou esbulhado.

Atenção: o mero detentor da coisa não tem legitimidade para ajuizar a ação.

b) Legitimidade passiva → Será réu na ação possessória o sujeito responsável pelo ato de violação ou ameaça à posse.

- **Invasor/esbulhador/turbador/autor da ameaça ou seu sucessor** → Trata-se do réu mais comum.
- **Possuidor indireto** → O possuidor indireto pode ser réu, nas ações ajuizadas pelo possuidor direto.
- **Co-possuidor** → Também pode ser réu o co-possuidor, na situação da posse “pro-diviso”.

Obs.1: merece atenção a hipótese do art. 554, §1º, que trata da situação em que há uma coletividade ré. Muitas vezes, é impossível identificar essa coletividade, ficando a ação ajuizada contra “réus incertos”.

Art. 554. § 1o No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2o Para fim da citação pessoal prevista no § 1o, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3o O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1o e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

Obs.2: quando houver cônjuge no polo passivo, deve-se aplicar o art. 73, §2º do CPC: “§ 2o Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de comosse ou de ato por ambos praticado.”. Assim, em regra, nos casos de ação possessória contra pessoa casada, não há litisconsórcio necessário entre os cônjuges. Há apenas duas hipóteses em que haverá litisconsórcio necessário: **comosse** e **atos de violação/ameaça praticados por ambos**.

Obs.3: Pergunta-se: o Poder Público pode ser réu em razão possessória? SIM.

É possível que o invasor/esbulhador/turbador/autor da ameaça, vg., seja o Poder Público. Neste caso, 3 são as medidas cabíveis contra o Poder Público:

- **Ação possessória;**
- **Mandado de segurança** → Exige-se, neste caso, prova pré-constituída da moléstia;
- **Ação de desapropriação indireta ou ação de indenização por apossamento administrativo** → Neste caso, o particular, em vez da reintegração de posse, requer o pagamento de dinheiro pelo

Poder Público. Isso por ter o Poder Público realizado uma desapropriação indireta, privando o particular do seu bem, mas sem pagar qualquer indenização.

3.2.7. Exceção de domínio

Pelo art. 557, não é possível a cumulação de pretensões petitória e possessória ao mesmo tempo. Não se pode ter, ao mesmo tempo, causa de pedir propriedade e causa de pedir posse.

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

3.2.8 Posse nova e posse velha

Na ação de reintegração ou de manutenção de posse, deve-se identificar se a ação se funda em posse velha ou nova.

Art. 558. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando a ação for proposta dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho afirmado na petição inicial.

Entende-se por **força nova** aquela em que o vício (esbulho ou turbação) aconteceu há **menos de ano e dia**. Se passar deste prazo, haverá força velha. Veja as consequências:

- Se a ação for de **força nova**, será processada pelo **procedimento especial**.
- Se a ação for de **força velha**, será processada pelo rito **comum** ou pelo rito **sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis** (desde que o valor do bem seja inferior a 40 salários mínimos), *sem perder o caráter possessório*.

A vantagem é que, **no procedimento especial**, o autor tem direito a uma **liminar antecipatória de tutela com base na evidência**, independentemente da existência de perigo:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Em ambos os casos, independentemente de haver força nova ou velha, há ações possessórias.

Qual o termo inicial desse prazo de 1 ano e 1 dia? Há várias regrinhas:

- i. **Nas hipóteses de clandestinidade** (esbulho/turbação clandestinos) → De acordo com o art. 1.224 do CC, o termo inicial é a **data da ciência, salvo negligência**;

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

- ii. **Nas hipóteses de esbulho/turbação permanentes** → Conta-se do ato inicial (ex.: indivíduo invade e permanece);
- iii. **Esbulho e turbação repetidos** → Quando o esbulho for repetido, conta-se da data do último ato (ex.: indivíduo que invade determinada propriedade semanalmente);

3.2.9 Cumulação de pedidos na petição inicial

O art. 555 traz hipóteses de cumulação que não prejudicam o rito especial, excepcionando:

Art. 555. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:

I - condenação em perdas e danos;

II - indenização dos frutos.

Parágrafo único. Pode o autor requerer, ainda, imposição de medida necessária e adequada para:

I - evitar nova turbação ou esbulho;

II - cumprir-se a tutela provisória ou final.

Assim, é possível cumular o pedido de proteção possessória com os pedidos de:

- **Perdas e danos;**
- **Indenização dos frutos;**
- **Medida executiva para evitar nova turbação/esbulho** ou para cumprir a tutela provisória ou final.

3.2.10 Medida liminar antecipatória → Tutela de evidência

Essa liminar, com essa forma/molde, só é aplicável às ações possessórias de **força nova**, ou seja, aquelas intentadas dentro de prazo de ano e dia.

A liminar em ação possessória é uma **tutela de evidência** e não uma tutela de urgência, pois o perigo do tempo (futura ineficácia do provimento jurisdicional) não é requisito para sua concessão. Para a tutela de urgência é necessário demonstrar *periculum in mora* e *fomus boni iuris*, já para a concessão da liminar em ação possessória é necessário demonstrar:

- **A posse;**
- **O ato de ameaça, turbação ou esbulho;**
- **Que o ato ocorreu a menos de 1 ano e 1 dia;**
- **A continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.**

Os requisitos da tutela de evidência devem ser demonstrados por meio da PROVA DOCUMENTAL. Diante da ausência dessa prova ou caso o juiz não esteja convencido da presença dos requisitos da liminar, há necessidade de marcar **audiência de justificação prévia**. Ela tem uma única finalidade, verificar se estão presentes os requisitos da liminar, servindo exclusivamente para a **produção de prova oral do autor**.

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Cuidado com o que o art. 562, parágrafo único do CPC, que **proíbe a concessão de liminar inaudita altera pars contra o Poder Público**. Na liminar a ser concedida contra a Administração, ela deve ser necessariamente ouvida, em prévia audiência de justificação.

O CPC estabelece, ainda, em seu art. 559, **ser lícito ao magistrado determinar que o autor preste caução. Confira-se:**

Art. 559. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de sucumbência, responder por perdas e danos, o juiz designar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução, real ou fidejussória, sob pena de ser depositada a coisa litigiosa, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

3.2.11 Defesa do réu

- a) **Prazo** → O prazo para que o réu apresente defesa é de **15 dias**, por aplicação do prazo geral, estabelecido no processo comum ordinário. A partir daqui, o procedimento passa a ser igual ao comum.

É preciso ter cuidado com o termo inicial do prazo, na hipótese do art. 564 do CPC: quando ordenada a justificação prévia, a intimação para contestação ocorre na própria audiência, junto com a decisão que deferir ou não a medida liminar.

- b) **Pedido contraposto** → É possível, nas hipóteses do art. 556, já visto.

Pergunta-se: cabe reconvenção em ação possessória?

SIM, desde que para outros pedidos que não sejam os do art. 556 (ou seja, cabe reconvenção nos casos em que não cabe pedido contraposto). Ex.: indenização por benfeitorias (só pode ser pedido pela via da reconvenção).

- c) **Usucapião como matéria de defesa** → A questão que se põe é saber se o réu pode invocar a usucapião como matéria de defesa. Na esteira do art. 557, já tratado, na pendência do processo possessório é defeso tratar de reconhecimento de domínio (e, como já visto, a usucapião é uma ação petítória).

Mas veja: o fundamento da aquisição da propriedade via usucapião é a posse. Justamente por isso, a jurisprudência afasta a incidência do art. 557 do CPC para, nos termos da **Súmula 237 do STF**, entender que **“o usucapião pode ser argüido em defesa”**.

Neste caso, a exceção da usucapião serve para reconhecer a posse, **mas não para fins de reconhecimento da propriedade na sentença**. Em outras palavras, como regra geral, a usucapião alegada em defesa não permite o registro da propriedade. Essa é a regra.

Mas atente à **exceção**, prevista no art. 7º da Lei 6.969/81 e no **art. 13 da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade)**: quando a usucapião alegada em defesa for **ESPECIAL rural ou urbana (individual ou coletiva)**, a sentença que a reconheceu vale como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

3.2.12 Regra especial nos litígios coletivos imobiliários

O art. 565 do NCPC traça elementos especializados para os litígios coletivos imobiliários, com audiência de mediação obrigatória, no caso de: a) posse velha ou sempre que, b) concedida a liminar, ela não for executada no prazo de um ano.

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbacão afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2o e 4o.

§ 1o Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2o a 4o deste artigo.

§ 2o O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3o O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4o Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5o Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

4. Embargos de terceiro

4.1 Conceito

Trata-se de uma ação de rito especial destinada a terceiro para a defesa de bens indevidamente atingidos por **CONSTRIÇÃO JUDICIAL** em sede executiva ou não. Ex.: penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão, imissão na posse etc.

Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

Os embargos de terceiro são destinados ao terceiro, sujeito que não é parte no processo (mesmo o codevedor não demandado). Logo, é essencial que o terceiro que pretenda embargar não tenha participado da relação processual.

Da mesma forma, sua pretensão não pode estar voltada à impugnação do título executivo. O ataque não se dirige ao julgado, mas ao ato judicial de constrição.

Obs1: diferença entre embargos de terceiro e embargos à execução

	Embargos à execução	Embargos de terceiro
Partes	As partes, nos embargos à execução, como regra, são só os devedores.	O proponente é pessoa que, em princípio, não é devedor, mas terceiro.
Objeto	O objeto (espectro de matérias passíveis de alegação) é mais amplo.	Só se pode discutir a legalidade da constrição.
Cabimento	Só cabem na execução (aplicação mais restrita).	Cabem em todo e qualquer processo

Obs.2: Semelhanças entre embargos de terceiro e as ações possessórias:

Embargos de terceiro	Ações possessórias
Os embargos de terceiro atacam um esbulho, turbação ou ameaça praticados pelo Estado-juiz (ato judicial) .	Nas ações possessórias, o esbulho, turbação ou ameaça são praticados através de ato não judicial .

4.2 Cabimento de embargos de terceiro

O STJ já afirmou que a ação de embargos de terceiros servem tanto para **desfazer o ato** como para **evitar** que seja praticado, assumindo **natureza inibitória** (inf. 425, Resp 1.019.314/RS).

Os embargos de terceiro são comuns na fase de execução. Contudo, eles cabem também para a defesa de bens constrictos em quaisquer processos que não sejam de execução. Exemplos:

- **Arrecadação de bens num inventário**, o que atinge bens de terceiro;
- **Tutela antecipada** que atinge bem de terceiro;
- **Reintegração de posse**;
- **Medidas cautelares de arresto, sequestro e busca e apreensão**.

É pacífico o entendimento de que os embargos de terceiro **cabem em processo civil, penal, trabalhista, tributário, falimentar etc.**

Para a doutrina, existe **apenas um caso que não permite o manejo dos embargos de terceiro: ação de desapropriação** (arts. 20 e 31 do Decreto-Lei 3365/41). Isso ocorre porque, na desapropriação, o bem será expropriado, independentemente do seu dono.

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Art. 31. Ficam subrogados no preço quaisquer onus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

Obs.: o terceiro e as Súmulas 84, 303 e 308 do STJ

- Também merece destaque a **Súmula 303**, pela qual *“em embargos de terceiro, quem deu causa á constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”*.

É possível que **o devedor seja responsabilizado pelos encargos da sucumbência, principalmente quando a penhora nasça por sua indicação** (termo nos autos).

- Por fim, após grandes prejuízos provocados pela falência de incorporadoras e os reflexos gerados aos compromissários compradores de boa-fé, o STJ editou a **Súmula 308**, pela qual *“a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”*.

Esta Súmula tem o mérito de reconhecer a função social da posse e permitir a defesa da mesma pelos embargos.

4.3 Competência e natureza dos embargos de terceiro

Alguns países (a exemplo de Portugal) tratam os embargos de terceiro dentro do tema intervenção de terceiro, o que é mais correto.

Os embargos de terceiro, no Brasil, conformam **ação autônoma de conhecimento de rito especial**. Não há que se negar, porém, que, embora se trate de ação autônoma, ela é **conexa e acessória à ação principal**.

Por conta disso, **quem julga os embargos de terceiro é o juízo responsável pela constrição judicial** (juízo da ação principal):

Art. 676. Os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.

Parágrafo único. Nos casos de ato de constrição realizado por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta..

Trata-se de hipótese clara de **competência funcional** (e, portanto, **ABSOLUTA**). Logo, se qualquer juiz diverso do da ação principal julgar os embargos de terceiro, a decisão é **absolutamente nula**.

Obs.1: se o processo já estiver em trâmite perante o segundo grau, a doutrina entende que os embargos deverão ser ajuizados em primeiro grau, sob pena de criar uma competência originária não prevista em lei.

Obs.2: o CC 93.969/MG, O STJ decidiu que se uma ação principal da justiça estadual gerar embargos de terceiro por legitimado federal, as ações serão separadas. A ação principal permanece perante a justiça estadual, ficando suspensa enquanto perdurar o julgamento dos embargos na justiça federal.

Obs.3: no caso de **carta precatória, nos termos do art. 676, parágrafo único, “os embargos serão oferecidos no juízo deprecado, salvo se indicado pelo juízo deprecante o bem constrito ou se já devolvida a carta.”**

4.4 Legitimidade

4.4.1 Legitimidade ativa

O art. 674, em seu parágrafo segundo, esclarece quem é considerado terceiro:

I - o cônjuge ou companheiro, quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação, ressalvado o disposto no art. 843 [cuida da penhora de bem indivisível] → nesse caso, o bem vai a leilão e os embargos servem para o cônjuge receber sua parte em dinheiro, protegendo a meação];

II - o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução;

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

IV - o credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos → Esse credor pode, por exemplo, demonstrar que existem outros bens do devedor para serem penhorados.

Obs.1: diferentemente do que havia no CPC-73, o terceiro agora não precisa ser possuidor. Pode ser o proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor. (art. 674, §1º).

Obs.2: também é legitimado o promissário comprador imitado na posse, ainda que não haja registro da promessa de compra e venda, como já reconheceu o STJ (Súmula 84).

Para que possa ajuizar embargos de terceiros, o terceiro **não pode ter responsabilidade patrimonial secundária**. Sendo assim, é possível que o sujeito seja terceiro, mas não tenha legitimidade para ajuizar embargos de terceiros (se tiver responsabilidade patrimonial secundária).

4.4.2 Legitimidade passiva

O raciocínio é simples: será réu nos embargos de terceiro o **autor da ação (principal) em que foi ordenada a constrição** do bem (já que a constrição judicial só pode ser realizada em processo judicial). A ação de embargos de terceiro **exigirá a CITAÇÃO** da parte contrária, pois constitui ação autônoma.

A jurisprudência do STJ entende que, se o responsável pela **indicação ou individualização** do bem constrito for o **devedor (réu da ação principal)**, ele **também deverá figurar como réu** nos embargos de terceiro (hipótese de LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO entre executado e exequente).

Veja: o exequente é sempre culpado por iniciar a execução. O executado pode ser réu nos embargos de terceiro, se houver indicado o bem constrito.

Isso está no art. 667, §4º:

§ 4º Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

4.5 Prazo e procedimento

Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo **no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação** por iniciativa particular ou da **arrematação**, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Parágrafo único. Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embargar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

O art. 675 traz duas regras de prazo:

- **Se a constrição atacada ocorrer no processo de conhecimento ou cautelar → O prazo para oposição é até o trânsito em julgado da sentença.**
- **Se a constrição ocorrer no processo de execução → Neste caso, é possível a oposição de embargos até 5 (cinco) dias depois da arrematação ou adjudicação.**

Obs.1: para a doutrina, esse prazo de 5 dias é decadencial. Após ele, perde-se o direito de brigar pela titularidade do bem, remanescendo a possibilidade de o prejudicado se voltar contra quem o indicou.

4.6 Procedimento

4.6.1 Petição inicial

A primeira etapa do procedimento é a petição inicial (art. 677 do CPC):

Art. 677. Na petição inicial, o embargante fará a prova sumária de sua posse ou de seu domínio e da qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.

§ 1o É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz.

§ 2o O possuidor direto pode alegar, além da sua posse, o domínio alheio.

§ 3o A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal.

§ 4o Será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita, assim como o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

Obs.1: a petição inicial dos embargos de terceiro exige que sejam **arroladas as testemunhas, sob pena de preclusão** (assim entende a jurisprudência dominante).

Obs.2: não há um critério legal para a definição do valor da causa nos embargos de terceiro. De acordo com a **jurisprudência**, o valor da causa é o **valor do bem que se pretende liberar, salvo se o valor dele for superior ao da execução**, caso em que o valor dos embargos será o da execução.

Obs.3: é vedada a **cumulação de pedido indenizatório** com os embargos de terceiro. Segundo **PONTES DE MIRANDA**, os embargos de terceiro servem para **impedir, e não para pedir**.

4.6.2 Liminar em tutela de evidência

Na petição inicial o embargante deve fazer prova sumária (juízo de probabilidade) **do domínio/posse e qualidade de terceiro**. Se o embargante demonstrar isso por meio de documentos ou em audiência, o juiz pode conceder uma **liminar em tutela de evidência, com a finalidade de assegurar ao embargante a posse** do bem, até o final do julgamento dos embargos de terceiro.

Art. 678. A decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse determinará a **suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos, bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido**.

Parágrafo único. O juiz poderá condicionar a ordem de manutenção ou de reintegração provisória de posse à prestação de caução pelo requerente, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Obs.1: a liminar pode ser concedida com ou sem justificção prévia (audiência que o juiz faz só para verificar o preenchimento dos requisitos da liminar). Não precisará de audiência de justificção se a condição de possuidor e a estiverem provados sumariamente por documentos.

Obs.2: a natureza da liminar é de **TUTELA ANTECIPADA**, já que o provimento é **satisfativo**.

Obs.3: a liminar, nos embargos de terceiro, **pode ser concedida com ou sem caução**. O juiz **pode** entender que embargante, para ter direito à liminar, deve oferecer determinada garantia em dinheiro.

ATENÇÃO: No Resp 754.895/MG, o STJ entendeu que, quando a liminar for concedida com caução, esta **só será exigida para a efetivação da liminar** (imediate reintegração na posse do bem). **Nesses casos, o embargante não precisa da caução para receber a liminar, mas para**

ficar com o bem. Se ele não prestar a caução, o bem fica com um depositário judicial (não permanece com o réu dos embargos).

Para o STJ, a mera oposição dos embargos já suspende a ação principal.

4.6.3 Contestação

Segundo o art. 677, §3º, “§ 3º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal”.

Em seguida, dispõe o art. 679 que “os embargos poderão ser contestados no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual se seguirá o procedimento comum”.

Ao final, dispõe o art. 680 sobre o que pode ser alegado pelo embargado contra o credor com garantia real:

Art. 680. Contra os embargos do credor com garantia real, o embargado somente poderá alegar que:

- I - o devedor comum é insolvente;
- II - o título é nulo ou não obriga a terceiro;
- III - outra é a coisa dada em garantia.

5. Ação monitória

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

- I - o pagamento de quantia em dinheiro;
- II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
- III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

5.1. Introdução

Para a doutrina, a ação monitória é tutela diferenciada. Tutela diferenciada é a tutela concebida, através de alterações no rito e na correção, para adequar o processo às necessidades do direito material. **Através dela, evita-se o ajuizamento da ação de cobrança.**

Para ajuizar ação monitória, o autor deve alegar credor de uma **obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa fungível ou infungível, móvel ou imóvel, ou obrigação de fazer ou não fazer.**

O CPC-73 excluía as obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa imóvel e entrega de coisa infungível, o que foi alterado com o NCPC.

Ademais só pode ser manejada por credor que **tem prova escrita (documental) sem a eficácia de título executivo**, (por exemplo, cheque prescrito).

A ação monitória, fundada em cognição sumária, permite a realização de execução com base em prova documental escrita, sem eficácia de título executivo.

5.2. Origem

A ideia de um procedimento melhor para quem tem prova escrita surgiu no **processo canônico**. No Brasil, a monitória nasceu nas **ordenações manuelinas**, com o nome de **ação decendiária**.

5.3. Classificação dos processos monitorios

Há 3 tipos de processo monitorio:

- **Procedimento monitorio puro** → É aquele que **não exige prova documental**. É adotado na Alemanha, que admite a prova oral;
- **Procedimento monitorio misto** → É adotado na Itália e em Portugal. No processo monitorio misto, a regra geral é a necessidade de prova documental. Todavia, há exceções, em que alguns créditos podem ser cobrados pela via monitoria, sem prova documental. Ex.: na Itália, os créditos de honorários profissionais podem ser provados, em monitoria, por prova testemunhal;
- **Processo monitorio documental** → No Brasil, exige-se prova escrita.

5.4 Natureza jurídica da ação monitoria

No Brasil, prevalece na doutrina o entendimento de que a monitoria é **processo de conhecimento**. Isso porque a atividade cognitiva (atividade de reconhecimento **da existência do crédito**) prevalece sobre as demais. Tanto isso é verdade, que a monitoria está alocada dentro dos processos de rito especial.

Sendo assim, a ação monitoria é uma opção que o credor tem entre ajuizar uma ação genérica de conhecimento ou uma ação monitoria.

Mesmo no Brasil, há autores de renome, como **DINAMARCO** que, certamente influenciados pelo direito italiano, dizem que a monitoria é um **4º tipo de processo (misto entre conhecimento e execução)**.

5.5. Pressupostos da monitoria

Os pressupostos para a monitoria estão no art. 700 do CPC:

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

- I - o pagamento de quantia em dinheiro;
- II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
- III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

São eles:

- i. **Existência de prova escrita;**
- ii. **Sem eficácia de título executivo;**

5.5.1 Prova escrita

O ajuizamento da ação monitoria depende da prova literal do crédito, por meio da qual o juiz irá analisar a adequação da tutela inibitória e de que o direito existe, em juízo de probabilidade.

Para o STJ, **não há um modelo predefinido de prova escrita, sendo suficiente a verossimilhança perante o juiz** (STJ, REsp 866.205/RN).

Se o juiz entender que é provável que o direito exista, expede um **mandado monitório**, no qual **não haverá um convite para o réu discutir a demanda do autor, mas uma ordem para a satisfação do direito**.

Prevalece na doutrina e jurisprudência que, para fins de monitória, prova escrita é **todo e qualquer documento, sozinho ou em conjunto**, que mereça fé e atue como fonte de convencimento do juiz, revelando verossimilhança suficiente sobre a existência da obrigação nele contemplada.

Observações importantes:

- a) **Não são escritos documentos como gravações, filmagens ou fotografias.**
- b) **Pergunta-se: o documento precisa ser único, ou é possível a monitória com um conjunto de documentos?** O que importa é a ocorrência da verossimilhança da obrigação. Logo, **admite-se a monitória também com um conjunto de documentos**. Cf. **Súmula 247/STJ: “o contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”**. Esta Súmula alude à conjunção dos seguintes documentos: contrato e demonstrativos de débito.

Obs.: a Súmula 247 surgiu com a pressão dos bancos, em razão da edição da Súmula 233: **“o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo”**.

- c) **O contrato de cartão de crédito, acompanhado de demonstrativo mensal, também é documento idôneo para a monitória.**
- d) O STJ tem admitido monitória com base **em duplicada sem aceite e não protestada, mas acompanhada do comprovante de entrega da mercadoria.**
- e) **Inovando, o art. 700, §1º, do NCPC, dispõe que “A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.”**
- f) Regra geral, a monitória é cabível com base em **documentos bilaterais**, construídos tanto pelo credor quanto pelo devedor. Ocorre que **o STJ admite documentos unilaterais (REsp 925.584-SE, 2012)**. A controvérsia gira em torno dos documentos unilaterais. Veja:

- **Se ele foi emitido pelo devedor (ex.: recibo) →** É evidente que é possível a ação monitória (pois quem deve está assumindo a obrigação);
- **Se o documento foi emitido por terceiro (nem credor, nem devedor) →** O importante é a **verossimilhança** da existência da obrigação. Ex.: declaração emitida pelo intermediador na compra e venda;
- **Se o documento foi emitido pelo credor →** Regra geral, **não serve** para o ajuizamento de monitória. Mas preste atenção: o STJ já abriu algumas exceções. Alguns documentos unilateralmente emitidos pelo credor podem ensejar monitória:
 - **Guia de contribuição sindical** acompanhada de **comprovação de notificação do devedor** (trata-se de contribuição oficial);
 - **Fatura de cobrança de energia elétrica** acompanhada do comprovante de recebimento pelo devedor;

- o **Caderneta de venda de produto fiado** (em padarias e postos de gasolina no interior, v.g.).

Na verdade, o que importa mesmo é a **verossimilhança da existência da obrigação**, pouco importando se foi produzido unilateralmente.

- g) Admite-se ação monitória de **títulos de crédito prescritos (Súmula 299/STJ)**.

5.5.2 Ausência de eficácia de título executivo

A princípio, se o credor tiver em mãos um título executivo, caberá execução, e não ação monitória.

Pergunta-se: quem tem título executivo pode abrir mão da execução para ajuizar ação monitória (ou de cobrança)?

- **1ª corrente (dominante/conservadora) → NÃO**. Neste caso, há manifesta falta de interesse-adequação.
- **2ª corrente → SIM**. Assim entendem **HUMBERTO THEODORO JR.** e **FERNANDO GAJARDONI** (no REsp 534022, o STJ também adotou esse entendimento). O credor pode **preferir obter um título judicial**, reconhecendo a existência da obrigação, cujo processo de execução tem medidas muito mais eficazes. O STJ confirmou esse entendimento em 2012, afirmando que, **aquele que tem título executivo pode ajuizar ação de conhecimento ou monitória, por não haver prejuízo ao réu**. REsp 981.440-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/4/2012.

Como o NCCP trata disso? À luz do NCCP, se o documento for um título executivo extrajudicial, o ideal seria o credor promover logo o processo de execução. **Todavia, o art. 785 permite a opção pelo processo de conhecimento, que poderá ser uma ação monitória:**

Art. 785. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.

5.6 Procedimento monitório

5.6.1 Petição inicial (art. 700, §2º)

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

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

II - o valor atual da coisa reclamada;

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

Sempre a primeira etapa do procedimento é uma petição inicial. A inicial da monitória deve ter todos os requisitos trazidos pelo CPC. Há algumas peculiaridades:

- Precisa estar instruída com a **prova escrita**;
- Nas **obrigações por quantia**, a monitória deve vir acompanhada da **memória de cálculo do valor** (que é requisito do processo de execução);
- Para o STJ, a **causa de pedir**, regra geral, tem que estar presente na monitória. Ou seja: é preciso **descrever a origem da obrigação**. A **jurisprudência (STJ) traz exceções** a esta regra:

- a. A ação monitória instruída com **título de crédito prescrito** não precisa da causa de pedir (dispensa indicação da origem de sua emissão). Como o documento, apesar de não ter força executiva, **mantém a natureza cambial**, não é necessária a indicação da origem da dívida. Ex.: nota promissória prescrita.
- b. No cheque, a situação é delicada. O art. 62 da Lei 7.357/85 (Lei do Cheque) cuida da ação de locupletamento ilícito. **Vejam os que diz a doutrina:**

- **Até 6 meses**, o cheque é título executivo (é uma cambial), sendo cabível execução;
- **Após 6 meses, surgem as seguintes opções:**

1ª - Ação de enriquecimento sem causa (“ação de locupletamento”) → prevista no art. 61 da Lei do Cheque (Lei nº 7.357/85), com **prazo de 2 anos, contados do dia em que se consumar a prescrição** da ação executiva.

2ª - Ação de cobrança (ação causal) → Prevista no art. 62 da Lei do Cheque, com prazo é de 5 anos, nos termos do art. 206, § 5º, I, CC.

3ª - Ação monitória.

Para a doutrina, após 2 anos (prazo para o ajuizamento da ação de locupletamento), o cheque não é mais título executivo, nem cambial, passando a ser um documento escrito. Nesse caso, para a doutrina, é possível ajuizar ação monitória, indicando-se qual é a causa de pedir, já que não há mais natureza cambial. Apesar do que entende a doutrina, o STJ não faz qualquer restrição temporal em seu enunciado de súmula, afastando a necessidade de indicar a causa de pedir. Confira:

Súmula 531 do STJ – “Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula.”.

5.6.2 Recebimento da monitória

Ao receber a monitória, o juiz realiza um juízo de admissibilidade, através de **cognição sumária**, sobre a verossimilhança da existência da obrigação (juízo de probabilidade). Ou seja: o juiz analisa a petição inicial, mais precisamente a prova escrita, para ver se se convence da existência ou não da obrigação. Se entender que há verossimilhança, o juiz pode depois mudar de ideia, em razão da provisoriedade. Veja:

- i. Se o juízo sumário for **negativo** (o documento não convence) → Numa postura **tradicional**, o juiz **indeferiria a petição inicial**. Pelo art. 700, §5º, “*havendo dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum.*”.
- ii. Se o juízo for **positivo** → O juiz expede o **mandado**, no prazo de 15 dias.

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

Qual a natureza da decisão que expede o mandado monitório?

Há grande polêmica na doutrina acerca da natureza jurídica desse pronunciamento do juiz.

1ª corrente (minoritária) → Afirma que se trata de **despacho de mero expediente**.

2ª corrente (majoritária) → Para outra parcela (majoritária – TALAMINI, GRECO FILHO, THEODORO JR.), existe carga decisória no ato, que é **decisão interlocutória**.

3ª corrente → Há ainda quem entenda se tratar de sentença, em doutrina minoritária, mas apenas se houver omissão do devedor em se defender.

O fato é que o NCPC adotou a **segunda ou terceira corrente**, pois admite que seja ajuizada **ação rescisória, na hipótese de constituição do título executivo, quando o réu é omissor e não apresenta embargos**.

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

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

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

5.6.3 Citação do réu

A terceira etapa é a citação do réu. Muita atenção: é cabível **todo tipo de citação na ação monitória** (cabe citação ficta). Cf. **Súmula 282/STJ**: “cabe a citação por edital em ação monitória.”.

Se o réu, citado por edital, não se defender, será nomeado um curador. Cf. **Súmula 196/STJ**: “ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.”.

5.6.4 Resposta do réu (arts. 701 e 702)

Na ação monitória, o réu oferecerá embargos em **15 dias**. As seguintes respostas são possíveis:

- i. **Cumprimento, no prazo de 15 dias, do mandado de pagamento, entrega ou execução de obrigação de fazer ou não fazer →** De acordo com o art. 701, §1º, se o réu cumpre o mandado em 15 dias, automaticamente incide a **sanção premial (isenção do pagamento de custas, mas não dos honorários, no valor de 5% da causa)**.
- ii. **Réu não oferece resposta nem paga →** Nos termos do art. 701, §2º, converte-se, *ope legis*, o mandado de pagamento e entrega em **TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL** (quem cala consente). Não há uma nova decisão. Atente: não é o documento escrito que vira título executivo, mas sim o mandado, a ordem do juiz que mandou o réu pagar no prazo de 15 dias. Repare:
 - a. O **título executivo**, neste caso, será **judicial**;
 - b. Por se tratar de conversão *ope legis*, o **magistrado não precisa fundamentar**.

- iii. **Réu apresenta embargos ao mandado monitório** → Em tal caso, o réu pode alegar todas as matérias típicas do procedimento comum. Os embargos suspendem de imediato a eficácia da decisão que expede mandado monitório (§4º do art. 701)
- iv. **Réu apresenta pedido de moratória legal** → De acordo com o art. 701, §5º, o réu pode pedir, em seu prazo de resposta, o pagamento parcelado, nos termos do art. 916 do CPC, se a obrigação for de pagar quantia:

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

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

5.6.5 Embargos ao mandado monitório

Questão controvertida diz respeito à natureza jurídica dos embargos ao mandado monitório. Vejamos as teorias:

- **1ª corrente (DINAMARCO, MARCATO, HUMBERTO THEODORO JR. VICENTE GRECO FILHO)** → Os embargos ao mandado monitório consistem em uma **AÇÃO constitutiva negativa**, para desconstituir o mandado monitório (exatamente como ocorre nos embargos à execução).
- **2ª corrente (Ada Pellegrini Grinover e Nelson Nery)** → Entendem que a natureza dos embargos é de **CONTESTAÇÃO**.
o STJ parece adotar a posição no sentido de que os embargos ao mandado monitório possuem natureza de contestação, sobretudo por dois motivos:
 - a) o STJ dispensa o recolhimento de custas iniciais (REsp 1.265.509-SP, DJ 2015);
 - b) o STJ **admite reconvenção** em ação monitória (Súmula 292 do STJ).

Obs.1: pelo §6º do art. 702, “Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção”.

Obs.2: pelos §§ 2º e 3º do art. 702, quando o réu alegar que o autor pleiteia quantia superior à devida, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado da dívida.

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

Obs.3: apresentados os embargos, o autor é chamado para impugná-lo em 15 dias (§5º do art. 702).

Obs.4: a critério do juiz, os embargos serão atuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa (§7º).

5.7 Sentença

Apresentados embargos ao mandado monitório, haverá instrução processual (oitiva de testemunhas, perícia – se necessária – etc.). Para o STJ, apresentados os embargos, passa-se ao procedimento ordinário.

Ao final, o juiz profere uma sentença. Veja as opções:

- a) **REJEITADOS OS EMBARGOS → Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial**, prosseguindo-se o processo em observância ao **cumprimento de sentença**. O juiz condenará o réu que de má-fé opuser embargos à ação monitória ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do autor (§11).
- b) **Acolhidos os embargos → O juiz extingue a monitória, com ou sem resolução de mérito, a depender do fundamento**. O juiz condenará o autor de ação monitória proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento, em favor do réu, de multa de até dez por cento sobre o valor da causa (§ 10).

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

5.8 Questões processuais finais

5.8.1 Monitória e Fazenda Pública

A Fazenda Pública pode ser **tanto parte autora quanto parte ré na ação monitória**. Como parte autora, é discutível o interesse, pois ela pode criar seus próprios títulos executivos. **Como parte ré, o art. 700, §6º dispõe: “É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública.”.**

Nos termos do art. 701, §4º, **sendo ré a Fazenda Pública e não apresentando embargos, haverá reexame necessário:**

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

5.8.2 Monitória e incapazes

Logicamente, **o incapaz pode ajuizar ação monitória, se devidamente representado**. A dúvida é se pode ser réu.

- a) **1ª corrente (DINAMARCO – minoritária) → Entende que o incapaz pode ser réu em monitória, desde que devidamente representado**. Esse representante pode optar por embargar ou não;
- b) **2ª corrente (majoritária) → A formação do mandado monitório como título executivo não deve ser admitida contra o incapaz**.
- c) **NCPC → O art. 700, caput, não admite monitória contra incapaz, exigindo que o réu seja capaz**.

5.8.3 Monitória nos juizados especiais

O procedimento dos juizados é, por si só, especialíssimo (sumaríssimo), assim como o procedimento da monitória (também especial). A questão que se põe é saber como

compatibilizá-los. A monitória não é muito compatível com o rito dos JE, motivo pelo qual surgem duas correntes:

- **1ª corrente (FONAJE) →** Não cabe monitória nos juizados especiais. O FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) e o FONAJEF seguem no mesmo sentido. Segundo o **Enunciado n. 8 do FONAJE, não cabe nenhum procedimento especial nos juizados especiais.**
- **2ª corrente (NELSON NERY) →** Cabe monitória nos juizados especiais. Neste caso, o juiz faz o juízo de verossimilhança e determina o mandado de pagamento e entrega, a ser realizada na audiência de conciliação.

5.8.4 Execução da monitória e impugnação ao cumprimento de sentença

O resultado da monitória, como visto, pode levar à conversão do mandado monitório em título judicial.

- Se esta conversão ocorrer por conta do **juízo dos embargos** ao mandado de pagamento/entrega, a doutrina entende que a **impugnação (na execução) só pode versar** sobre as matérias do art. 525, §1º, do NCPC.
- O problema ocorre quando a conversão do mandado em título judicial ocorre *ex vi legis*, ou seja, em razão da inércia do devedor. Na execução, este devedor pode ser defendido através de impugnação, surgindo, a partir daqui, a controvérsia:
 - **1ª posição (majoritária) →** A impugnação **só pode versar** sobre as matérias do art. 525, §1º, do NCPC (procedimento normal, como qualquer execução por título judicial).
 - **2ª posição (NELSON NERY - minoritária) →** Apesar de se tratar de impugnação, o devedor pode alegar qualquer matéria que esteja no art. 917 do CPC (questões alegáveis nos embargos à execução contra título extrajudicial), o que inclui matéria que lhe seria lícito deduzir como devesa em processo de conhecimento.

5.8.5 Súmula 384 do STJ:

Segundo a **súmula 384 do STJ**, *“cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo da venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia”*.

Na alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei 911/69), há previsão que torna possível a venda extrajudicial do bem pelo credor. Neste caso, remanescendo saldo, o credor (que aliena o bem) pode se valer de ação monitória para cobrar o restante, instruída com o contrato respectivo.