Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Processo:	1.0000.16.037133-2/000
Relator:	Des.(a) Alexandre Santiago
Relator do	Des.(a) Alexandre Santiago
Data do	25/09/2017
Data da	29/09/2017

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - INADMISSIBILIDADE JÁ PROCESSADA - TESE JURIDICA - NECESSIDADE - AÇÃO MONITÓRIA - DUPLICATA SEM ACEITE - COMPROVANTE ENTREGA MERCADORIA - DOCUMENTO ESSENCIAL - NÃO EXIGÊNCIA.
- Na ação monitória baseada em duplicata sem aceite, a apresentação do documento que comprove a entrega da mercadoria não é condição sine qua non para a admissibilidade do processo.
- A referida prova poderá ser feita durante a instrução dos embargos monitórios, em razão da possibilidade da ampla defesa.
- Poderá o magistrado, valendo-se do art.700, §5º, do NCPC, diante da verificação de prova inidônea, se em tempo hábil, determinar a emenda da inicial, convertendo em procedimento comum.
IRDR - CV Nº 1.0000.16.037133-2/000 - COMARCA DE PARÁ DE MINAS - REQUERENTE(S): CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA DESEMBARGADOR(A) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - REQUERIDO(A)(S): SEGUNDA SEÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO: YCAR ARTES GRAFICAS LTDA, ALAMBIQUE DJ FAZENDA ENGENHO IND COM LTDA

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em JULGAR PROCEDENTE O INCIDENTE .

DES. ALEXANDRE SANTIAGO
RELATOR.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO (RELATOR)

V O T O

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas prevista nos artigos 976 a 987 do NCPC, suscitado pelo Desembargador Carlos Henrique Perpetuo Braga, almejando a criação de uniformização, de forma a se evitar ofensa à isonomia e à segurança jurídica, sob o argumento de existirem repetição de processos sobre o tema.

A questão posta como cerne do incidente é a da ação monitória extinta sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, quando embasada em duplicata sem aceite e com ausência de lastro pelo comprovante de recebimento das mercadorias.

Com o oficio, o suscitante fez acompanhar de prova de dois processos a ele distribuídos, ff.009/243-TJ.

Solicitada pesquisa junto a Diretoria Executiva de Suporte à Prestação Jurisdicional retornou informando da impossibilidade, conforme cópia anexa a este relatório.

Requisitada pesquisa junto a Coordenação de Pesquisa e Orientação Técnica - COPEQ veio a resposta conforme segue em anexo ao presente relatório.

Efetivada pesquisa na intranet, sitio deste Eg.TJMG, vieram as informações que também seguem anexas ao presente.

Solicitado dia para inclusão em pauta de julgamento, procedeu-se no dia 26/09/2016, onde se admitiu o incidente, pela Turma Julgadora da 2ª Seção Cível, acordão ff.288/290.

Procedidas as cientificações, concedeu-se vista aos interessados, que não se manifestaram conforme se vê à f. 327 e vista a PGJ que se manifestou às ff.329/338.

Oportuno salientar que, em que pese a existência de promoção à f.340 mencionando o não cumprimento da carta de ordem por não ter sido a parte encontrada, verifica-se que o despacho de f.310 é no sentido de intimação dos interessados, fato que se verifica ter ocorrido uma vez que consta do Incidente os procuradores das partes cadastradas, sitio do TJMG, formalizando o que prevê o NCPC em

seu art.983.

Por este motivo, considero cumprido o trâmite necessário na forma prevista no Ordenamento Processual Civil.

É, em resumo, o relatório.

Passando ao mérito da questão, importante salientar que versa o ponto sobre a imprescindibilidade do comprovante de entrega de mercadoria acompanhando duplicata sem aceite para a propositura da ação monitória.

De plano, cumpre fazer uma consideração sob o instituto da ação monitória, de forma a elucidar a questão posta a analise.

A Ação Monitória é aquela que 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 imóvel.

"como o meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação de seu direito"(CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação Monitória, pág. 06, 2ª ed., p. 30, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.).

Trata-se de um procedimento para eliminar, praticamente, o processo de conhecimento, permitindo ao credor substituir a ação de cobrança por um procedimento que atraia o devedor a preferir o pagamento ao debate judicial. Tem por objetivo precípuo, maior celeridade da prestação jurisdicional, onde o autor pode buscar um título executivo judicial, sem que seja necessário, em princípio, se submeter ao prévio processo de conhecimento, via de regra, como já é cediço, às vezes moroso.

A ação monitória em nossa legislação, tem sua natureza jurídica classificada como procedimento especial de jurisdição contenciosa. Cumpre trazer à baila o ensinamento de Pontes de Miranda:

"Procedimentos especiais são as ditas formas de procedimento para obtenção de tutela jurídica quando, por algum dado de direto material, ou do documento em que se funda a demanda, ou da pessoa autora, ao legislador pareceu ser inadequada a forma ordinária ou algumas regras jurídicas. Não há razão unitária, nem, sequer, elemento comum, para a especialidade. Resulta a escolha da sugestão plural de muitas razões, histórica e logicamente diferentes, e nem sempre justificáveis perante a crítica científica"(Cit. por REIS DE PAULA, Carlos Alberto - Ação Monitória, Compêndio de Direito Processual do Trabalho. Coord. Alice Monteiro de Barros.)

Como requisito inicial para o ajuizamento da ação monitória é necessário que se façam presentes as condições da ação (artigo 485, VI, do NCPC) e os pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual (artigo 485, IV, do NCPC).

Além disto, um requisito essencial e específico para a ação monitória, além das condições da ação e dos pressupostos processuais é a prova escrita sem eficácia de título executivo, ou seja, provas documentais escritas não relacionadas nos artigos 784, do Novo Código de Processo Civil, ou mesmo as ali relacionadas, mas que perderam a executividade, tais como o cheque, nota promissória, duplicatas prescritas ou sem aceite, dentre outros.

Como prova escrita válida para ação monitória devemos entender aquela representada por documento formalmente escrito e com peso suficiente para formar inequivocamente e, de pronto, a convicção do juiz quanto a um direito incontestável do autor, porém sem eficácia de título executivo.

Neste sentido é a lição do mestre Cândido Dinamarco:

"para tornar admissível o processo monitório o documento há de ser tal que dele se possa razoavelmente inferir a existência do crédito". (...) "documento que, sem trazer em si todo o grau de probabilidade que autorizaria a execução forçada (os títulos executivos extrajudiciais expressam esse grau elevadíssimo de probabilidade), sem a 'certeza' necessária para a sentença de procedência de uma demanda em processo ordinário de conhecimento, alguma probabilidade forneça ao espírito do Juiz. Como a técnica da tutela monitória constitui um patamar intermediário entre a executiva e a cognitiva, também para valer-se dela o sujeito deve fornecer ao Juiz uma situação na qual, embora não haja toda aquela probabilidade que autoriza executar, alguma probabilidade haja e seja demonstrada prima facie. É uma questão de grau, portanto, e só a experiência no trato do instituto poderá conduzir à definição de critérios mais objetivos" (DINAMARCO, Cândido, A reforma do Código de Processo Civil,: Malheiros, 1996. p. 235-236)

Destarte, importante perquirir se o documento apresentado como instruindo o procedimento monitório é hábil e confere a certeza ao magistrado que acaso não seja interposto embargos monitórios no prazo adequado, com a conversão em titulo executivo, confira a parte direito existente.

Porém, não podemos perder de vista também que quando da implantação do instituto no CPC/73 considerava-se a existência de "qualquer documento escrito sem força executiva".

Por oportuno, é importante ponderar que com o passar do tempo e da utilização do instituto e também de algumas situações verificadas, percebeu-se uma necessidade de estabelecer parâmetros para o "qualquer documento sem força executiva", principalmente aqueles que derivam de legislação própria, como a duplicata, onde se verifica a existência de requisitos para a sua cobrança.

Não menos importante analisar é que o fato trata-se de um direito disponível, que não sendo contestado, aplicar-se-á o art.355, II, do NCPC, com julgamento de plano e sendo contestado seguirá o rito comum com a instrução probatória, onde inclusive se permitirá provar por outras formas a validade do negocio jurídico que ora se cobra.

Divergem os posicionamentos do Eg. TJMG sobre a questão, sendo, porém, aqueles que consideram a exigibilidade da comprovação do recebimento de produtos e serviços o fazem ao argumento que o aceite só é dispensado, quando há prova da efetiva entrega da mercadoria, mediante assinatura do devedor em documento que o comprove, de forma que mesmo em sede de monitória se faz necessária a comprovação da entrega do produto ou serviço de forma a dar validade ao negocio jurídico que ora se cobra.

Já aqueles que entendem a dispensa da necessidade de apresentação do comprovante de recebimento dos produtos ou serviços, uma vez que a duplicata esteja sem aceite mas protestada, consideram que na medida que se apresente um documento hábil a demonstrar a relação jurídica suscitada, que pode ser feita pela duplicata com o respectivo protesto, não há que se considerar que não haja documento hábil a propositura da ação. E ainda que a contestação do negócio poderá acontecer através de embargos.

Assim, verificamos que seja para que lado se pondere a situação, os argumentos esposados são dotados de certa razão, motivo pelo qual gera controvérsias a situação aposta.

Não menos importante no caso em apreço é lembrar que a duplicata é um título causal e obrigatoriamente vinculado a uma transação comercial anterior. Assim, a devida comprovação desse negócio subjacente torna evidente a regularidade do título e, como consequência, seu protesto, diante do inadimplemento.

Ao conceituar referido título de crédito, o il. Doutrinador Wille Duarte Costa esclarece:

duplicata é um título de crédito causal e à ordem, que pode ser criada no ato da extração da fatura, para circulação como efeito comercial, decorrente da compra e venda mercantil ou da prestação de serviços, não sendo admitida outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor ou prestador de serviços pela importância faturada ao comprador ou ao beneficiário dos serviços. A duplicata admite o aceite do devedor e não é cópia ou segunda via da fatura. Nela se discriminam as mercadorias vendidas ou sérvios prestados, o que deve ser feito na nota fiscal ou na fatura correspondente. Como título de crédito à ordem que é pode circular por via do endosso, mas o sacador não pode eximir-se da garantia de pagamento ao endossar a duplicata. Embora seja um título causal, não é a duplicata título representativo de mercadorias ou serviços. Exige uma provisão determinada, que se consubstancia no valor da compra e venda das mercadorias ou da prestação de serviços, discriminados na fatura ou nota fiscal. Sem tal provisão a duplicata torna-se sem lastro e é chamada de fria, constituindo-se em crime de estelionato previsto no art. 172 do Código Penal por emissão de duplicata simulada. (COSTA, Wille Duarte. Títulos de Crédito. Belo Horizonte, 2 ed, Del Rey, 2005, p. 377.)

Com efeito, os artigos 13 e 14 da Lei 5.474/1968, que dispõe sobre as duplicatas, estabelecem o seguinte sobre as condições para se efetivar o protesto por indicação:

"Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite, de devolução ou de pagamento. § 1º Por falta de aceite, devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicação do portador, na falta de devolução do título. § 2º O fato de não ter sido exercida a faculdade de protestar o título, por falta de aceite ou de devolução, não elide a possibilidade de protesto por fato de pagamento.(...). (g.d.m)

Art. 14 Nos casos de protesto, por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, ou feitos por indicação do portador o instrumento de protesto deverá conter os requisitos enumerados no artigo 29 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1998, exceto a transcrição mencionada no inciso II, que

será substituído pela reprodução das indicações feitas pelo portador do título." No tocante à execução judicial de duplicatas não-aceitas ou não devolvidas, de acordo com o inciso II e § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.474/68, é necessária a observância dos seguintes requisitos(...)

Já o artigo 15 estabelece sob as forma de cobrança do titulo de crédito.

"Art. 15 A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar: II - de duplicata ou triplicata não-aceita, conquanto que, cumulativamente: haja sido protestada; b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos artigos 7º e 8º desta Lei. (...) § 2º Processar-se- á também da mesma maneira a execução da duplicata ou triplicata não aceita e não-devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicação do credor ou do apresentante do título, nos termos do artigo 14, preenchidas as condições do inciso II desta artigo."(g.d.m)

Todavia, oportuno ressaltar que o artigo 16 do mesmo diploma legal prevê as hipóteses em que será cabível a ação, submetida ao rito ordinário, quando não houver a comprovação da entrega da mercadoria, confira-se:

Art 16 - Aplica-se o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil à ação do credor contra o devedor, por duplicata ou triplicata que não preencha os requisitos do art. 15, incisos I e II, e §§ 1º e 2º, bem como à ação para ilidir as razões invocadas pelo devedor para o não aceite do título, nos casos previstos no art. 8º.(g.d.m)

De tal forma, não podemos perder de vista que a Legislação especifica sobre a Duplicata permite a exoneração do comprovante de entrega da mercadoria/serviço, para discussão pelas vias ordinárias, da duplicata sem aceite a protestada.

Neste ponto, não podemos perder de vista que a Ação Monitória, ainda que tratada como um procedimento especial no CPC/73 e que também tem um Capitulo próprio dentro do NCPC, pode ser vista como um procedimento ordinário, onde não sendo o caso de julgamento do processo antecipadamente nos termos do art.355 do NCPC, o que possível por se tratar de direito disponível, em caso de haver embargos, a dilação probatória se impõe, podendo inclusive a parte autora, utilizando-se de outros meios de prova que não a documental, dar veracidade ao fato da relação jurídica que por ora se cobra.

"A 'prova escrita' que o legislador colocou como requisito para obtenção da tutela monitória (art. 1102a), é qualquer documento isolado ou grupo de documentos conjugados de que seja possível o juiz extrair razoável convicção acerca da plausibilidade da existência do crédito pretendido. O magistrado, nessa fase inicial do procedimento monitório, desenvolve um juízo de verossimilhança (em 'cognição sumária'): procura verificar, com base nos documentos apresentados, se há boa chance de ser verdadeira a versão contida na inicial, para, em caso positivo (e desde que as regras de direito amparem a pretensão fundada em tal versão), proferir decisão determinando a expedição do mandado de cumprimento." (Ernane Fidélis, in Novos perfis do processo civil brasileiro, Del Rey, 1996, p.41)

"Considerando as conseqüências que advêm do mandado monitório, mormente quando se convola em titulo executivo judicial em razão da inércia do réu, exige-se para sua emissão uma pretensão particularmente qualificada - dai a necessidade de apresentação, pelo autor, de prova documental escrita que, embora não tipifique um titulo executivo extrajudicial, autorize, apenas com lastro nela, uma "cognição mais rápida dos fatos pertinentes à causa" (Cfr. Donaldo Armelin, "Apontamentos sobre a ação monitória, Lei n.º 9.079/85", p. 51) e permita ao juiz, desde logo, a formação de um convencimento acerca da existência do crédito - muito embora pautado, convém dizer, em um grau de probabilidade de menor intensidade que aqueles ostentados pelos títulos executivos extrajudiciais. Isso significa que deve ser considerado documento hábil a respaldar a pretensão à tutela monitória, aquele produzido na forma escrita e dotado de aptidão e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse

sido utilizado no processo de cognição plena". (Antônio Carlos Marcato, In O Processo Monitório Brasileiro, Malheiros Editora, p 63, 65)

Diante de todo o elencado, e de posições para ambos os lados da situação fática, considero que face a Legislação especifica sobre o tema, que a não consideração da necessidade de apresentação do documento de recebimento do produto ou serviço seja mais condizente com o caso, até porque não se pode considerar como requisito de admissibilidade algo que possa ser provado no curso do processo, por exemplo, por meio de prova testemunhal ou qualquer outra licita, que admita verificar a existência do debito que ora se procede a cobrança, além do fato da inexistência da relação jurídica poder ser questionada pelo requerido em prazo hábil, sendo que não o fazendo está apto a reconhecer as consequências, diante de se tratar de direito disponível, na forma já mencionada alhures.

Não menos oportuno é salientar que o Novo Ordenamento Processual Civil, que traz um capítulo próprio dentro dos Procedimentos Especiais, assim prevê:

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.
§ 1o A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.
§ 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.
§ 3o O valor da causa deverá corresponder à importância prevista no § 2o, incisos I a III.
§ 4o Além das hipóteses do art. 330, a petição inicial será indeferida quando não atendido o disposto no § 2o deste artigo.
§ 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.
§ 6o É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública.
§ 7o Na ação monitória, admite-se citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum.

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.
§ 1o O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.
§ 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.
§ 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.
§ 5o Aplica-se à ação monitória, no que couber, o art. 916.

Art. 702. Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória.
§ 1o Os embargos podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum.
§ 2o 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.
§ 3o 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.
§ 4o A oposição dos embargos suspende a eficácia da decisão referida no caput do art. 701 até o julgamento em primeiro grau.
§ 5o O autor será intimado para responder aos embargos no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6o Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção.
§ 7o A critério do juiz, os embargos serão autuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa.
§ 8o Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, prosseguindo-se o processo em observância ao disposto no Título II do Livro I da Parte Especial, no que for cabível.
§ 9o Cabe apelação contra a sentença que acolhe ou rejeita os embargos.
§ 10. 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.
§ 11. 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.(g.d.m)

Neste cenário, entendo que o NCPC veio trazer maior segurança às relações jurídicas, na medida que o magistrado poderá, havendo dúvidas sobre a idoneidade da prova carreada aos autos com a peça de ingresso, determinar a intimação para, caso a parte assim entenda, emendar a inicial.

Noutro norte, não podemos afastar a condição prevista que uma vez apresentados embargos a ação monitória, que admite ampla discussão e produção de provas, poder-se-á chegar a realidade fática.

Isso posto, considerando os fundamentos expostos, já acolhido pela Turma Julgadora o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, voto no sentido de que seja acolhida a seguinte tese:

- na ação monitória para cobrança de duplicata sem aceite, admite-se a interposição sem que inicialmente seja carreado aos autos, como elemento de condição da ação, comprovante de recebimento das mercadorias, uma vez que a comprovação poderá se fazer por outras formas no curso da instrução probatória.

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. JOSÉ ARTHUR FILHO
VOTO DE DECLARAÇÃO

Com a devida venia do Ilustre Relator, estou propondo pequena alteração quanto à redação da tese jurídica a ser fixada para a questão de direito controvertida ora em análise, o que o faço pelas razões seguintes.

Como é cediço, o procedimento monitório previsto pelos artigos 700 a 702, CPC, visa à realização mais célere de direitos fundados em prova escrita desprovida da eficácia de título executivo, propiciando ao credor exigir do devedor , sem a demora inerente do procedimento comum, o pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou infungível ou, ainda, de bem móvel ou imóvel, bem assim o adimplemento de obrigação de fazer, ou de não fazer.

Por prova escrita apta a instruir a ação monitória e autorizar a expedição do mandado monitório (art. 701, CPC), compreende-se a prova documentada, autorizada a conjugação de dois ou mais escritos, suficiente para influir na convicção do magistrado acerca da probabilidade do direito alegado pelo autor, em um sistema de livre valoração motivada da prova. Trata-se de prova reduzida a escrito, e não necessariamente documental, na medida em que o art. 700, §1º, CPC, prevê expressamente que "a prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381".

A respeito do tema, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Em suma: o cabimento da ação monitória depende de prova escrita que sustente o crédito - isto é, de prova que, sem necessitar demonstrar o fato constitutivo, mereça fé em relação à sua autenticidade e eficácia probatória - e que não constitua título executivo. Por isso, provas documentadas - inclusive a oral, produzida judicialmente, nos termos do art. 381, ou extrajudicialmente - constituem prova escrita, para fins de ação monitória.

Se a prova escrita é aquela que, reduzida a escrito, pode fornecer um razoável índice de probabilidade de que o direito existe, o autor está autorizado a conjugar dois ou mais escritos para demonstrar a probabilidade do direito que invoca em juízo. Se o que está em jogo é apenas a necessidade de um juízo de probabilidade a ser fornecido por prova escrita, seria completamente arbitrário vedar o uso do procedimento monitório sob o argumento de que o credor está utilizando-se de dois ou mais escritos. (Novo Código de Processo Civil Comentado, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015)

Daniel Amorim Assumpção Neves, por sua vez, adverte:

A prova escrita exigida pelo dispositivo legal ora comentado limita a abrangência da prova documental que poderá instruir a petição inicial, considerando-se que existem documentos que não são escritos, tais como as gravações, filmagens, fotografias etc. Esses documentos não são aptos a satisfazer a exigência legal, ainda que se mostrem capazes de convencer sumariamente o juiz acerca da probabilidade de o direito de crédito alegado efetivamente existir.

(...)

Sempre entendi que a prova documental é na realidade uma prova documentada, sendo exigida uma forma documental para que a prova possa permitir a concessão da tutela monitória. Significa dizer que qualquer espécie de prova, desde que esteja documentada, pode servir para a instauração da petição inicial, como ocorre com a prova testemunhal ou pericial produzida em outro processo e que pode servir como prova emprestada na demanda monitória. Afinal, dentro de um sistema de livre valoração motivada da prova pelo juiz (persuasão racional), não é admissível defender que a prova documental tem uma carga de convencimento maior do que a de outros meios de prova. A exigência de prova documental, ao que parece, diz respeito à forma da prova, sendo inadmissível a produção de outros meios de prova no procedimento monitório, e não com a carga de convencimento da prova. Dessa forma, a prova documentada já é suficiente para instruir a petição inicial da demanda monitória.

É nesse sentido, ao menos parcialmente, a previsão do art. 700, §1º, do Novo CPC, que expressamente permite que a prova escrita seja uma prova oral documentada produzida antecipadamente nos termos do art. 381. Apesar da adoção da tese da prova documentada, não tem sentido limitá-la àquela produzida antecipadamente, porque uma prova documental emprestada também poderá ser utilizada para o credor embasar seu pedido em ação monitória. (Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, 1ª edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016)

Nos termos do art. 15, Lei 5.474/68, aplica-se o processo de execução à duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não; e à duplicata ou triplicata não aceita, desde que, cumulativamente: a) haja sido protestada; b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º da mencionada lei.

Depreende-se, assim, que no caso de duplicata não aceita, ausente quaisquer dos requisitos 'a', 'b' e 'c', afasta-se a eficácia de título executivo do documento; entretanto, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a duplicata desprovida de aceite, protesto ou comprovante de entrega da mercadoria é prova escrita hábil à instrução do procedimento monitório. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. COMERCIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATA MERCANTIL. ACEITE EM SEPARADO. INADMISSIBILIDADE. ATO FORMAL. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA CAMBIAL. FALTA DE EXECUTIVIDADE. PROVA DA RELAÇÃO NEGOCIAL. INSTRUÇÃO DE AÇÃO MONITÓRIA. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível o aceite em separado na duplicata mercantil. 2. O aceite promovido na duplicata mercantil corresponde ao reconhecimento, pelo sacado (comprador), da legitimidade do ato de saque feito pelo sacador (vendedor), a desvincular o título do componente causal de sua emissão (compra e venda mercantil a prazo). Após o aceite, não é permitido ao sacado reclamar de vícios do negócio causal realizado, sobretudo porque os princípios da abstração e da autonomia passam a reger as relações, doravante cambiárias (art. 15, I, da Lei nº 5.474/1968). 3. O aceite é ato formal e deve se aperfeiçoar na própria cártula (assinatura do sacado no próprio título), incidindo o princípio da literalidade (art. 25 da LUG). Não pode, portanto, ser dado verbalmente ou em documento em separado. De fato, os títulos de crédito possuem algumas exigências que são indispensáveis à boa manutenção das relações comerciais. A experiência já provou que não podem ser afastadas certas características, como o formalismo, a cartularidade e a literalidade, representando o aceite em separado perigo real às práticas cambiárias, ainda mais quando os papéis são postos em circulação. 4. O aceite lançado em separado à duplicata não possui nenhuma eficácia cambiária, mas o documento que o contém poderá servir como prova da existência do vínculo contratual subjacente ao título, amparando eventual ação monitória ou ordinária (art. 16 da Lei nº 5.474/1968). 5. A duplicata despida de força executiva, seja por estar ausente o aceite, seja por não haver o

devido protesto ou o comprovante de entrega de mercadoria, é documento hábil à instrução do procedimento monitório. 6. Recurso especial provido. (REsp 1334464/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

AÇÃO MONITÓRIA - PROVA ESCRITA - DUPLICATAS PROTESTADAS, SEM ACEITE E SEM O RECIBO DE ENTREGA DAS MERCADORIAS - DOCUMENTOS HÁBEIS À INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO - PRECEDENTES DO STJ. I - O documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação. II - Assentando o Tribunal de origem estar a duplicata despida de força executiva por ausência de aceite, é ela documento hábil à instrução do procedimento monitório. III - Recurso não conhecido. (REsp 204.894/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2001, DJ 02/04/2001, p. 287. Informativo de Jurisprudência nº 0085, de 19 a 23 de fevereiro de 2001)

Por todas as considerações acima, no mesmo sentido do voto do Ilustre Relator, tenho que não há de se exigir para a propositura de ação monitória fundada em duplicata sem aceite o comprovante de recebimento das mercadorias, pois a relação obrigacional entre as partes e o pretenso direito poderão ser comprovados por outras provas escritas, a serem analisadas e valoradas pelo magistrado antes da expedição do mandado monitório.

Contudo, há de se considerar que, nos termos do art. 700, § 5º, CPC, "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".

E, consoante o art. 702, CPC, independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, CPC, embargos à ação monitória, que poderão se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum. Quanto a este aspecto, registre-se que o procedimento dos embargos é de cognição plena e exauriente, que permite às partes ampla oportunidade de alegação e de produção de provas, conforme esclarecem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Veja-se:

Não há dúvida que o procedimento monitório assegura a ampla defesa. Se a instauração de embargos fica a critério do devedor, basta perguntar qual é a natureza do procedimento dos embargos. Ou melhor, basta indagar se o procedimento dos embargos é materialmente sumário, restringindo a possibilidade da realização de determinadas alegações ou de produção de certos tipos de prova, ou se é um procedimento que permite às partes ampla oportunidade de alegação e de produção de provas.

O procedimento dos embargos, diante da ausência de qualquer restrição à possibilidade de alegação ou de produção de prova, ou mesmo de qualquer indicativo que pudesse diferenciá-lo, no aspecto formal, do procedimento ordinário, não tem como deixa de obedecer aos ditames deste último. O procedimento dos embargos é de cognição plena e exauriente. (obra acima citada)

Segundo o Ilustre Relator, "a questão posta como cerne do incidente é a da ação monitória extinta sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, quando embasada em duplicata sem aceite e com ausência de lastro pelo comprovante de recebimento das mercadorias".

Assim, tendo em vista a questão ora posta em debate, bem como as peculiaridades da ação monitória - cognição sumária, restrição probatória (provas documentadas), possibilidade de adaptação ao procedimento comum e de apresentação de embargos -, proponho, com a maxima venia a seguinte tese jurídica para a solução do presente IRDR:

- NO CASO DE AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM DUPLICATA SEM ACEITE, A AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE ENTREGA E DE RECEBIMENTO DA MERCADORIA NÃO ENSEJA, POR SI SÓ, A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PODENDO O AUTOR COMPROVAR O SEU PRETENSO DIREITO POR OUTRAS PROVAS ESCRITAS (ART. 700, CPC) E/OU NO CURSO DO PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS À MONITÓRIA (ART. 702, CPC).

Renovo venia ao Ilustre Relator por alterar a redação por ele proposta, entendendo que a que ora se apresenta acima, melhor se amolda à tese que deve ser enfrentada via do presente IRDR.

É como voto.

DESA. JULIANA CAMPOS HORTA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. AMAURI PINTO FERREIRA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. CLÁUDIA MAIA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ALEXANDRE SANTIAGO (RELATOR)

Após conhecimento da declaração apresentada pelo e. Desembargador José Arthur, considero a necessidade de se reformular a tese por mim apresentada inicialmente, passando a constar a sugestão na forma que se segue.

- ADMITE-SE A INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DE DUPLICATA SEM ACEITE, SEM QUE SEJA REQUISITO ESSENCIAL APRESENTAR NOS AUTOS O COMPROVANTE DE ENTREGA E RECEBIMENTO DA MERCADORIA, UMA VEZ QUE A COMPROVAÇÃO PODERÁ SER FEITA POR OUTROS MEIOS NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, NÃO SE EXCLUINDO, CONTUDO, A POSSIBILIDADE DA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO, QUE PODERÁ DETERMINAR, DIANTE DA VERIFICAÇÃO DE NÃO IDONEIDADE DA PROVA A CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO APÓS EMENDA DA INICIAL (ART.700, §5º, NCPC).

Julgo, pois, PROCEDENTE O INCIDENTE.

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - De acordo com o(a) Relator(a).
DESA. JULIANA CAMPOS HORTA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. AMAURI PINTO FERREIRA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. CLÁUDIA MAIA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ÁLVARES CABRAL DA SILVA - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. ALBERTO HENRIQUE - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o(a) Relator(a).
DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "JULGARAM PROCEDENTE O IRDR PARA FIRMAR O PRECEDENTE:

- ADMITE-SE A INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DE DUPLICATA SEM ACEITE, SEM QUE SEJA REQUISITO ESSENCIAL APRESENTAR NOS AUTOS O COMPROVANTE DE ENTREGA E RECEBIMENTO DA MERCADORIA, UMA VEZ QUE A COMPROVAÇÃO PODERÁ SER FEITA POR OUTROS MEIOS NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, NÃO SE EXCLUINDO, CONTUDO, A POSSIBILIDADE DA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO, QUE PODERÁ DETERMINAR, DIANTE DA VERIFICAÇÃO DE NÃO IDONEIDADE DA PROVA A CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO APÓS EMENDA DA INICIAL (ART.700, §5º, NCPC)."