



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO São Paulo

Registro: 2019.0000728300

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1056057-90.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes [REDACTED] e [REDACTED], são apelados [REDACTED] e [REDACTED].

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso dos autores, na parte conhecida, e deram provimento ao recurso adesivo dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente), FORTES BARBOSA E GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 4 de setembro de 2019.

AZUMA NISHI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

1ª. CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1056057-90.2015.8.26.0100

COMARCA: SÃO PAULO 35ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
 MAGISTRADO: GUSTAVO HENRIQUE BRETAS MARZAGÃO APELANTE:

[REDACTED] e [REDACTED] APELADOS: [REDACTED]

Voto nº 8.804

APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. PROVA DO ALEGADO PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO EM ESPÉCIE. Ação de cobrança de parcelas do preço, relativas a receitas auferidas até a data da transmissão da posse, reembolso de despesas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

com o pagamento de vales transporte e alimentação e de conta de consumo de telefonia. Procedência parcial. Pedido contraposto. Repetição em dobro de valores cobrados em duplicidade na demanda, nos termos do art. 940 do CC. Procedência, diante do acolhimento da tese de pagamento. Requerentes que, em razão de conduta processual improba, ainda foram condenados por litigância de má-fé. Decisão reformada em parte. Boletos de fiado. Matéria não devolvida, à falta de impugnação específica. Despesas correntes (conta de telefone e vales transporte e alimentação) pagas pelos vendedores.

Impossibilidade de ressarcimento. Aplicação da regra contratual prevista na cláusula 8.8. Atraso na transmissão da posse. Ausência de discussão de culpa. Ajuste no sentido de que todas as receitas auferidas até o dia anterior à transmissão da posse seriam de titularidade dos vendedores. Necessária interpretação contratual à luz da boa-fé objetiva, evitando-se enriquecimento sem causa. Receitas auferidas durante a parte da manhã do dia em que a posse foi transmitida são devidas, na esteira da interpretação sistemática do contrato e à luz da boa-fé objetiva. Tese de pagamento arguida na defesa. Acervo probatório que lhe dá suporte. Existência de início de prova escrita e de confirmação por testemunhas. Pagamento demonstrado. Repetição em dobro (art. 940 do CC). Desnecessidade de reconvenção.

Penalidade que decorre da lei, cuja aplicação pode ser requerida na contestação por meio de pedido contraposto. Precedente do STJ em recurso repetitivo. Condenação em dobro mantida. Má-fé na cobrança evidenciada. Sanção processual por litigância de má-fé afastada. Ausência de comportamento processual inapropriado ou temerário. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

APELO ADESIVO. Pretensão à majoração da verba honorária a fim de que o percentual arbitrado na origem incida sobre o total do proveito econômico obtido, levando em conta ainda o pedido contraposto. Possibilidade. Verba honorária deve incidir sobre o total da condenação. Aplicação do §2º do art. 85 do NCPC. Precedente. RECURSO PROVIDO.

Vistos.

1. Trata-se de dois recursos de apelação visando à reforma da r. sentença de fls. 585/591, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação de cobrança que [REDACTED] e [REDACTED] ajuizaram em face de [REDACTED] e [REDACTED], a fim de condená-los ao pagamento de R\$ 19.848,49. Lado outro, considerando que os autores estariam cobrando dívida já paga, o juízo, acolheu pedido contraposto formulado na contestação e condenou os autores ao pagamento em dobro dos valores exigidos em duplicidade na demanda, nos termos do art. 940 do CC, bem como ao pagamento de multa processual equivalente a 5% do valor da causa.

Em razão da sucumbência mínima dos réus, a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais foi atribuída aos autores, que ainda foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios, equivalentes a 10% do valor atualizado do proveito econômico obtido pelos corréus, o que corresponderia, na visão do juízo *a quo*, ao valor pedido na inicial menos o valor da condenação dos réus.

2. Inconformadas, ambas as partes recorrem.

3. Os autores, a fls. 606/627, argumentam que toda a receita auferida pelo posto até a efetiva transmissão da posse, ocorrida em 3/2/2015, é devida, conforme previsão contratual e sob pena de menosprezo ao princípio da boa-fé objetiva dos contratos. Ademais, negar direito à cobrança das receitas auferidas até a data da imissão na posse, sob o argumento de que o contrato previu apenas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

o reembolso de receitas havidas até um dia antes da transmissão, revela, no entendimento dos apelantes, que o juízo não agiu de forma isonômica, pois em outro ponto da controvérsia, referente à forma de pagamento, o juízo desconsiderou o ajuste do pagamento mediante transferência bancária, para dar guarida à tese encampada pelos réus.

Da mesma forma, os valores despendidos com o pagamento de vale transporte e vale refeição aos funcionários também são devidos, pois foram pagos a fim de evitar paralisação de funcionários durante o período em que os réus já estariam na posse do estabelecimento. Segundo os autores, a comprovação dos pagamentos poderia ser feita mediante análise da escrituração contábil do posto.

Alegam que o acolhimento da tese de pagamento de vultosa quantia (R\$ 455.628,00), em espécie, não é usual, discrepa da rotina de empresários envolvidos em negócio de grande vulto e não poderia ter sido baseada unicamente na prova testemunhal, mercê do quanto disposto nos arts. 319 e 320 do CC.

Asseveram que o contrato previu como forma de pagamento a transferência bancária, de modo que ao pagarem de forma diversa, os réus deveriam ter exigido recibo de quitação, mormente em se tratando de parcelas elevadas. Além disso, não seria crível que mesmo após a suposta recusa de fornecimento de recibo os réus continuassem a efetuar os pagamentos.

Ademais, não foram apresentados documentos relativos à movimentação contábil do posto que permitissem aferir a retirada do numerário supostamente entregue pessoalmente ao coautor Sr. [REDACTED], tampouco foram acostadas declarações de imposto de renda, sendo certo que a testemunha que afirmou ter presenciado a entrega dos valores é atualmente funcionária dos réus e sequer soube dizer o valor dos pagamentos. As outras duas testemunhas apenas confirmaram que o Sr. [REDACTED] visitava com frequência o posto, no entanto, segundo os apelantes, tais visitas se destinavam à retirada de objetos pessoais.

Aduzem que a sentença afronta o disposto no art. 444 do CPC ao aceitar como início de prova de pagamento um email endereçado a terceiro sem poderes para dar quitação em nome do credor.

Apontam, ainda, sinais de adulteração nas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

mensagens de aplicativo de celular apresentadas pelos réus, que teriam sido editadas, como se poderia perceber a partir da incongruência na ordem cronológica das mensagens.

Da mesma forma, as mensagens transcritas às fls. 334 e 335 dos autos (também inseridas na contestação) trocadas entre o Sr. [REDACTED] e a Sra. [REDACTED], sequer são confirmadas no depoimento da testemunha, que informou em audiência ter perdido seu celular, e que não sabe ao certo os valores pagos. Ademais, tais conversas são imprestáveis para provar o pagamento, pois trocados entre o devedor e sua funcionária.

Além disso, como são dois os credores, um deles não receberia o pagamento em nome do outro e em dinheiro sem outorgar um recebido de quitação.

Insistem na tese de que a prova do pagamento de vultosa quantia deve ser realizada mediante recibo, sobretudo diante do zelo das partes na celebração do contrato, onde fizeram constar na cláusula 12.2 que o cheque dado em 03/11/2014 como garantia ao fechamento do negócio no pré-contrato de venda e compra não poderia ser descontado, tendo em vista a celebração do negócio.

Afirmam que o pedido contraposto deveria ser formulado no bojo de reconvenção e negam a existência de má-fé na cobrança, requisito para a condenação prevista no art. 940 do CC, como já considerado em precedente do STJ citado na minuta do recurso.

No mais, entendem que a sentença previu condenação dobrada pelo mesmo fato ao também condenar os autores ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

O recurso é tempestivo e as custas foram recolhidas (cf. fls. 628). Contrarrazões a fls. 631/653.

4. Os réus apresentaram recurso adesivo a fls. 654/663, postulando a incidência do percentual da verba honorária sobre todo o valor da condenação, que incluiria o pedido contraposto formulado na contestação.

Insistem que o benefício econômico que lograram êxito em obter decorre do acolhimento quase integral da tese defensiva, além do sucesso na cobrança em dobro.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

Argumentam com a ampliação do pedido em decorrência da formulação de pedido contraposto, de modo que a sucumbência, necessariamente, deve levar em conta o acolhimento do pleito formulado na contestação.

O recurso é tempestivo e as custas foram recolhidas (cf. fls. 664). Contrarrazões a fls. 673/677.

5. Há oposição ao julgamento virtual (cf. fls. 671).

É o relatório do necessário.

6. [REDACTED] e [REDACTED]
[REDACTED]

ajuizaram AÇÃO DE COBRANÇA em face de [REDACTED] e [REDACTED] narrando que, em 18/12/2014, celebraram contrato de compra e venda de estabelecimento comercial, quotas sociais e outras avenças, por meio do qual se obrigaram a vender aos réus a totalidade das cotas sociais do estabelecimento comercial denominado [REDACTED]. (cf. instrumento contratual a fls. 403/413).

Ajustou-se o preço total de R\$ 9.000.000,00, a ser pago nas condições expressas na cláusula 2.1. Consta ainda que os compradores assumiram a obrigação de manter ativas todas as contas correntes do posto, pelo prazo mínimo de sessenta dias, obrigando-se a repassar aos vendedores, em 24 horas, todas as receitas auferidas pelo posto até o dia anterior ao da transferência da posse (cf. cl. 11.2, fls. 412).

A despeito de a transmissão da posse ter sido agendada para o dia 1/2/2015, somente veio a ocorrer em 3/2/2015, às 14 hrs, de modo que os autores, com base em interpretação da cláusula 11.2 consideram ser credores de todos os valores auferidos pelo posto até o momento da efetiva transferência da posse. Além desses valores, os autores alegaram ter quitado uma conta de telefone e despesas com funcionários (vale alimentação e transportes).

No entanto, embora os requerentes tenham encaminhado planilha pormenorizada do total devido (R\$ 1.027.819,76), o pagamento foi realizado a menor (R\$ 434.930,37) e com



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

atraso, sem discriminar a que parcela da dívida se referia, o que impossibilitou a outorga de quitação.

Nesse contexto, diante da existência de saldo do preço inadimplido (R\$ 652.178,32), postularam os vendedores a condenação dos réus ao pagamento desse valor.

7. Ao contestar o feito (fls. 325/341), os compradores alegaram que a dívida já havia sido substancialmente paga e que os autores indicaram valor superior ao devido, visto que as despesas com vale transporte e alimentação e relativa ao pagamento de conta de telefonia, bem como as receitas auferidas durante o atraso na transmissão da posse, não poderiam ser exigidas, à falta de comprovação do dispêndio e de lastro no contrato.

Segundo consta da defesa, foram realizados diversos pagamentos em espécie ao co-autor [REDACTED]. Tais pagamentos, cuja somatória importa em R\$ 455.628,00, estariam demonstrados por meio do e-mail encaminhado à esposa do Sr. [REDACTED] em 24/2/2015 e com base em mensagens de aplicativo de celular trocadas entre as partes e com funcionários do posto.

Assim, descontando os valores já pagos e as verbas inexigíveis, o saldo devido seria de apenas R\$ 19.848,49, valor que veio a ser acolhido pelo juízo.

No mais, os réus postularam, em pedido contraposto, a condenação dos autores nas penas previstas nos arts. 940 do CC e 81 do CPC.

8. Na réplica (fls. 387/402), os autores impugnam a veracidade das mensagens de *whatsapp*, alegando serem fruto de montagem, aduziram que a narrativa de pagamentos em espécie era inconsistente, os funcionários do Sr. [REDACTED] não teriam poderes para dar quitação e aduziram que a prova testemunhal seria imprestável para demonstrar o pagamento, já que as testemunhas mentiriam em juízo para manter seus empregos.

Além disso, o valor que entrou no caixa até a hora da posse (14 hrs do dia 3/2/15) seria sim devido, consoante ajuste verbal realizado no momento da transferência da posse e, além disso, seriam



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

também exigíveis por força da boa-fé objetiva, visto que o atraso na transferência da posse não se deu por culpa dos autores.

9. Instados a apresentar provas (fls. 521), os

réis postularam a oitiva de três testemunhas e os autores arrolaram, intempestivamente, outras duas (cf. fls. 532/3).

Em decisão saneadora (fls. 538), o juízo fixou como ponto controvertido a existência do crédito e indeferiu a oitiva das testemunhas arroladas pelos autores, em razão da intempestividade de sua indicação.

A negativa foi mantida mesmo após os autores terem requerido a reconsideração (cf. fls. 540/1 e 545).

Termo de audiência a fls. 537/558.

Sobreveio, então, a r. sentença, acolhendo apenas, em parte, a cobrança e, em razão da demonstração do pagamento, determinando a repetição em dobro e o pagamento de multa por litigância de má-fé.

10. Inicialmente, deve-se esclarecer sobre a matéria devolvida.

A questão concernente ao pagamento dos boletos de fiado não foi devolvida, à falta de impugnação específica dos apelantes. Analisando a fundamentação relativa aos boletos, vê-se que o motivo para a improcedência reside na ausência de comprovação de pagamento das quantias, sendo certo que, no apelo, os autores não tecem sequer uma linha para derribar a motivação externada pelo juízo, de modo que resta inviável o controle de juridicidade da decisão, à falta de impugnação específica por parte dos autores, ônus que lhes era próprio.

Preceitua o artigo 1.010 do Novo Código de Processo Civil: “A *apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà :-I. os nomes e a qualificação das partes; II. a exposição do fato e do direito; III. as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; IV. o pedido de nova decisão.*”

Sendo assim, caberia aos apelantes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

demonstrar de forma pormenorizada as razões que poderiam subsidiar o pedido de reforma do ato impugnado.

Na lição de Araken de Assis "*Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (error in iudicando), o vício de procedimento (error in procedendo) ou o defeito típico que enseja a declaração de provimento.*"

Sobre o tema, **Theotônio Negrão** anota ser incognoscível o recurso "**em que as razões são inteiramente dissociadas do que a sentença decidiu (RT 849/251, RJTJESP 119/270, 135/230, JTJ 259/124, JTA 94/345, Bol. AASP 1.679/52)**"¹, como ocorre na espécie.

De há muito a jurisprudência deste Egrégio tribunal proclama que "*Não se conhece de apelação quando não e feita a exposição do direito e das razões do pedido de nova decisão.*"²

11. Estabelecida a
extensão da

matéria devolvida, em relação à conta de telefone, anote-se que, nos termos da cláusula 8.8 (fls. 410), todas as despesas correntes do posto relativas a período anterior à posse, mas com vencimento posterior, correriam por conta dos vendedores, logo, não há direito de ressarcimento.

12. Com relação aos benefícios pagos aos funcionários, ainda que os autores tivessem cabalmente demonstrado o pagamento dessas verbas, o que se admite para argumentar, forçoso concluir que não se pode exigir reembolso dos compradores.

A avença previu o desligamento dos funcionários (cl. 9.1, a fls. 411) e imputou aos vendedores a obrigação de formalizar, com a antecedência necessária, os avisos prévios, assumindo os autores a responsabilidade pelas respectivas rescisões. Ora, os vendedores, de antemão, sabiam que os empregados não seriam mantidos; logo, a tese de que o pagamento foi feito de boa-fé, a fim de evitar paralisação dos funcionários, não convence.

Veja-se que a cláusula 9.2 é clara ao dispor

¹ In Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual em vigor, 39ª edição, Ed. Saraiva, p.633.

² Nos termos da Súmula no 4 do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

que o escritório de contabilidade encarregado da escrituração das contas do posto deveria, no prazo de 30 dias, a partir da transferência da posse, apresentar cálculo para rescisão de todos os demais funcionários.

De mais a mais, tais despesas se enquadram na regra contratual prevista na cláusula 8.8, que impõe a responsabilidade de custeio aos vendedores. Inviável ressarcimento, pois.

13. Quanto às receitas auferidas durante a parte da manhã do dia em que a posse foi transferida, anote-se que o contrato não previu disposição específica para esse caso e nos autos não se controverteu sobre qual dos litigantes deu causa ao atraso.

Com efeito, a posse deveria ser transmitida em 1/2/2015 às 6:00 hrs, mas somente em 3/2/2015, às 14:00 hrs, os compradores foram empossados.

A questão, portanto, não encontra solução na aplicação direta do contrato, que é omissa nesse ponto, devendo ser analisada de forma sistemática, sem perder de vista a intenção das partes (art. 112 do CC) e à luz da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), levando em conta, ainda, quem era o responsável pelo risco empresarial no momento em que essas receitas foram geradas, pois é a assunção do risco a contrapartida que justifica o lucro.

Veja-se que a regra contratual é no sentido de destinar as receitas relativas ao dia anterior ao da posse aos vendedores (cl. 11.2, fls. 412), mas considerando que o estabelecimento fosse ser transferido às seis da manhã, ou seja, no início do expediente. Ora, atrasada a transmissão da posse, mostra-se iniqua a conclusão no sentido de atribuir somente as receitas auferidas até um dia antes, dado que o estabelecimento funcionou até às 14:00 hrs sob a gerência dos vendedores, que fazem jus às receitas, sob pena de enriquecimento sem causa dos réus.

O inverso, com efeito, importaria em conferir aos compradores direito a receitas pelos quais não fez qualquer investimento, já que decorrentes de negócios jurídicos anteriores à transmissão da posse.

Até a efetiva transmissão da posse, eram os vendedores quem estavam à frente do negócio e do risco empresarial, sendo certo que as receitas são fruto da administração dos vendedores.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

Trata-se de evitar prejuízo dos vendedores e lucro sem causa dos compradores, que somente passaram a gerir o estabelecimento às 14 hrs do dia 3/2/2015.

Assim, a fim de evitar prejuízo dos vendedores, deve-se considerar que toda a receita auferida até a transmissão da posse deve ser repassada aos autores, os quais fazem jus a receitas das operações realizadas enquanto a gestão do posto não foi transmitida aos compradores.

14. No mais, o restante da controvérsia reside em questão eminentemente de fato, cumprindo verificar, em resumo, se a tese de pagamento prospera. A resposta é positiva.

No caso em tela, os réus aduziram que o montante cobrado pelos autores já havia sido pago em espécie e diretamente ao coautor [REDACTED], consoante listagem de pagamentos discriminada a fls. 331 da contestação, e por meio de uma transferência eletrônica de valores que os autores não listaram na petição inicial (TED de fls. 347, no valor de R\$ 21.549,16).

Para comprovar os pagamentos em espécie, os réus sustentam que, em mensagem eletrônica a fls. 286, na qual a esposa do Sr. [REDACTED], supostamente encarregada de intermediar e fiscalizar o cumprimento do contrato, teria admitido o pagamento, afirmado pelo vendedor, na conversa. Isso porque, na qualidade de representante dos vendedores, ao não refutá-lo expressamente na resposta, que tratou apenas de outros temas abordados na conversa, dentre eles a questão do posto junto à CETESB, teria admitido o pagamento da forma afirmada pelo comprador, notadamente ao se quedar inerte em relação a outro e-mail no qual o comprador atualizou a lista de pagamentos.

Além disso, existem mensagens de aplicativo nas quais as partes combinam a retirada de dinheiro, inclusive discriminando valores (cf. fls. 349/355), e instruções a funcionários para que contassem dinheiro que seria entregue ao autor (fls. 361).

Dúvida não há de que a prova de pagamento, por excelência, é o recibo de quitação. Como alertava Washington de Barros Monteiro: "*Quem paga deve munir-se da necessária*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

quitação passada pelo credor. Se o fizer em confiança, não poderá mais tarde invocar essa circunstância, ao ser cobrado de novo”³.

Nada obsta, no entanto, na atual codificação civil e processual, que o devedor comprove o pagamento por outros meios.

A vedação prevista no *caput* do art. 227 do CC foi revogada, de modo que se mostra possível a admissão da prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, independentemente do valor da obrigação, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova (art. 444 do CPC).

O parágrafo único do art. 227 do CC, ainda em vigor, dispõe que qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova escrita.

Por fim, o art. 445 do CPC admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação. É o caso dos autos.

A prova oral confirmou que os réus solicitaram a outorga de recibo, mas o co-autor [REDACTED] se recusou a passá-lo, e, na ocasião, as partes quase chegaram às vias de fato. A propósito, confira-se este excerto da r. sentença, que bem explica a situação:

“No caso em exame, contudo, a dinâmica estabelecida entre as partes, ao menos nessa parte dos repasses dos créditos dos autores, foi, a despeito dos altos valores envolvidos e do número de repasses, marcada pela informalidade e precariedade de controle porque, no início, a relação entre as partes ainda era boa. Ao longo do mês de fevereiro, o relacionamento deixou de ser harmonioso e, quando o corréu [REDACTED] solicitou recibo, as testemunhas [REDACTED] e [REDACTED] relataram que o coautor [REDACTED] se recusou a emití-los e que quase entrou em vias de fato com o corréu [REDACTED].”

³ in “Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações”, 1ª Parte, Vol. 4, 24ª ed., 1990, p. 255.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

O próprio autor admitiu que em 24/2/2015 teve sério desentendimento com o comprador (cf. fls. 393).

Como se vê, a ausência de outorga de quitação não decorreu de conduta negligente dos compradores, mas sim da própria relação existente entre as partes e, finalmente, da negativa do credor. Veja-se que a situação conflituosa se verificou quando o pagamento já havia sido feito substancialmente, visto que, pela relação de fls. 287, os pagamentos em espécie cessaram em 23/2.

Há, portanto, justificativa para a ausência de recibos, não se podendo coarctar o direito dos réus de provar por outros meios o pagamento.

15. A alegação de que os e-mails de fls. 286/288 seriam imprestáveis, pois ausente participação do credor também não colhe.

Inicialmente, relembre-se que no ordenamento jurídico processual, em matéria de prova, vigora o princípio da livre persuasão racional ou da livre convicção motivada, vale dizer, não há uma escala de valor probatório, cabendo ao juiz, no caso concreto, extrair dos elementos de prova a força que reputar existente, sempre justificando sua decisão.

No caso em tela, referidas mensagens, é bem verdade, não foram encaminhadas ao titular do direito de crédito, mas sim a sua esposa, que não detém procuração para agir em nome do credor, em especial, para passar quitação, mas isso não retira o valor probatório de tal documento.

A uma, porque, segundo afirmado na defesa e sequer rebatido em réplica, a destinatária da mensagem, Sra. [REDACTED], é quem estava à frente das negociações, não se podendo desconsiderar que é esposa do vendedor e advogada, estando a par de toda a situação do contrato, o que se denota inclusive pelo teor da resposta que esta última redigiu, na qual, a despeito de ter esclarecido questões sobre documentação relativa à instalação de tanques e sobre atraso nos pagamentos, nada disse a respeito da afirmação do comprador no sentido de já ter pago, quer diretamente ao vendedor [REDACTED], quer mediante transferências bancárias, o montante de R\$ 567.177,16.

A duas, porque, no plano fático, embora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

não se possa falar de quitação, à falta de autorização expressa do credor, é bem de ver que a destinatária do e-mail não era simples funcionária, antes, pois além de ser esposa do vendedor, atuou na dinâmica pós contratual agindo como se representante fosse, não se podendo ainda desconsiderar que sendo advogada e estando à frente da fiscalização do cumprimento contratual, não é crível que não tenha impugnado os pagamentos por mero lapso, notadamente diante da postura combativa em relação aos outros temas tratados.

Veja-se que, além disso, os réus trouxeram mensagens de aplicativo encaminhadas diretamente ao credor, nas quais consta ajuste para efetivar o pagamento em espécie, de modo que a exigência da norma do art. 444 do CPC está satisfeita.

Sendo assim, os requerentes incidem em erro de perspectiva ao argumentar que tais e-mails seriam imprestáveis, devendo-se considerá-los em conjunto com o restante do contexto probatório, para, a partir daí, formar convicção.

16. Estabelecida essa premissa, analisando o conteúdo da conversa (copiada a fls. 286/288 e colacionada pelos próprios autores), verifica-se que se trata de e-mail enviado pela Sra. [REDACTED] em 23/2/2015 para o comprador, a fim de cobrá-lo sobre o repasse dos valores depositados na conta do posto. No dia seguinte, novo e-mail foi disparado ao comprador, para noticiar que o depósito não estaria sendo feito no valor integral e para cobrar a diferença.

Na sequência, o comprador redigiu resposta, na qual solicitou que fosse enviada planilha dos recebíveis apontando a diferença de valores, além de apoio para localizar documentos relativos a obras realizadas no posto antes da posse. Além disso, o comprador discriminou todos os pagamentos feitos até o dia 23/2, a saber: R\$ 16.342,00 em 4/2; R\$ 29.398,00 em 5/2; R\$ 29.182,00 em 6/2, R\$ 90.226,00 em 9/2; R\$ 58.664,00 em 11/2; R\$ 85.014,00 em 13/2; R\$ 33.375,00 em 18/2; R\$ 40.780,00 em 20/2; R\$ 72.647,00 em 23/2.

Consta do e-mail que, em 18/2 e em 23/2, foram transferidos, respectivamente, mais R\$ 40.000,00 e R\$ 50.000,00, por meio de transferências bancárias, pagamento sequer discriminado na petição inicial.

No entanto, a resposta enviada ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

comprador silenciou a respeito dos pagamentos alegadamente já feitos. Confira-se, *in verbis*:

“**██████**: Vocês possuem acesso às contas bancárias do posto e tem pleno conhecimento dos créditos que são referentes ao período anterior à venda do posto. Reafirmo que os pagamentos não estão sendo feitos no prazo de 24 horas. Quanto ao book da obra com toda a documentação relativa à instalação dos tanques, informo que ele foi entregue na Cetesb para instrução do processo de obtenção da LO. Informo também que a **██████** (cujo contato foi passado) foi responsável apenas pelo acompanhamento do processo de anistia.” (cf. fls. 286).

Não é minimamente crível que a relação de pagamentos não fosse objeto de atenção.

17. Lado outro, o autor admitiu ter retornado ao estabelecimento por diversas vezes, o que foi corroborado pelas testemunhas, que acrescentaram ainda que o autor carregava diversas caixas, nas quais o numerário poderia ser transportado com facilidade e certa discrição.

Além disso, forçoso convir que a alegação de que o autor carregava objetos pessoais restou isolada nos autos, e também carece de seriedade diante da contradição na qual incidiu o autor. Com efeito, a fls. 393 da réplica (item 4.15), o coautor **██████** admite ter ido até o posto para receber, ao passo que a fls. 620 do apelo a versão mudou, tendo o coautor aduzido que ia ao posto apenas para retirar objetos pessoais.

Os autores sequer arrolaram a última transferência bancária no valor de R\$ 50.000,00 realizada em 23/2, o que contribui ainda mais para retirar credibilidade de suas alegações.

18. É certo que o ônus do pagamento recai sobre os réus, mas o ônus relativo a fatos secundários à lide, como, por exemplo, as visitas do autor ao posto, cujo esclarecimento se mostra relevante para subsidiar a decisão de mérito justa e efetiva, é de ambos os litigantes, por força do dever de cooperação previsto no art. 6º do NCPC.

Quanto à suposta modificação da forma



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

de pagamento, ela não é relevante, visto que as partes a toleraram, tanto é assim que o autor admitiu que comparecia ao posto na expectativa de receber os valores (cf. item 4.16 da réplica), o que denota certa flexibilidade no cumprimento do contrato, notadamente no que se refere ao aceite de pagamento em espécie. Tal análise foi determinante para a convicção do juízo de piso, e deve ser levada em consideração, sob pena de a interpretação do contrato restar apartada da realidade comercial vivida pelas partes.

Ainda no que se refere à dinâmica contratual, em especial no ramo em análise, anote-se não ser de todo incomum a prática do recebimento e pagamento de despesas diárias com o próprio numerário do caixa, o que se afirma com base no art. 375 do NCPC.

Além disso, nesse sentido é a contribuição do segurança do [REDACTED] (Sr. [REDACTED]), arrolado como testemunha, e que confirmou ser comum a movimentação em espécie de numerário (cf. depoimento em mídia digital).

Não há qualquer motivo para desconfiar do relato da testemunha, notadamente porque o vínculo de emprego já não se verificava quando do depoimento e os apelantes não devolveram a matéria relativa à contradita. Ademais, a informação prestada está intimamente ligada a um costume no ramo em análise, sendo certo que os autores poderiam ter apresentado outros elementos a fim de demonstrar que essa prática não seria usual. Forçoso concluir, então, que o esclarecimento dessa peculiaridade também dependia da atuação conjunta dos litigantes, pois não se refere propriamente a um fato controvertido, mas sim sobre os usos e costumes do ramo comercial em questão.

19. Embora se deva dar o devido valor à prova testemunhal, ela é seguramente apta para subsidiar, ao menos, a conclusão no sentido de que o vendedor ia regulamentar ao posto e que o pagamento em espécie não é prática estranha ao ramo em questão e que, de fato, a relação das partes deixou de ser amistosa após os compradores terem solicitado a outorga de recibo.

20. Tendo como pano de fundo esse contexto probatório, forçoso concluir que individualmente considerados, tratam-se de indícios, mas a análise global indica, com elevada segurança,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

que o pagamento foi efetuado de acordo com o quanto alegado pela defesa.

21. No mais, é bem de ver que as partes trocaram várias mensagens de aplicativo acertando a data da retirada e o valor do numerário (cf. fls. 349/355).

É certo que os autores impugnaram essa prova, aduzindo que seria fruto de montagem, mas o que se verifica é que, em princípio, tais conversas foram realmente mantidas entre as partes, seja porque os autores não lograram comprovar que o número de telefone não pertencia ao Sr. [REDACTED], o que poderia ser feito mediante simples requerimento à empresa de telefonia para que informasse o CPF vinculado ao número, seja porque os réus afirmaram que a discrepância nas datas é justificável, já que a data exposta na mensagem se refere ao momento em que ela é visualizada pelo destinatário (cf. fls. 426). A propósito, confira-se a justificativa dos réus:

"Cumpre esclarecer, neste ponto, que, ao contrário do que tentam fazer crer os Autores, o documento não foi grosseiramente montado, sendo certo que a imagem do valor foi enviada na mesma data das demais, mas recebida em data posterior (14.3.2015) em razão de uma possível ausência de sinal. De todo modo, os Réus estão dispostos a colocar o telefone celular à disposição deste Juízo para conferência em Secretaria ou ainda elaborar uma ata notarial caso este d. Juízo entenda necessário."

22. Uma vez concluído ter havido o pagamento, a aplicação da sanção prevista no art. 940 do CC é inarredável, visto que o pagamento foi feito diretamente ao credor, não se cogitando sequer de eventual controle administrativo que justificasse o equívoco.

Aliás, os autores sequer arrolaram uma das TED feitas pelos réus, o que corrobora a má-fé na cobrança.

O C. STJ já definiu que é possível postular a repetição dobrada em sede de pedido contraposto, desde que existente má-fé. A propósito:

RECURSOS ESPECIAIS - DEMANDA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

POSTULANDO A DECLARAÇÃO DE INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE AS PARCELAS PAGAS A CONSÓRCIO E A RESPECTIVA RESTITUIÇÃO DOS VALORES - ACÓRDÃO ESTADUAL QUE CONSIDEROU INCIDENTES JUROS DE MORA, SOBRE OS VALORES REMANESCENTES A SEREM DEVOLVIDOS AOS AUTORES, DESDE O 31º DIA APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO CONSORCIAL, BEM COMO APLICOU A SANÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 1.531 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ATUAL ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) EM DETRIMENTO DO DEMANDANTE QUE NÃO RESSALVARA OS VALORES RECEBIDOS. 1. Insurgência dos consorciados excluídos do grupo. 1.1. Controvérsia submetida ao rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC): A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor. 1.2. Questão remanescente. Apesar do artigo 1.531 do Código Civil de 1916 não fazer menção à demonstração da má-fé do demandante, é certo que a jurisprudência desta Corte, na linha da exegese cristalizada na Súmula 159/STF, reclama a constatação da prática de conduta maliciosa ou reveladora do perfil de deslealdade do credor para fins de aplicação da sanção civil em debate. Tal orientação explica-se à luz da concepção subjetiva do abuso do direito adotada pelo Codex revogado. Precedentes. 1.3. Caso concreto. 1.3.1. A Corte estadual considerou evidente a má-fé de um dos autores (à luz



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

das circunstâncias fáticas constantes dos autos), aplicando-lhe a referida sanção civil e pugnano pela prescindibilidade de ação autônoma ou reconvenção. 1.3.2. Consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte acerca da via processual adequada para pleitear a incidência da sanção civil em debate. Ademais, para suplantar a cognição acerca da existência de má-fé do autor especificado, revelar-se-ia necessária a incursão no acervo fáticoprobatório dos autos, providência inviável no âmbito do julgamento de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.⁴

23. Quanto à sanção processual, em princípio, não há falar em *bis in idem*, pois ela decorre de comportamento temerário do litigante no curso do processo e não do fato de o autor demandar dívida já paga, o que já foi apenado pela sanção civil. Vale dizer, o dolo específico da litigância de má-fé se refere ao comportamento da parte no processo, o que, no entanto, não se consumou na espécie.

Os autores apenas exerceram seu direito de ação nos limites autorizados pelo ordenamento, e inclusive lograram êxito em parte do pedido. A improcedência do restante aliada à aplicação do art. 940 do CC não são suficientes para inexoravelmente conduzir à aplicação da multa por litigância de má-fé.

24. Em resumo, o recurso dos autores, na parte conhecida, comporta provimento parcial, a fim de reconhecer o direito às receitas auferidas até a data da transmissão da posse, que deve se restringir à margem obtida, e para afastar a sanção processual.

25. Em razão da modificação do resultado, cabível seria a modificação da distribuição dos encargos de sucumbência, no entanto, mesmo à luz do sucesso parcial do recurso, o malogro dos réus é mínimo, o que justifica seja mantida a responsabilidade pelas despesas processuais a cargo dos autores, fazendo jus os patronos dos réus ao recebimento de honorários advocatícios de 12,5% sobre o total da

⁴ STJ., 2ª seção, REsp 1.111.270/PR, rel. Min. MARCO BUZZI, j. 25/11/2015.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO São Paulo

condenação, já considerada a atuação exitosa na fase recursal, nos moldes do §11 do art. 85 do CPC.

26. Resta apreciar o recurso adesivo, aviado com vistas a fazer com que o percentual da verba honorária incida sobre o total da condenação a que os autores estão sujeitos por força do acolhimento do pleito contraposto.

Uma vez admitida a possibilidade de postular em pedido contraposto à repetição dobrada, de rigor que, sendo procedente o pedido, o valor da sanção seja agregado ao benefício econômico obtido pelo réu, pois a multa reverte em seu favor, de modo que o percentual dos honorários incide sobre o total da condenação, mercê do §2º do art. 85 do NCP. A propósito:

AÇÃO MONITÓRIA JULGADA EXTINTA SEM EXAME DO MÉRITO, ANTE O RECONHECIMENTO DA COISA JULGADA – recurso da ré, objetivando o acolhimento do pedido contraposto por ela formulado quando da apresentação dos embargos monitórios, assim como a majoração/alteração da base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais. JUSTIÇA GRATUITA – requerimento formulado pela apelante no recurso – benefício que deve ser concedido ausência de indícios que destoem da declaração de pobreza firmada – inteligência do art. 99, § 2º do CPC/15 recurso conhecido independentemente de preparo. PEDIDO CONTRAPOSTO – INDENIZAÇÃO A QUE ALUDE O ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL – cabimento – ajuizamento de ação monitória baseada no mesmo contrato de abertura de crédito em conta corrente que havia sido objeto de anterior ação de execução entre as mesmas partes execução que havia sido extinta pelo pagamento efetuado pelo exequente após o acolhimento das matérias defensivas alegadas pela executada e o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO São Paulo

Desembargador Relator