



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000484312

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0195419-37.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TÂNIA XAVIER GALASSO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ADACOPLAM AUTO PART S INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente) e CARLOS ALBERTO LOPES.

São Paulo, 26 de junho de 2018

RAMON MATEO JÚNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 16399

Apelação nº 0195419-37.2009.8.26.0100

Apelante: Tania Xavier Galasso

Apelada: Adacoplam Auto Parts Industrial e Comercial Ltda.

Comarca: São Paulo (Foro Central – 5ª Vara Cível)

Juiz sentenciante: Gustavo Coube de Carvalho

Ação de declaração de inexistência de dívida. Danos morais. Autora que trabalhou na empresa ré, sendo demitida por justa causa e coagida a assinar confissão de dívida por suposta apropriação indébita cometida em prejuízo da empregadora, que pretende a declaração de inexistência da dívida, alegando coação. Sentença de improcedência. Pleito recursal. Revelia. Presunção relativa da veracidade dos fatos narrados pela parte autora, o que permite ao Juízo a análise das provas constantes dos autos, mas, não se estabelece a certeza do direito, que o juiz aplicará segundo seu livre convencimento e consoante o princípio da lógica do razoável. Princípio da aquisição processual, a prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Prova coligida que denota a veracidade de ocorrência de negócio jurídico, não restando comprovada a alegada coação para a feitura da confissão de dívida. O fato de a confissão de dívida não constar a assinatura de duas testemunhas, por si só, não enseja a anulabilidade do negócio jurídico encetado e nem perde sua eficácia probatória. Empresa ré que se desincumbiu de seu ônus. Inteligência e aplicação do artigo 373, inciso II do Código de Processo Civil. Danos morais. Descabimento. Honorários advocatícios. Majoração. Descabimento. Recurso não contrariado. Inteligência e aplicação do art. 85, §11 do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Apelo improvido.

Vistos

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença (fls.332/333;346), proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de dívida cumulada com pedido de danos morais movida por Tania Xavier Galasso em face de Adacoplam Auto Parts Industrial e Comercial Ltda., que julgou improcedente o pedido e extinguiu o processo, com resolução de mérito, com base no artigo 487, I do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, e aos honorários advocatícios fixados em 10% do

valor atualizado da causa, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado.

Inconformada, apela Tania Xavier Galasso, alegando, em apertada síntese, que propôs a demanda em razão de ter sido coagida pelo sócio de seu empregador (empresa apelada) a assinar instrumento de confissão de dívida (fl.20) no valor de R\$330.104,71, tendo sido empregada da empresa (março 2002/ a julho/2009 – fls.71/71vº), vindo a ser demitida (fls.16/17;155). Pretende a declaração de inexigibilidade do título cumulada com indenização por danos morais; a declaração da pena de confissão da apelada (ausente à audiência de instrução) nos termos do artigo 385 do NCPC; que exercia a função de auxiliar administrativa e efetuava vendas de peças importadas e recebia comissões pelas vendas, o que justifica os valores recebidos e de total conhecimento do sócio que, inclusive, era quem calculava os valores e fazia o pagamento das comissões (normalmente através de cheques em períodos semanais), vindo a efetuar depósitos na conta de seu marido não havendo nada de ilegal (cheques de comissões) tanto que os valores indicados pelo apelado são muito superiores aos efetivamente recebidos e depositados sequer atingindo o valor da confissão de dívida objurgada, tendo assinado o referido documento (confissão de dívida – fl.20) mediante coação e ameaça do sócio da apelada (Adão Bernardes de Medeiros), por medo das ameaças constantes a sua pessoa (inclusive sua família e seus filhos), optando por se defender perante autoridade policial. Aduz que não há prova de sua conduta ilícita; que o documento contém apenas a assinatura da apelante (coagida), ausentes as assinaturas de duas testemunhas de modo que enseja a anulabilidade do ato (art. 171, II do Código Civil), vez que o referido contrato foi elaborado de forma unilateral, não tendo eficácia probatória e nem força de título executivo. Afirma que no conjunto probatório há elementos suficientes para comprovação e reconhecimento de vício de consentimento na confissão de dívida assinada; que a decisão foi contrária à prova documental acostada aos

autos, não tendo a apelada se desincumbido do ônus da prova que lhe competia. Pleiteia a reforma (fls.349/360).

O processo teve sentença de extinção sem apreciação do mérito (fls.186/188, atacada por embargos declaratórios (fls.192/198), que restaram rejeitados (fl.203), sendo objeto de recurso de apelação (fls.206/221), recebido em ambos os efeitos (fl.222), contrariado (fls.224/226), inicialmente distribuído à 7ª Câmara de Direito Privado (a este relator – fl.232), que determinou sua redistribuição (fls.235/238), sendo redistribuído à 18ª Câmara de Direito Privado (fl.241), que conheceu do recurso e deu parcial provimento, determinando a remessa dos autos à origem para o prosseguimento (fls.245/249).

Diante do retorno dos autos, o magistrado sentenciante veio a determinar a redistribuição do feito à 3ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera (fl.256), onde tramitam os autos de execução (fls.260/264); cujo magistrado suscitou conflito negativo de competência (fl.272/275), donde a Câmara Especial do Tribunal de Justiça julgou procedente o conflito e declarou competente para ambos os feitos o Juízo suscitado, da 5ª Vara Cível do Foro Central (fls.280/284), encontrando-se os autos de execução (processo nº0232444-72.2009.8.26.0007) provisoriamente arquivados.

Designada a audiência de conciliação (fl.299), restou prejudicada pela ausência da requerente, ora apelante, ou de quem a representasse (fl.301). Instadas as partes às provas que pretendiam produzir (fl.303), a autora (apelante) protestou por prova documental, testemunhal e depoimento pessoal das partes (fls.306/307), decorrendo o prazo *in albis* para a empresa ré (apelada fl.308).

Determinada a audiência (fl.309), cabia aos advogados e partes as providências do artigo 455 do CPC, apresentando em cinco dias, sob pena de preclusão, rol de testemunhas com as informações do art. 450 do mesmo estatuto processual, decorrendo o prazo sem

apresentação de testemunhas pelas partes (fl.311). Na audiência, foi julgada preclusa a produção de prova testemunhal, tendo sido sendo lavrado termo de depoimento pessoal da autora (fl.313), restando ausente a empresa ré, bem como o seu advogado (fl.312).

Intimadas as partes para a apresentação de alegações finais (fl.315), manifestou-se a autora (fls.318/330), decorrendo o prazo sem manifestação da empresa ré (fl.331), seguindo-se a prolação da r. sentença objurgada (fls.332/333), atacada por embargos de declaração com efeito modificativo (fls.337/345), que restaram rejeitados (fl.346).

Recurso de apelação tempestivo, não preparado ante a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça (fl.41), recebido em ambos os efeitos em sede recursal e não contrariado (fl.363).

É o relatório.

Voto.

A apelação não merece provimento.

De proêmio, anoto que *a revelia gera apenas a presunção de veracidade relativa* (não absoluta) *dos fatos articulados na exordial*, nem sempre implicando necessariamente no acolhimento integral do pedido¹, devendo submeter-se à criteriosa apreciação do magistrado, a partir das provas colacionadas e consoante o princípio da lógica do razoável, para a prolação de um provimento jurisdicional equilibrado e justo e, nos autos em testilha, cotejando as publicações e respectivos prazos.

Ressalte-se que em nosso processo moderno, o magistrado deixou de atuar como um mero expectador do duelo que travam as partes, mas assume poderes de iniciativa (na verdade, um poder-dever) que lhe permite melhor analisar os fatos para pesquisar e

¹ STJ – AgRg. no REsp. n. 590.532, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 15.9.2011; REsp. n. 1.128.646, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.8.2011; e AgRg. no Ag. n. 1.211.527, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.10.5.2011.

alicerçar a instrução da causa na busca da verdade real, sendo a produção de prova um meio de convencimento do julgador, que se embasa no princípio do livre convencimento ou persuasão racional (consagrado no artigo 371 do NCPC², constando anteriormente no artigo 131 do Código de Processo Civil³), do qual decorre seu poder-dever no julgamento da demanda; o *poder* diz respeito à liberdade que o magistrado dispõe para valorar a prova (eis que entre elas não existe hierarquia⁴) e o *dever*, que se traduz na fundamentação de sua decisão.

Desse modo, com a atribuição de maiores poderes ao magistrado, na análise das provas vigora o princípio da imediação (ou da imediatidade), que conforme o escólio de Chiovenda, sua aplicação consiste em que o julgador deva “assistir à produção das provas donde tirar sua convicção, isto é, entrar em relação direta com as testemunhas, peritos e objetos do juízo, de modo a colher de tudo uma impressão imediata e pessoal”⁵.

A prova, assim, pertence ao processo e é um meio de convicção do magistrado, sua finalidade é formar o convencimento do juízo a respeito dos fatos (direito constitutivo do autor) e, em havendo resistência, acerca dos fatos alegados pela parte contrária, tendo o juízo, portanto, como seu destinatário.

Elucidária a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao asseverarem que “o juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas aos ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado”, uma vez que “estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem

² Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁴ STJ – QUINTA TURMA, Resp 600.075;RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 26.04.2005, DJ 23.05.2005, p. 237.

⁵ Chiovenda *apud* Athos Gusmão Carneiro, *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 29.

a produziu", enfatizando que "somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu"⁶ (nosso grifo).

A contestação da empresa ré fora apresentada tempestivamente (fls.46/54), trazendo elementos que não restaram infirmados pela autora em sua réplica (fls.169/179), batendo-se em argumentos genéricos, reiterando que as cártulas depositadas na sua conta e na contas de seu esposo seriam oriundas de "comissões" recebidas pelas vendas efetuadas, "*normalmente pagas através de cheques em período semanal pela Requerida, que saiam em caminhões carregados e fechados de mercadorias, sonegando o fisco*" (fl.176), contudo, nada diz sobre a afirmação da empresa apelada, de que teria justificado a emissão dos cheques (de próprio punho – fls.72/73vº), atribuindo-os a pagamentos realizados a clientes que a apelada desconhece, restando descoberto que várias cártulas teriam sido endossadas ou depositadas em conta de seu marido (cheques de números 1482; 1492; 1501; 1490 etc.).

Pondere-se que a apelante percebia salários na monta de R\$1.195,00 (fls.166/167), mas, em nenhum momento comprova (apesar de alegar) que recebia valores oriundos de comissão.

Houve lavratura de boletim de ocorrência (fls.156/157; 160/163), tendo sido reduzida a termo a declaração do sócio da apelada (fls.158/159), donde afirma que a autora (apelante) seria "funcionária de sua confiança, os talonários de cheque da empresa eram todos assinados por ele e ficavam sob responsabilidade de Tânia" (fl.159).

Observe-se que a autora (apelante) é ré em processo de execução (fls.65/66;67/69), promovida pela empresa apelada (processo físico nº 007.09.232444-0), distribuído aos 04.11.2009, em trâmite perante o Foro

⁶ Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 12ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 727.

Regional VII – Itaquera, nesta capital, sendo reunido por decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça, que julgou procedente o conflito e declarou competente para ambos os feitos o Juízo suscitado, da 5ª Vara Cível do Foro Central (fls.280/284), juízo de origem desse processo.

Atente-se que a autora (apelante), quando inquirida pelo sócio da empresa ré (apelada) sobre os pagamentos que desconhecia na conta da empresa, justificou de próprio punho a destinação (fls.72/73), sendo certo que as cópias dos cheques emitidos (fls.74/154) roboram as alegações da empresa ré (apelada) em sua contestação (fls.46/54), no sentido de que a maioria deles teria sido depositada na sua conta e na conta corrente do esposo da apelante.

No termo de depoimento pessoal (fl.313), verifica-se que a autora (apelante) revela que não chegou a ajuizar ação trabalhista contra a empresa apelada e reconhece que seu esposo tem o apelido de carioca, o que roboram a alegação da apelada em relação a cheques a ele endossados.

Causa espécie e fere o princípio da lógica do razoável o fato de que, diante da narração de fatos tão graves, em que teria coagida, ameaçada e impedida de sair da empresa (fl.04), a autora não ter se insurgido na esfera trabalhista; não ter vindo a lavrar boletim de ocorrência sobre os fatos dos quais é acusada (como o fez o sócio da empresa apelada – fls.156/157), comportamentos comuns ao *homem médio* que se visse injustiçado, merecendo lembrado que em casos como o dos autos, poderá o julgador se valer das experiências comuns para formar a sua convicção, consoante a redação do art. 5º da Lei 9.099/95⁷.

Cabia à autora (apelante) o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito (consoante o art. 373, I do CPC), fato do qual não

⁷ "O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica".

se desincumbiu, uma vez que a sua afirmação de que os cheques seriam oriundos de comissões recebidas pelas vendas efetuadas não restou comprovada.

A propósito, elucidária a lição do doutrinador e magistrado Humberto Theodoro Júnior: "(...). Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente"⁸ (nosso grifo).

No que pertine ao ônus da prova, vislumbra-se que a doutrina assevera que "o critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato, e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova. O ônus da prova – é útil insistir - é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação, e da parte do réu como ônus da exceção"⁹ (nosso grifo), afirmando em remate que "quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos"¹⁰ (nosso grifo).

Não se ponha no obívio que a jurisprudência acentua que "quem pede ao juiz tem o ônus de afirmar fatos que autorizam o pedido, logo tem o ônus de provar os fatos afirmados. Assim, tem o autor o ônus da ação. Quem quer fazer valer um direito em Juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. A equivalência prova do fato

⁸ *Processo de Conhecimento*, Rio de Janeiro: Forense, vol. II, p. 531.

⁹ Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, v. IV, p.33.

¹⁰ Idem, *Ibidem*.

constitutivo alegado pelo autor, com a do negativo contraposto pelo réu, determina o juízo de improcedência da ação¹¹ (nosso grifo).

Portanto, ausente prova do fato constitutivo do direito da autora (apelante), que instada a especificar as provas que pretendia produzir (fl.303), a autora (apelante) protestou por prova documental, testemunhal e depoimento pessoal das partes (fls.306/307), mas, deixou de apresentar o rol de testemunhas no prazo legal, bem como jungir documentos, tendo sido tornada preclusa a produção de prova testemunhal.

De outra banda, o artigo 221 do Código Civil¹² não estabelece a obrigatoriedade de assinaturas de 02 (duas) testemunhas, sendo suficiente a assinatura da autora (apelante) para evidenciar a existência do negócio jurídico.

Nessa cadência, o fato de a confissão de dívida (fl.20) não constar a assinatura de duas testemunhas, por si só, não enseja a anulabilidade do negócio jurídico encetado e nem perde sua eficácia probatória.

Insta salientar que a confissão de dívida jungida aos autos (jungida pela autora – fl.20), de fato, carece de assinatura das duas testemunhas e diante da impossibilidade de verificação do processo de execução (que se encontra arquivado), há que se questionar (naqueles autos) quanto ao reconhecimento de *inexigibilidade do título executivo*, se realmente no título que dá baldrame à execução houver a ausência de assinaturas de duas testemunhas, na medida em que tal requisito é essencial para a formação do título extrajudicial no tocante a documento particular, conforme previsto no art. 784, III, do Código de

¹¹ TARS – Ap. Civ. N.º 194034815 – Montenegro – 1ª Câmara Cível – Rel. Heitor Assis Remonti – J. 12.04.1994.

¹² Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Processo Civil¹³ (art. 585, II, do CPC/73).

Elucidária a doutrina de Nestor Duarte ao asseverar que “O CC/2002 não mais exige a presença de duas testemunhas, como fazia o anterior, entretanto, o CPC, para emprestar força executiva ao instrumento, mantém a exigência (art. 2.043 do CC; art. 585, II, do CPC)”¹⁴ (nosso grifo).

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO CONFISSÃO DE DÍVIDA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. TÍTULO EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA. 1. O instrumento particular de acordo, reconhecimento e confissão de dívida, sem assinatura de duas testemunhas, não atende o requisito do art. 585, II, do CPC, ainda que a origem do crédito relacione-se com contrato de locação. 2. Agravo regimental a que se nega provimento¹⁵ (nosso grifo).

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDAS. FALTA DE ASSINATURA DAS TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. 1. Não é título executivo o instrumento de confissão de dívida em que faltem as assinaturas de duas testemunhas. 2. A exigência da lei não é meramente instrumental ou figurativa. O que se resguarda é a contratação com liberdade, sem vícios de consentimento¹⁶ (nosso grifo).

Nesse giro verbal, não há que se falar em nulidade do instrumento (confissão de dívida) cuja coação não restou comprovada, muito menos na ocorrência de danos morais, nem em indenização.

Nessa senda a r. sentença deve ser mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir para o desprovimento do recurso.

¹³ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; (...).

¹⁴ *Código Civil Comentado*, coordenador Ministro Cezar Peluso, 9ª Ed., Barueri: Manole, 2015, p.142.

¹⁵ STJ – QUARTA TURMA, AgRg no AResp 83779 – PR (2011/0201973-2), rel. Min. Maria Isabel Galotti, j.23.02.2016.

¹⁶ STJ – TERCEIRA TURMA, Resp nº 137.895 – PE (1997/0044050-8); rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; j.19.04.2005.

Por fim, deixo de aplicar o disposto no art. 85, §11¹⁷, do Código de Processo Civil, para majorar a verba honorária, uma vez que o recurso apresentado restou não contrariado (fl.363), consoante entendimento doutrinário que assevera: “A majoração dos honorários advocatícios previamente fixados acontece nos casos em que não se conhece ou se nega provimento ao recurso, desde que o advogado do recorrido tenha desempenhado algum tipo de trabalho ulterior à decisão recorrida (por ex.: oferta de resposta ao recurso). Se o advogado do recorrido nada fez após a decisão que fixou seus honorários, não há razão para o aumento da verba honorária”¹⁸, observado o disposto no artigo 98, §3º do Código de Processo Civil.

Em remate, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional, com a finalidade de viabilizar o eventual acesso à Superior Instância, mediante as vias extraordinária e especial, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento torna-se desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida¹⁹.

Atentem as partes e desde já se considerem advertidas, que a oposição de embargos de declaração fora das hipóteses legais e/ou com efeitos infringentes, lhes sujeitará a imposição da multa prevista pelo artigo 1026, §2º do Novo Código de Processo Civil.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo.

RAMON MATEO JUNIOR

Relator

¹⁷ CPC, art. 85, §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

¹⁸ Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme Aidar Bondioli, JoãoFrancisco Neves da Fonseca, *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor*, 47ª ed., atualizada e reformada, São Paulo: Saraiva, 2016, p.192.

¹⁹ STJ – EDROMS 18205 / SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 240.