



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010



Registro: 2017.0000741752

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003483-20.2016.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante/apelado L.B.A. COMÉRCIO DE GASES INDUSTRIAIS E HOSPITALARES LTDA. - ME, é apelado/apelante AGRISERV MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS AGRÍCOLAS LTDA. - EPP.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente) e DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 29 de setembro de 2017.

Berenice Marcondes Cesar  
Relatora  
Assinatura Eletrônica



**Apelação Cível – nº 1003483-20.2016.8.26.0597**

**Apelantes/Apelados:**

**Autor: L. B. A. COMÉRCIO DE GASES  
INDUSTRIAIS E HOSPITALARES LTDA -  
ME**

**Corrés: AGRISERV MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS  
AGRÍCOLAS LTDA - EPP**

**MM. Juíza de Direito: Marcelo Asdrúbal Augusto Gama**

**Comarca de Sertãozinho - 2ª Vara Cível**

**Voto nº 26153**

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMPRÉSTIMO DE BENS MÓVEIS. Valoração das provas documental e oral corretamente aferida pela r. sentença. Ausência de comprovação de devolução dos bens móveis objeto do contrato e comprovação de que se tratam de bens fungíveis. Contrato de mútuo, e não de comodato. Não cabimento do pedido possessório, diante da transmissão do domínio, à luz do art. 586 do Código Civil. Manutenção da r. sentença. RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO, com observação.

Trata-se de “ação de reintegração de posse com pedido liminar” ajuizada por L. B. A. COMÉRCIO DE GASES INDUSTRIAIS E HOSPITALARES LTDA contra AGRISERV MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS AGRÍCOLAS LTDA EPP, julgada parcialmente procedente pela r. sentença (e-fls. 147/150), cujo relatório adoto, que em cumprimento ao acórdão proferido por esta Câmara determinou a imediata restituição dos cilindros objeto do auto de reintegração de posse, podendo ser por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade, e condenou a Ré ao pagamento da quantia de R\$ 28.500,00 a título de indenização por perdas e danos, corrigidos monetariamente a contar do ajuizamento da demanda. Em razão da sucumbência, condenou ainda a Ré ao



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010

pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte contrária fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º do CPC/2015.

A Autora interpôs o presente recurso de apelação (e-fls. 231/239), defendendo a necessidade de reforma parcial da r. sentença para acolhimento do pedido principal, qual seja, a determinação de restituição dos cilindros para armazenamento de gases especiais emprestados à Ré.

Os recursos foram regularmente processados, tendo sido indeferido o pedido de antecipação de tutela recursal formulado pela Autora (e-fls. 276).

É o relatório.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra r. sentença “a quo” que julgou parcialmente procedente ação de reintegração de posse de bens móveis (cilindros para armazenamento de gases especiais) transmitidos pela Autora à Ré a título de empréstimo.

Embora a Autora tenha alegado na petição inicial tratar-se de comodato, a r. sentença, com base na prova oral produzida nos autos, concluiu que trata-se de mútuo, afastando a pretensão inicial no que tange à reintegração de posse, e acolhendo o pedido subsidiário de condenação em perdas e danos, para condenar à Ré à restituição do valor correspondente aos cilindros não devolvidos ao término da relação contratual.

Considerando que ambas as partes apelaram, inicialmente será feita a análise do recurso da Ré, que questionou de maneira mais abrangente as conclusões da r. sentença.

Antes de adentrar a apreciação de mérito do recurso, vale esclarecer que a demanda foi ajuizada sob a vigência do CPC/2015.

A Ré, inconformada com o resultado do julgamento de Primeiro Grau, apelou afirmando em primeiro lugar a eficácia probatória da prova oral para demonstrar que ocorreu a devolução integral dos cilindros objeto do contrato. Afirmou que, conforme comprovado pelas



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010

testemunhas, tantos cilindros quantos entregues no ato do empréstimo eram restituídos, sem nota de devolução, seguindo o costume do mercado, e que ao final da relação contratual todos os cilindros foram devolvidos.

Em que pesem os argumentos da Ré, a r. sentença não merece reparo no que concerne à valoração da prova.

Não tem aplicação à hipótese dos autos o art. 445 do CPC/2015 (*“Art. 445. Também se 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.”*), pois mesmo a prova oral demonstrou que era possível obter a prova escrita da obrigação: a testemunha Cassiano, funcionário da Ré que acompanhava a entrega das mercadorias, ao responder à pergunta do magistrado acerca da dinâmica de substituição dos produtos, esclareceu que havia emissão de nota de recarga. Embora tenha negado, mais adiante, haver documentação da transação, ao ser confrontado pelo magistrado em audiência, admitiu que a assinatura do recebedor lançada na nota fiscal de e-fls. 12 era sua; o representante legal da Autora, ouvido em depoimento pessoal, afirmou que no ato da reposição da mercadoria era emitida nota, e que eram emitidas notas de empréstimo. A testemunha Maico, que trabalhou como mecânico hidráulico da Ré, afirmou que não tinha acesso aos documentos escritos, mas presenciava a existência de notas ou recibos no cumprimento da relação contratual.

Ademais, existe prova documental acostada aos autos (e-fls. 18/19 – notas de retorno), cuja falsidade não foi suscitada.

Assim, restou afastada a tese de que segundo o costume do mercado o procedimento era feito sem qualquer documentação por escrito.

Vale acrescentar que, havendo prova documental da entrega das mercadorias, qual seja, a emissão de notas fiscais assinadas pelos prepostos da Ré, a prova da sua devolução, à luz do princípio do paralelismo das formas, há de ser igualmente escrita. Assim, não restou



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010

comprovada a restituição dos cilindros.

Tem aplicação, portanto, o disposto no art. 443 do CPC vigente, (*“Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.”*), e a valoração da prova dada pelo Juízo “a quo” não merece retoque.

Com relação à natureza do contrato celebrado entre as partes, a Ré afirma que o contrato é de “empréstimo”, e não de mútuo, porque nunca teria havido transmissão de propriedade.

É certo que de acordo com a prova documental de fls. 12/17 a relação jurídica entre as partes possui natureza de empréstimo. Não há sequer controvérsia entre as partes quanto a isso, e a prova testemunhal foi uníssona no mesmo sentido.

Todavia, cumpre esclarecer que tanto o contrato de comodato quanto o de mútuo referem-se a empréstimo de coisas móveis, diferindo entre si pelo fato de o comodato tratar-se de coisas não fungíveis (art. 579, Código Civil), enquanto o mútuo tem por objeto coisas fungíveis (art. 586, Código Civil).

No caso em exame, somente a prova testemunhal foi apta a esclarecer a natureza dos bens móveis objeto do contrato, pois as testemunhas com conhecimento técnico acerca do tema declararam e descreveram em juízo (*“vide”* mídia eletrônica, testemunhas Maico, Renato e Cassiano) tratar-se de bem não distinguível de outro da mesma natureza, uma vez que mesmo os cilindros da marca “White Martins”, que enquanto não abertos possuíam um lacre identificador, após a abertura tornavam-se idênticos aos demais.

Desse modo, também revelou-se correta a conclusão da r. sentença de que o contrato entre as partes tem natureza de mútuo e não de comodato.

O recurso da Ré, portanto, não merece provimento.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010

Passa-se à análise do recurso de apelação interposto pela Autora, que apelou defendendo a reforma parcial da r. sentença, pois afirmou que o “decisum” foi contraditório ao julgar procedente o pedido inicial, declarando que trata-se de mútuo, e ao invés de determinar a restituição dos cilindros, acolher tão somente o pedido alternativo, condenando a Ré em perdas e danos. Insurgiu-se também quanto à determinação para que a Autora devolva cilindros à Ré, uma vez que a obrigação de restituição incumbe ao mutuário que recebeu a coisa, que deve cumprir a obrigação de restituição dos cilindros.

Em que pesem os argumentos da Autora, a r. sentença não comporta reparo.

De fato trata-se de mútuo, conforme já esclarecido na análise do recurso da Ré. Ora, tratando-se de mútuo, opera-se a transferência do domínio, por força do disposto no art. 586 do Código Civil, razão pela qual o pedido possessório formulado pela Autora não tem cabimento.

Embora o art. 586 do Código Civil estabeleça a obrigação do mutuário de restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, no caso em exame a Autora ajuizou ação possessória. Assim, com a rejeição do pedido de reintegração de posse, era de rigor o acolhimento apenas do pedido subsidiário de conversão em perdas e danos, como fez a r. sentença.

Vale ressaltar que, ao contrário do quanto alegado pela Autora, não houve acolhimento total do pedido inicial, mas tão somente parcial, de modo que o acolhimento do pedido subsidiário não se revela contraditório como afirmou a Apelante.

Importante observar, por fim, que não há contradição da r. sentença ao determinar a restituição dos cilindros em poder da Autora.

Para esclarecimento da questão, vale transcrever o dispositivo da r. sentença:

*“Ante o exposto, e por mais que dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, determino a imediata restituição dos cilindros objetos do auto de reintegração e depósito (f. 77), podendo ser por outros da mesma espécie, qualidade e*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010

*quantidade, **tudo em cumprimento do v. Acórdão (f. 138-44)**, e condeno a Agriserv Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda. - EPP ao pagamento de R\$ 28.500,00 de indenização por perdas e danos, com correção monetária a contar do ajuizamento (13/05/2016), e juros de mora de 1% ao mês a contar de 08/06/2015 (f. 76), data da citação (CC, arts. 405 e 406; CTN, art. 161, § 1º). Condeno a Agriserv Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda. - EPP, também, ao pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas de cada desembolso, e honorários de advogado de 10% do valor da condenação (CPC, art. 85, §§ 2º), uma vez que a procedência do pedido alternativo equivale a sucumbência completa do sujeito passivo.” (destacado)*

Verifica-se, conforme consta expressamente do dispositivo da r. sentença, que a determinação de devolução dos cilindros em poder da Autora foi dada em cumprimento a acórdão transitado em julgado, proferido por esta Câmara. Assim, a devolução dos cilindros determinada no dispositivo não é decorrência do quanto decidido pelo órgão “a quo”, mas apenas cumprimento de decisão emanada do órgão “ad quem” em julgamento de recurso anteriormente interposto contra decisão proferida em sede de tutela provisória.

O dispositivo da sentença é, portanto, coerente com o desfecho de mérito proferido em sede de cognição exauriente: a r. sentença reconheceu a improcedência do pedido possessório, daí a parcial procedência do pedido inicial, mas condenou a Ré a indenizar a Autora pelas perdas e danos decorrentes da não devolução dos cilindros objeto do contrato.

Diante desse quadro, a concessão de tutela de urgência para manutenção na posse dos cilindros apreendidos foi rejeitada, conforme decisão de e-fls. 276. Primeiro porque, como observou a r. sentença, não houve esbulho, já que não se trata de questão possessória. Ademais, com a condenação à indenização das perdas e danos, restou prejudicada a restituição dos cilindros.

Por fim, tendo sido a sentença proferida e o recurso interposto na vigência do CPC/2015, tem aplicação a regra do art. 85, § 11 do NCPC, para que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
Serviço de Processamento do 14º Grupo de Câmaras  
Direito Privado – 27ª e 28ª Câmaras  
Palácio da Justiça, s/nº - 6º andar – salas 621 e 623 - São Paulo – SP – CEP 01018-010

sucumbenciais seja majorada em razão do trabalho adicional em grau recursal.

Assim, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser majorados para 15% do valor da condenação.

Diante do exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Autora, e **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, mantendo a r. decisão hostilizada tal como proferida. *Por fim, os honorários advocatícios sucumbenciais ficam majorados para 15% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.* No mais, fica mantida a r. sentença hostilizada.

Berenice Marcondes Cesar

Relatora