



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000300225

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001391-69.2020.8.26.0390, da Comarca de Nova Granada, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado/apelante MUNICÍPIO DE ICÉM.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do Banco-embargante, anulando-se a r. Sentença, com determinação; prejudicados o apelo Municipalidade e a remessa necessária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) E BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 27 de março de 2025

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 9934

Remessa Necessária/Apeação nº1001391-69.2020.8.26.0390

Comarca: Nova Granada

Recorrentes: Juízo *ex officio* (remessa necessária), Banco Santander (Brasil) S/A (executada-embargante) e o Município de Icém (exequente-embargado)

Apelados: os mesmos

Ementa: Remessa Necessária e Apeações – Embargos à execução fiscal – ISSQN dos Exercícios de 2014 a 2018 incidente sobre serviços bancários e Multa por infração às normas de ISSQN (AIIM nºs006/2018, 007/2018, 0008/2018, 0090/2018 e 010/2018) – Município de Icém – Sentença que acolheu parcialmente os embargos apenas “*para declarar nulo e, portanto, inexigível os débitos fiscais a título de ISSQN incidentes sobre as contas COSIF sob as rubricas 1) 7.1.1.03.00-8; 2) 7.1.9.00.00-5; e 3) 7.1.9.30.00-6, referentes ao período de janeiro/2014 a dezembro/2018, consubstanciados nas CDA's de nº 01 a nº 05 em execução nos autos do processo sob nº 1000992-40.2020.8.26.0390, devendo os mesmos serem excluídos dos autos de infração decorrentes da falta de recolhimento do tributo*” (sic), reconhecendo a sucumbência recíproca e determinando que a Municipalidade-embargada providencie, nos autos da execução fiscal, “*a retificação do valor devido, com a sobredita exclusão*” – Irresignação de ambas as partes e remessa necessária considerada interposta (art. 496, I, e § 3º, III, do CPC e da Súmula 490 do E. STJ) – Recurso do Banco com relação à verba honorária fixada e a ausência de demonstração do pagamento do débito em relação às contas 7.1.7 – Parcial cabimento – Insurgência do Município embargado quanto à legalidade da cobrança do imposto em relação as contas 7.1.1 e 7.1.9 excluídas pela sentença – Prejudicado – Prova pericial incompleta, inconclusiva e contraditória – Laudo pericial que deixou de analisar a prova documental produzida nos autos (art. 473, I a IV, e §1º ao 3º, do CPC), limitando-se aos quesitos formulados pelo embargado ainda que de forma contraditória – Sentença anulada, com retorno dos autos à Vara de origem, cabendo ao Juízo *ao quo* determinar que a perícia seja refeita com as complementações necessárias, sob pena de redução dos honorários (artigo 465, §5º, do CPC) ou, caso seja de seu entendimento, nomear novo perito para a elaboração de novo laudo técnico – Recurso da Municipalidade e remessa necessária prejudicados – Recurso do Banco embargante parcialmente provido, com determinação.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por **Banco Santander (Brasil) S.A** e pelo **Município de Icém** contra a r. Sentença de fls.1639/1646, integrada a fls.1657, que julgou parcialmente procedente os embargos opostos à execução fiscal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

nº1000992-40.2020.8.26.0390, *“para declarar nulo e, portanto, inexigível os débitos fiscais a título de ISSQN incidentes sobre as contas COSIF sob as rubricas 1) 7.1.1.03.00-8; 2) 7.1.9.00.00-5; e 3) 7.1.9.30.00-6, referentes ao período de janeiro/2014 a dezembro/2018, consubstanciados nas CDA's de nº 01 a nº 05 em execução nos autos do processo sob nº 1000992-40.2020.8.26.0390, devendo os mesmos serem excluídos dos autos de infração decorrentes da falta de recolhimento do tributo”* (sic), determinando que a Municipalidade-embargada providencie, nos autos da execução fiscal, *“a retificação do valor devido, com a sobredita exclusão”*. Diante da sucumbência recíproca, nos termos do artigo 86, caput, do CPC, condenou *“o (a) autor(a) ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais ficam fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido com a ação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC”* e, *“com relação à Fazenda Pública, (...) ao pagamento dos honorários sucumbenciais também sobre o proveito econômico obtido com a ação, observado o quanto dispõe o art. 85, § 3º, incisos, e § 5º, do CPC”*, isentando a Municipalidade-embargada do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº11.608/2003.

Houve a interposição de embargos de declaração pelo Banco embargante (fls.1652/1656), que foram rejeitados pela decisão de fls.1657.

Apelou o Banco Santander (Brasil) S/A sustentando, preliminarmente, a nulidade da r. Sentença integrativa, diante da *“violação aos artigos 1.022, II e parágrafo único, II e 489, §1º, IV, do CPC”*, pois, embora tenha oposto embargos de declaração demonstrando que, diferentemente do quanto afirmado pelo douto magistrado, *“os comprovantes de pagamento não se encerram às fls. 213”*, e sim às fls.247, os aclaratórios foram rejeitados por decisão genérica, sem qualquer especificidade ao caso concreto e desconsiderando a integralidade das provas carreadas aos autos, requerendo que a r. Sentença integrativa seja anulada, retornando os autos à origem para adequada análise dos embargos de declaração opostos, sob pena de violação ao art. 282 do CPC. No mérito, sustentou que os embargos devem ser integralmente acolhidos para que seja reconhecida, além da não incidência do ISS sobre as contas COSIF n. 7.1.1.03.00-8, 7.1.9.00.00-5 e 7.1.9.30.00-6 referentes aos períodos de 2014 a 2018, *“o adimplemento do crédito tributário relativo as contas COSIF's 7.1.7”*. Para tanto, argumentou, em suma, que *“pelos balancetes dos exercícios de 2014 a 2018 é possível confirmar que todas as receitas oriundas das contas COSIF's 7.1.7 objetos da autuação fiscal foram considerados para o*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

cálculo do imposto”. Indicou, para fins exemplificativos, cálculo “referente ao exercício de 10/2018, em que a foi lançado um débito no valor de R\$ 3.315,20”, mesmo valor declarado pelo contribuinte. Defendeu, ainda, que as “duas formas distintas de condenação em honorários advocatícios, uma para o Município (método da progressividade do §3º do art. 85 do CPC) e outra para a empresa (alíquota fixa de 10% nos termos do §2º do art. 85 do CPC)” afronta “o princípio da isonomia, pois não há diferença se foi o contribuinte ou a Fazenda Pública aquele quem arcará com o ônus sucumbencial”, de modo que “a verba honorária aplicada à Apelante (...) resultará em montante superior ao que seria pago caso observada a regra dos §§ 3º e 5º do art. 85 do CPC”. Requereu, ao final, que o recurso “seja totalmente PROVIDO para declarar a nulidade da r. decisão integrativa, tendo em vista a ausência na análise das provas carreadas aos autos. Ou, subsidiariamente, seja reformada parcialmente a r. sentença, para, analisando-se o mérito, de modo a reformar a sentença reconhecendo a quitação dos tributos lançados nas contas COSIF 7.1.7 e julgar integralmente procedentes os pedidos formulados nos embargos à execução fiscal”. Ainda de forma subsidiária, “seja reformada a forma de apuração dos honorários advocatícios, de forma respeitar para ambas as partes as normas dos parágrafos 3º e 5º do art. 85 do CPC, determinando-se os percentuais a serem aplicados” (fls.1662/1675).

Também apelou o Município de Icém arguindo, preliminarmente, a nulidade da r. Sentença, ao argumento de que “o banco não impugnou em sua inicial especificamente nenhuma rubrica autuada pelo fisco, razão pela qual o julgamento é ultra petita, devendo ser reformado, mantendo-se as contas autuadas pelo fisco”. No mérito, sustentou que as contas excluídas pelo Juízo *a quo* devem ser consideradas tributáveis, em suma, porque ele “deixou de realizar uma análise sistemático-finalística quanto à interpretação extensiva da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, aplicando uma interpretação taxativa e baseada tão somente na nomenclatura das contas”, afrontando o entendimento preconizado pelo Col. STF no Tema nº 296, mormente porque “os serviços congêneres podem ser enquadrados na lista, sem a necessidade de designação específica” e “todas as contas autuadas registram receitas de serviços previstos no item 15 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003”. Defendeu que “toda operação bancária relacionada à operação de crédito, seja uma simples abertura de crédito (liberação de cheque especial), CDC ou operações maiores, como



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

empréstimos e financiamentos, demandam análises e avaliações que visam, dentre outras, diminuir o risco da operação, para posterior concessão do crédito e elaboração do contrato. Tais serviços auxiliares à operação de crédito estão expressamente previstos na Lista de Serviços e sujeitos à tributação do ISS”, de modo que é “impossível admitir que a elaboração de contratos, o preenchimento de formulários e a validação de cadastros, por exemplo, mesmo com previsão expressa na lista de serviços, não possam ser tributadas pelo ISS por estarem lançadas pela instituição financeira na conta 7.1.1 e respectivas subcontas (como a 7.1.1.05). Corroborar com tal entendimento seria agir à revelia das normas tributárias que garantem ao fisco o poder de tributar receitas oriundas da prestação de serviços expressamente previstos na lista anexa à LC 116/03”. Argumentou que “não foram apresentados pela parte embargante/apelado elementos para apurar se as subcontas questionadas se amoldam aos itens mencionados nas listas acima colacionadas, de forma que não há como se declarar indevida a exigência do Fisco”. Colacionou, em abono à sua tese, julgado proferido pela 14ª Câmara de Direito Público (AC nº1001246-91.2016.8.26.0474). No tocante à “subconta COSIF 7.1.1.03.10.00-8- Rendas de Títulos Descontados”, procurou demonstrar que “além de registrar a remuneração com juros pelo adiantamento dos valores que ultrapassam o limite da conta, a instituição financeira lança na mesma rubrica a receita com a cobrança de um valor fixo em razão do pagamento do valor acordado pelo título negociado, que se caracteriza pelos serviços descritos nos itens 15.08, 15.10 ou 15.16 da Lista anexa à LC 116/03, que tratam respectivamente, da análise e emissão de contrato de crédito, pagamentos em geral de títulos quaisquer ou ainda de ordens de pagamento ou de crédito por qualquer meio. Além disso, a operação de desconto confere à instituição financeira o direito de regresso, ou seja, caso o título não seja pago pelo sacado, o cedente assume a responsabilidade pelo pagamento de multa e juro de mora, tratado pelo banco como 'encargos por atraso'. A chamada multa, na maioria das vezes, é um valor fixo que se configura em prestação de serviço. Tivesse a requerente atendido na íntegra a solicitação da fiscalização, quando do recebimento do TIAF, teria sido possível tal constatação”. Quanto às “subcontas COSIF 7.1.9.00.00-5 e 7.1.9.30.00-6- Rendas de Financiamentos”, argumentou que “sobre as contas deste grupo, iniciadas pela numeração 7.1.9, a incidência do ISSQN é inquestionável, pois todas elas se referem a receitas de serviços cobrados pelos bancos e que não tem relação com operações de crédito, de câmbio ou congêneres. (...) Os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

chamados ressarcimentos ou recuperação de despesas, em razão dos subtítulos de uso interno exigidos pelo Banco central, na verdade são serviços que foram prestados pela instituição financeira aos clientes, serviços estes diretamente relacionados a abertura de conta, análise de crédito, elaboração de contratos de empréstimos e financiamentos, que são cobrados mediante tarifas (valores fixos) o que descaracteriza o ressarcimento, exceto se for comprovado que a instituição repassa aos clientes exatamente o valor gasto com estes expedientes". Requereu, ao final, o provimento do recurso, "reformando parcialmente a sentença recorrida, mantendo-se os lançamentos em todas as contas COSIF autuadas pelo Município apelante, pelos fundamentos expostos nas presentes razões de apelo, com a total improcedência dos embargos" (fls.1681/1696).

Contrarrazões pelo Banco embargante às fls.1709/1720 e pelo Município de Icém às 1724/1730.

O embargante foi intimado a complementar o preparo (fls. 1737/1741), cuja determinação foi atendida às fls.1744/1745.

Há oposição ao julgamento virtual (fls.1736).

Recursos tempestivos e livremente distribuídos, dispensado de preparo o do embargado-exequente e preparado o da instituição bancária embargante-executada (fls.1734 e 1745).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo os recursos de apelação interpostos pelo embargante Banco Santander (Brasil) S.A. e pelo Município de Icém, anotando que, embora ausente indicação expressa do juízo sentenciante, conheço da remessa necessária nos termos do art. 496, I, e § 3º, III, do CPC e da Súmula 490 do E. STJ, pois os pedidos deduzidos na inicial tornam ilíquido o proveito econômico obtido com a sentença de parcial procedência da ação:

"Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(...)

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:”

(...)

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

“Súmula 490: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.”

Nesse mesmo sentido, “a Corte Especial, no julgamento do REsp, 1.101.727/PR sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou o entendimento de que é obrigatório o reexame da sentença ilíquida proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público” (STJ - AgInt no REsp. n. 1.908.951/SP, 2ª Turma, j. 28/06/2021, rel. Ministro HERMAN BENJAMIN).

Inicialmente, há vício processual anterior à prolação da r. Sentença a ser sanado, o que prejudica a análise das preliminares arguidas pelas partes, bem como do mérito da demanda.

Isso porque, a perícia produzida nos autos (fls.1608/1618) deixou de observar os indispensáveis requisitos previstos pelo art. 473, I a IV, e §1º ao 3º, do CPC, mostrando-se incompleta, inconclusiva e contraditória, questão inclusive levantada pela embargante desde a sua manifestação de fls.1625/1631.

Apesar do I. vistor judicial entender necessário a diligência *in loco* do perito até a embargada na busca de documentos e dados, requerendo autorização ao juízo (fls.1589 em especial), pelo que também deveria fazê-lo em relação ao embargante, se entendeu pela ausência de elementos e demonstrativos contábeis, ainda deixou de cumprir o disposto no artigo 474 do CPC, ou seja, comunicar o juízo, para ciência das partes, quanto a data e local para início da produção de prova pericial.

O perito judicial se limitou a responder os quesitos formulados pelo embargado, razão pela qual o apelo do Banco embargante merece parcial provimento, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fim de que a r. Sentença seja anulada, ficando prejudicada a análise da remessa necessária e o recurso interposto pela Municipalidade.

Observo que os pontos centrais da lide se encontram quanto à inexigibilidade de créditos das contas 7.1.7, em razão do alegado pagamento integral do débito; bem como quanto à tributação sobre as contas COSIF nº 7.1.1.03.00-8 - Rendas de outros serviços, nº 7.1.9.00.00-5 – Outras receitas operacionais e nº 7.1.9.30.00-6 – Recuperação de Encargos e Despesas, sendo que para o deslinde da controvérsia, a prova pericial foi realizada, conforme laudo juntado às fls.1608/1616, com manifestação das partes (fls.1625/1631 e 1634/1638),

Contudo, em que pese o entendimento do Juízo de primeiro grau, no caso concreto, torna-se imprescindível que a prova pericial produzida seja complementada ou refeita, visto que o laudo não foi conclusivo quanto ao pagamento integral do débito em relação às contas 7.1.7, bem como sobre a incidência ou não do ISS sobre as contas impugnadas pelo embargante.

Vejamos.

No que diz respeito a inexigibilidade do crédito para as contas 7.1.7, observo que o Banco embargante trouxe aos autos planilhas do valor movimentado nos meses discutidos (fls.79/196 e 248/249), juntando comprovantes do recolhimento do imposto que entendia devido (fls.197/247), bem como cópia dos processos administrativos instaurados com as planilhas elaboradas pela Municipalidade para "Apuração e Enquadramento Legal do Valor das Receitas Tributáveis de Acordo com o Balancete Analítico Mensal", ou seja, cobrando o imposto com base na diferença apurada pela fiscalização e o valor recolhido pelo Banco (fls.1363/1399,1416, 1448/1471, 1486, 1497/1539 e 1555).

Assim, conforme destacado pelo Banco ao se manifestar sobre a necessidade de produção de prova, *após análise do Relatório Discriminativo do Débito foi possível verificar que a cobrança do município se baseou na suposta falta de recolhimento das contas do grupo 7.1.7, 7.1.1 e 7.1.9, no entanto, apesar das demonstrações de pagamento do ISS incidente sobre as receitas do grupo 7.1.7, se faz necessária a perícia contábil para análise dos documentos e comprovação de que os valores cobrados foram devidamente recolhidos* (fls. 1574/1576).

Entretanto, o laudo pericial não apresentou uma planilha analítica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pormenorizada, a fim de compatibilizar os valores recolhidos pelo Banco com aqueles cobrados pela Municipalidade, a fim de aferir se houve o recolhimento integral/parcial ou não do imposto.

Da mesma forma, quanto à tributação sobre as contas COSIF nº 7.1.1.03.00-8 - Rendas de outros serviços, nº 7.1.9.00.00-5 – Outras receitas operacionais e nº 7.1.9.30.00-6 – Recuperação de Encargos e Despesas, alega o Banco, na mesma manifestação, *que as contas autuadas não refletem receitas passíveis de tributação pelo ISSQN, assim foi realizado o recolhimento do tributo apenas quanto às COSIFS 7.1.7, fato que será comprovado por meio de análise na perícia contábil*, destacando que *no procedimento administrativo o próprio município deixou de reconhecer o pagamento do ISS por entender que seria necessário a análise individualizada dos valores pagos e recolhidos*, apresentando a CDA vício insanável, *qual seja, o valor do débito executado, visto que em procedimento administrativo houve o recálculo do tributo, devido ao reconhecimento de não incidência do ISS sobre as receitas da COSIFs 7.1.1.05.00-6 e 7.1.1.15.00-3*, sendo que, quanto as contas COSIF nº 7.1.1 e 7.1.9, *não houve o recolhimento do aludido imposto, vez que não configuram, na hipótese, fato gerador capaz de gerar a obrigação tributária*.

Neste ponto, não se olvide que o nome dado à conta não indica necessariamente que seja ou não um serviço tributável, devendo ser apurada a sua natureza real, nos termos do disposto pela LC nº 116/2003, pois se trata de um gênero que engloba diversas "espécies", chamadas de subcontas.

Assim, não basta a mera alegação da inexigibilidade do imposto sobre as contas relacionadas, é necessário que haja a prova de tal inexigibilidade, já que a análise da legalidade da exação não depende apenas da nomenclatura dada às contas pelo Banco, mas sim em razão da natureza do serviço efetivamente prestado, não bastando que se alegue simplesmente que tal serviço não possa ser tributado pelo código da conta em que lançado na escrituração contábil da instituição financeira, diante da interpretação extensiva da lista de serviços.

Dessa forma, para solução da controvérsia, imprescindível a realização da perícia contábil, sendo que o laudo produzido não foi concludente sobre a ilegalidade da cobrança perpetrada pelo Fisco, ao deixar de relacionar as contas tributáveis por meio de comparativo das descrições apontadas pelas partes, demonstrando a real função de cada

conta, em que pese a juntada aos autos de planilha com a descrição, função e funcionamento da contas pelo Banco (fls.250/1352), bem como do quadro de enquadramento das contas contábeis tributáveis, conforme a LC 116/200, elaborado pela Municipalidade (fls.1399/1416, 1472/1485 e 1540/1550),

E mais, a perícia apresenta ainda pontos controvertidos ao responder os quesitos formulados pelo embargado, notadamente ao compararmos as respostas aos quesitos "4" e "5" abaixo transcritos:

4) Considerando a documentação juntada aos autos pelo embargante é possível apontar o valor, em reais, que cada uma das contas autuadas pelo fisco municipal e impugnadas pelo banco embargante, representa do valor executado? Sendo afirmativa a resposta, que o perito identifique o valor apontado pelo fisco como devido, o valor pago pelo banco e a diferença executada pelo município, de cada uma das contas autuadas pelo fisco e impugnadas pelo embargante.

Resposta:

De acordo com os balancetes analíticos apresentados, é possível apontar todos os valores decorrentes das contas favoráveis à prestação de serviços, elencadas na lista de serviços. Os valores foram demonstrados nas planilhas apresentadas pelo Fisco Municipal, que consta nos autos, onde a fiscalização demonstra todas as contas autuadas, seus valores apurados e os valores pagos pela Instituição Financeira.

5) A documentação apresentada pelo Banco embargante, junto com sua inicial de embargos, possibilita uma apuração contábil das receitas decorrentes de operações financeiras e das receitas oriundas da prestação de serviços, no período fiscalizado? E, ainda, é possível, com base em tal documentação, concluir se os lançamentos e recolhimentos efetuados pelo Banco estão de acordo com o realmente devido?

Resposta:

Como podemos observar pelos embargos, a Instituição Financeira não apresentou todas as contas passíveis de tributação, no seu último nível,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

facilitando assim a fiscalização fazendária. Pelo contrário os lançamentos efetuados pelo Banco embargante, não estão de acordo com o realmente devido, pois como já dissemos, não foi possível à fiscalização apurar todas as contas passíveis do ISS.

Ou seja, ao responder o quesito "4" afirma o perito que foi *possível apontar todos os valores decorrentes das contas favoráveis à prestação de serviços, elencadas na lista de serviços*. Porém, já em resposta ao quesito "5" afirma *que a Instituição Financeira não apresentou todas as contas passíveis de tributação, no seu último nível, facilitando assim a fiscalização fazendária. Pelo contrário os lançamentos efetuados pelo Banco embargante, não estão de acordo com o realmente devido, pois como já dissemos, não foi possível à fiscalização apurar todas as contas passíveis do ISS.*

Verifica-se, assim, que o Laudo técnico se mostra insatisfatório, pois deixou de enfrentar integralmente as questões que lhe foram submetidas, sem adentrar a uma análise mais detida sobre todas as operações bancárias tributadas pelo Município, mostrando-se inconclusivo ao fim de que se destinava - art. 473, I a IV, e §1º ao 3º, do CPC.

Destarte, a fim de dar melhor solução à lide, aferindo-se a legalidade da incidência do imposto, bem como o seu integral/parcial recolhimento no que tange às contas impugnadas, necessário que se converta o julgamento em diligência para que nova perícia seja realizada ou, caso o Juízo de primeiro grau entenda, que o perito complemente devidamente o laudo técnico (art. 473, I a IV, e §1º ao 3º, do CPC), sob pena de redução de seus honorários (artigo 465, §5º, do CPC), conforme acima fundamentado, nos termos do artigo 370 do CPC.

Nesse sentido já se pronunciou o C. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PROPOSTA DE INSCRIÇÃO. VERACIDADE DE ASSINATURA. PROVA TÉCNICA. RESULTADO INCONCLUSIVO. EXAME DE OUTROS ELEMENTOS E PROVAS DOS AUTOS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

“ ... ”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

2. Legal a conversão do julgamento em diligência, em fase de apelação, para a realização de nova perícia, diante da incongruência dos laudos constantes dos autos. Cabe ao magistrado valorar livremente a prova, de forma fundamentada, não estando adstrito a nenhuma delas isoladamente considerada (CPC, art. 131). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1136002/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011)

Deste modo, a r. Sentença deve ser anulada, com o retorno dos autos à Vara de origem, cabendo ao Juízo *ao quo* determinar que a perícia seja refeita com as complementações necessárias ou, caso seja de seu entendimento, nomear novo perito para a elaboração de novo laudo.

No mais, a fim de evitar qualquer nulidade processual, em qualquer caso, deve ser oportunizado novo prazo para as partes que apresentem quesitos complementares, para assim cooperar com o trabalho do 'expert', contribuindo para a solução da lide, e seja observado o artigo 474 do CPC.

Diante do quanto decidido pela anulação da r. Sentença, inviável a imposição de sucumbência a qualquer das partes nesta fase processual.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso do Banco-embargante, anulando-se a r. Sentença, com determinação, prejudicados o apelo Municipalidade e a remessa necessária, consoante especificado.**

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI
Relator