

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR DÁCIO TADEU
VIVIANI NICOLAU DO 2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO
PRIVADO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.**

Processo nº. 2084918-39.2019.8.26.0000

AÇÃO RESCISÓRIA

MARISA ROSANGELA BORZACHINI (59), em face do **v. acórdão teratológico de fls. 563/576**, por intermédio de seu bastante procurador, o advogado, infra-assinado, vem muito respeitosamente perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 1.022, Inciso II e no Inciso II do parágrafo único do Código de Processo Civil ajuizar o recurso de

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

o que faz nos seguintes termos:

ESCRITÓRIO:-Avenida Paulista, 1439, 1º andar, conj. 12, Bela Vista São Paulo – Capital, tel. (11) 4837-5602 - **BRASIL.**

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

I - DA TEMPESTIVIDADE

1. O v. acórdão foi disponibilizado no DJE em 07 de agosto de 2019, razão pela qual os embargos de declaração está no prazo legal, com base no artigo 1.023, ambos do CPC.

II – DO ACÓRDÃO GUERREADO

1. Diz o acórdão hostilizado em seu relatório, em síntese:

–

“(iii) ocorreu **violação manifesta de normas jurídicas**, a saber: art. 29, caput, da Lei nº 4.591/64; arts. 39, I e V, 51, IV, §1º, incisos I, II e III, todos do Código de Defesa do Consumidor; Súmula 543 do STJ; arts 1.228; 1.245, §1º e 1.332, Inciso I, todos do Código Civil e art. 2º, §1º, §3º e §4º da Lei nº 10.192/01 cc. Arts. 46 e 47 da Lei nº 10.931/04;”

2. O MINISTRO LUIZ FUX, como relator da lei processual civil, **impôs ao magistrado o dever jurídico de fundamentar as decisões judiciais** ao elencar no §1º do artigo 489 do CPC, quais as hipótese em que **não há prestação jurisdicional do ESTADO**. Alude, ainda, que a **decisão judicial deve ser interpretada** a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o **princípio da boa-fé** (§3º), ou seja, **o juiz** que **incorrer nas hipóteses** elencadas no §1º do citado artigo **age de má-fé**.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

IV - DO DIREITO

DA NULIDADE ACÓRDÃO

1. Alude o artigo 144, Inciso II, do CPC:

Art. 144. Há **impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:**

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, **tendo proferido decisão:** (Grifos Nossos).

2. Ora Excelência, há dois **impedimentos**, claros, a saber: 1 - do **Presidente do 2º Grupo de Câmaras NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA** e 2 - do Desembargador **ENIO ZULIANI** que julgaram o v. acórdão n. 1033536-54.2015.8.26.0100, conforme atesta a própria serventia em fls. 453, nos seguintes termos:

“Ação Rescisória nº 2084918-39.2019.8.26.0000.

Entrado em: 17/04/2019

Tipo da Distribuição: Prevenção ao Órgão

Impedimento: Natan Zelinschi de Arruda e Enio Zuliani

Observação: p/Processo:1033536-54.2015.8.26.0100

O presente processo foi distribuído nesta data, por processamento eletrônico, conforme

descrito abaixo:

RELATOR: **Des. Viviani Nicolau**

ÓRGÃO JULGADOR: **2º GRUPO DE DIREITO PRIVADO**

São Paulo, 17/04/2019 12:48:46.

Santos Faustino de Albuquerque

Supervisor(a) do Serviço”.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

3. De maneira que o **conluio** entre os desembargadores em prejudicar a Embargante é patente, uma vez que inobstante **a ciência de seus impedimentos**, os Desembargadores **Natan Zelinschi e Enio Zuliani participaram do julgamento**, conforme EMENTA:

ACORDAM, em 2º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A INICIAL E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. **Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente)**, CARLOS ALBERTO DE SALLES, **ENIO ZULIANI**, MAIA DA CUNHA, DONEGÁ MORANDINI E BERETTA DA SILVEIRA. (Grifos Nossos).

4. Urge destacar que **sequer** a ação rescisória **poderia ser distribuída** ao **2º Grupo de Câmaras**, uma vez que o **Presidente do Grupo é o Desembargador Natan Zelinschi**, que foi o **relator do v. 1033536-54.2015.8.26.0100**, em face do que dispõe o artigo 181, §2º, do Regimento Interno:

Art. 181. Os feitos serão distribuídos aos desembargadores em audiência pública designada em dias certos da semana, segundo as cadeiras que ocupam nos órgãos julgadores, mediante sorteio, de forma ininterrupta e paritária, respeitadas prevenções e impedimentos, conforme a respectiva classe.

§ 2º Evitar-se-á distribuição a **órgão julgador fracionário** em que haja desembargador impedido. (Grifos Nossos).

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

5. É cediço que em razão do **princípio da imparcialidade** deve ser observada a **alternatividade do órgão fracionário**, nos termos do artigo 930 do CPC que diz:

Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, **observando-se a alternatividade**, o sorteio eletrônico e a publicidade. (Grifos Nossos).

6. Não há lógica distribuir a ação rescisória para o 2º Grupo de Câmaras Direito Privado, na qual o Presidente do 2º Grupo (Natan Zelinschi) foi o relator do acórdão rescindendo, sem violar o **princípio da imparcialidade** e do **“processo justo”**, em face do que dispõe o artigo 8, item 1, Do Pacto de São José da Costa Rica promulgado pelo Decreto n. 678 de 06 de Novembro de 1.992:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um **juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Grifos Nossos).

7. Urge destacar que o Pacto de São José da Costa Rica é **norma supralegal**, ou seja, se **sobrepõe** a toda **legislação infraconstitucional**, sendo de **caráter obrigatório** sua observância pelos órgãos judiciários (RE-STF 466.343 e Habeas Corpus 87.585-8 Tocantins - **STF Tribunal Pleno**).

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

A – DA OMISSÃO PELA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

1. **Data vênia**, é de rigor a reforma do v. acórdão verborrágico, diante da **OMISSÃO - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL**, expressamente, previsto no artigo 1022, Inciso II combinado com o Inciso II do parágrafo único do CPC que aduz:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. **Considera-se omissa a decisão** que:

II - **incorra em qualquer das condutas descritas no [art. 489, § 1º](#).**

2. Diz o artigo 489, §1º, Incisos II e III do CPC que alude:

Art. 489. ...

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;**

A – DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE

1. Ora, o v. acórdão é omissos quanto à violação ao artigo 39, I, do CDC. É cediço que **violação a norma jurídica de ordem pública** é motivo juridicamente relevante para o ingresso de ação rescisória (966 V). Ora, a Embargante, em ação rescisória, alega a **nulidade absoluta da promessa de compra e venda** rotulado de Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Unidade Autônoma Condominial no valor de R\$660.196,55(seiscentos e sessenta mil cento e noventa e seis reais e cinquenta e cinco centavos) celebrado com a empresa incorporadora SW05 SAMAMBAIA

ESCRITÓRIO:-Avenida Paulista, 1439, 1º andar, conj. 12, Bela Vista São Paulo – Capital, tel. (11) 4837-5602 - BRASIL.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

EMPREENDEIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, referente ao apartamento nº 41, localizado no 4º andar da Torre C 2 - Edifício Flamboyant do “Condomínio Vila Arboreto”, adquirido, **na planta**, por violar **o artigo 39, I (princípio da reciprocidade)**, do Código de Defesa do Consumidor.

4. É **vedada** a aplicação do **princípio da reciprocidade**, ou seja, **o incorporador não pode condicionar a venda de unidade condominial a ser construída, se a Embargante adquirir empréstimo espécie mútuo para incorporação de empreendimento do próprio incorporador (SWO5)**, o que caracteriza a **NULIDADE ABSOLUTA** do contrato, nos termos do artigo 166, VII, do Código Civil.

5. A **prova material inconteste** da **obrigação** sob pena de rescisão da promessa de compra e venda, consta, expressamente, da Cláusula Sexta que diz: ***"O COMPRADOR declara expressamente ter conhecimento de que: e) Está obrigado a firmar o competente aditivo junto ao agente financeiro que vier conceder o mútuo para financiamento das obras sob pena de não fazendo caracterizar descumprimento deste instrumento e que o agente financeiro possa em caso de execução do contrato desconsiderá-lo como adquirente."*** (Grifos Nossos).

6. A SW05 impôs a Embargante para venda da unidade condominial, a **obrigação de outorgar-lhe procuração** para adquirir empréstimo junto ao agente financeiro, em **benefício da incorporadora da obra (estelionato)**, conforme alude a **Cláusula L da PROCURAÇÃO**, em síntese: ***"17 - Pelo presente instrumento e na melhor forma de direito, o***

ESCRITÓRIO:-Avenida Paulista, 1439, 1º andar, conj. 12, Bela Vista São Paulo – Capital, tel. (11) 4837-5602 - BRASIL.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

COMPRADOR nomeia e constitui a VENDEDORA, para sua bastante procuradora em caráter irrevogável, na forma do artigo 684 e do parágrafo único do artigo 686, ambos do Código Civil Brasileiro, com poderes especiais para praticar todos os atos pendentes à formalização e cumprimento do ora contratado.....(.), podendo a VENDEDORA para tanto, assinar tais instrumentos, estabelecendo e aceitando cláusulas e condições, utilizando, no desempenho deste mandato, dos poderes da cláusula "extra", inclusive cumprindo eventuais exigências do referido Oficial de Registro de Imóveis para perante agente financeiro, juntar documentos, prestar informações, assinar contratos, escrituras, instrumentos de aditamento ou re-ratificação, constituir hipotecas em qualquer grau sobre o imóvel, objeto deste contrato....(....)." (Grifos Nossos).

7. Essa interpretação tem como supedâneo o que diz o artigo 47 do CDC. Este por sua vez foi inspirado no artigo 1.370 do Código Civil italiano, como princípio geral a interpretação pró-consumidor. **O dispositivo recebe influência do artigo 4º, III do mesmo Código, que dispõe sobre o princípio da boa-fé.** Essa ideia de proteção do consumidor, sujeito vulnerável da relação, é baseada no mandamento constitucional de proteção, disposto no artigo 5º, XXXII da Constituição da República. Os artigos 1º e 7º do CDC também inspiraram a determinação da interpretação favorável.

B – DA SÚMULA 543 DO STJ

1. O esdrúxulo acórdão é omissão quanto à violação à **Súmula 543 do STJ** que diz:

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

"Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, , ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento."

2. Vê-se de pronto uma determinação do Superior Tribunal de Justiça para todos os Tribunais de Justiça Estaduais, qual seja, o direito insofismável do comprador(Impetrante) nos casos de rescisão de contrato de promessa de compra e venda (não há unidade condominial), da restituição de todos os valores pagos ao incorporador (SW05).

3. Se a Embargante pagou pelo financiamento da obra e a parte devida ao incorporador construir o apartamento 41 do Edifício Flamboyant, como, pois, pode ser privada de receber os valores pagos (parcialmente ou integralmente), qualquer que seja o motivo da rescisão? Impossível, sem resultar enriquecimento ilícito (locupletamento) do incorporador (SW05), uma vez que a SW05 ficou com unidade condominial concluída de acordo com o cronograma físico e financeiro da obra.

4. Urge destacar que, a promessa de compra e venda da unidade condominial 41 pelo valor de R\$ 660.196,55 (seiscentos e sessenta mil cento e noventa e seis reais e cinquenta e cinco centavos), tem-se que R\$ 426.825,00 (quatrocentos e vinte e seis mil oitocentos e vinte e cinco reais) pertence ao agente financeiro responsável pelo financiamento do empreendimento, sendo a parte do INCORPORADOR(SW05), apenas e tão somente, R\$ 233.371,55 (duzentos e trinta e três mil trezentos e setenta e um

ESCRITÓRIO:-Avenida Paulista, 1439, 1º andar, conj. 12, Bela Vista São Paulo – Capital, tel. (11) 4837-5602 - BRASIL.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

reais e cinquenta e cinco centavos).

5. A Embargante pagou a SW05 a quantia global de R\$ 341.947,84 (trezentos e quarenta e um mil novecentos e quarenta e sete centavos e oitenta e quatro centavos), ou seja, muito mais do que realmente devido. **Como, pois, a Embargante na rescisão do contrato, pode não receber nenhum centavo e ainda ficar devendo mais de R\$ 772 mil?** Absurdo, já que é nítida a violação a Súmula 543 do STJ.

6. De sorte que as cláusulas contratuais ilícitas (Cláusula 5.2.2; Cláusula Sexta; Cláusula L e **Cláusula 14.a 3**) são nulas de pleno direito, porque de forma dissimulada sob o manto de legalidade evitou à restituição das parcelas pagas, dando ensejo à violação a Súmula 543 do STJ.

C – DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DELARAÇÃO COMO EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO.

1. O Desembargador José Carlos Barbosa Moreira ¹ assenta: **“Há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício (v.g., incompetência absoluta do juízo a quo: art. 113), ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua cognição, em causa de sua competência originária, ou obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475), ou ainda mediante recurso, inclusive quanto a ponto acessório, como seria o caso de sanção que lhe coubesse impor (p. ex., as previstas no art. 488, II, e no art. 529)”**.

¹ Comentários ao Código de Processo Civil, p. 540, 5ª edição, Forense, Rio.
ESCRITÓRIO:-Avenida Paulista, 1439, 1º andar, conj. 12, Bela Vista São Paulo – Capital, tel. (11) 4837-5602 - BRASIL.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

2. Havendo omissão, diz o Desembargador ATAHYDE MONTEIRO ², *“pode advir modificação do julgado embargado, pois a apreciação da matéria omitida enseja a possibilidade de conduzir a solução da lide em sentido diverso daquele fixado no julgamento anterior em que foi ela marginalizada”*

3. Outro não é o entendimento de Pontes de Miranda ³ *“A omissão supõe que algo tenha estado na petição, ou na contestação, ou em embargos, ou em qualquer ato processual de declaração de conhecimento ou de vontade, a que o juiz ou o tribunal tinha de dar solução, e tenha deixado de atender. O julgador tem de dizer “sim” ou “não” a qualquer pedido ou requerimento ou simples alegação”* (Grifos Nossos).

4. Verifica-se, portanto, ser inegável que os embargos de declaração, em alguns casos terão, **necessariamente, a força e o efeito de modificar a decisão, sob pena de ser impossível declará-la.**

5. Outro não poderia ser o entendimento, haja vista que o próprio estatuto processual civil, ao prever, em seu artigo **463, inciso II/1973** (494, II, CPC) combinado com o artigo **535, inciso II/1973**(1022, II, CPC) a possibilidade do juiz **“alterar”** o julgado por **intermédio dos embargos de declaração**, que sufraga a tese ora sustentada, eis que **o vocábulo “alterar” nada mais quer dizer do que mudar, modificar ou transformar** (FERREIRA, *Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa, p. 92. - acréscimos entre parênteses nossos*).

² Embargos Declaratórios opostos nos autos da Apelação Cível n.º 8.151 – Barra do Bugres – TJMT, in RF 259/341.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

6. Nesse **mesmo sentido**, observa-se, em nossa **jurisprudência** (RTJ 40/44, 57/145, 65/869, 63/424, 86/259, 88/325, 89/548, 40/772, 65/170, 88/325, 90/353, 73/795, 70/561, 82/437, 464/263, 431/244, 600/238, RT 565/173 - 174, RT 569/172, RJTJRS 69/136, etc.) não mais subsistindo qualquer discussão acerca do tema.

7. Igualmente, em **juízos proferidos pelas Cortes Superiores**, ficara assentado o seguinte, “*in verbis*”:

“ACLARATÓRIOS POR OMISSÃO E CONTRADIÇÃO – EFEITO MODIFICATIVO – VÍCIO NA DECISÃO MERITÓRIA – CORREÇÃO PERMITIDA – Os embargos de declaração têm por norte aclarar as disposições da decisão objeto de exame, quando ela traz os vícios da omissão, da obscuridade e da contradição. Se tais defeitos, entretanto, comprometem o sentido do provimento jurisdicional, a ponto de violar o direito do interessado, **cabe recebê-los para o fim de não só tornar inteligível, mas também de modificar o julgamento operado.** *In casu* o remédio heroico fora impetrado para afastar o erro da sentença quanto à fixação do regime fechado a partir da gravidade do delito, sendo que, ao negá-lo, esta Corte contrariou a jurisprudência aqui aceita e não corrigiu a omissão na interpretação do art. 33, § 3º, porquanto na pena-base não acorreram circunstâncias desfavoráveis ao acusado. Embargos acolhidos, com efeito modificativo, para conceder a ordem e fixar o regime semi-aberto.” (STJ – EDHC 25308/SP – 5ª T. – Min. J. Arnaldo da Fonseca, DJU 12.04.2004, p. 00222, *destaques adicionados*).

“Embora os embargos declaratórios não se destinem normalmente a modificar o julgado, constituem um recurso que visa a corrigir obscuridade, omissão ou contradição anterior. A correção há de ser feita para tornar claro o que estava obscuro, para preencher uma lacuna

³ Comentários ao Código de Processo Civil, t. VII, pp. 402 e 403, Forense, Rio, 1ª ed.

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

do julgado, ou para tornar coerente o que ficou contraditório. No caso, a decisão só ficará coerente se houver a alteração do dispositivo, a fim de que este se conforme com a fundamentação. Temos admitido que os embargos declaratórios, embora, em princípio, não tenham efeito modificativo, podem, contudo, em caso de **erro material** ou em circunstâncias excepcionais, ser **acolhidos para alterar o resultado anteriormente proclamado**". (STF - RE nº 59.040 - RTJ 40/44, destaques adicionados).

8. Ainda a doutrina acentua que o julgador ao imprimir **força modificativa** aos declaratórios, demonstra não ter acanhamento em reconhecer eventuais equívocos presentes em seus decisórios, aplicando-se, para o caso, os ensinamentos do eminente Min. WASHINGTON BOLÍVAR (*Revista do TFR nº 119, p. 318-323*) no sentido de que "**não deve o juiz ter pejo de confessar que errou, em qualquer circunstância e, muito especialmente, quando ainda há tempo de corrigir-se e corrigir. Pois aquele que reconhece o seu erro demonstra que é mais sábio hoje, quando o corrige, do que ontem, quando o praticou**" (*grifo adicionado*).

V - DO PEDIDO

1. Assim sendo, requesta vênia a Vossa Excelência para declarar nulo, de ofício, o acórdão teratológico, "inaudita altera parte", por violação ao artigo 144, II, do CPC, bem como prolatado por autoridade absolutamente incompetente, caso não seja esse o entendimento esposado, requer a apreciação e julgamento das omissões apontadas, já que demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, com base no Inciso II e Inciso II

MARCOS DAVID FIGUEIREDO DE OLIVEIRA
ADVOGADO

do parágrafo único do artigo 1.022 cc. o §1º, do artigo 1026, ambos do CPC,
dando-lhe integral provimento.

2. Requer, ainda, intimar os Embargados para, querendo, manifestar-se no prazo de 5(cinco) dias sobre os embargos opostos, nos termos do §2º, do artigo 1023 do CPC.

Termos em que aguarda,

DEFERIMENTO.

São Paulo, 13 de agosto de 2019.

Marcos David Figueiredo de Oliveira

OAB/SP n.º 144.209-A