



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0001087263

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003793-19.2017.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROMILDO REGINALDO DE QUEIROZ, são apelados REGINALDO JOSÉ ANTONIO DE QUEIROZ FILHO e IZAURA SANTOS QUEIROZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO E SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

JACOB VALENTE
relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Apelação Cível nº: 1003793-19.2017.8.26.0006

Apelante: ROMILDO REGINALDO DE QUEIROZ

**Apelados: REGINALDO JOSÉ ANTONIO DE QUEIROZ FILHO /
IZAURA SANTOS QUEIROZ**

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 28.740

POSSESSÓRIA - Esbulho decorrente da não desocupação de edificação no pavimento superior de imóvel, cedido em comodato verbal pelo autor ao seu irmão, réu, após discussão entre ambos que inviabilizou o convívio familiar no mesmo local, com pedido cumulado de fixação de alugueres – Pretensão julgada procedente em primeiro grau de jurisdição, diante da comprovação do comodato e da não aquisição, e construção, conjunta das edificações pelas partes, fixando aluguel de R\$ 700,00 a partir da citação – Irresignação recursal do réu alegando nulidade da sentença pelo cerceamento da defesa (ausência de prova pericial), o não enfrentamento da alegação de usucapião como defesa, a inexistência de prova de propriedade do imóvel pelo autor, a inexistência de comodato, mas de verdadeira doação de um para o outro e a não constituição em mora com notificação prévia - CERCEAMENTO DE DEFESA – Não ocorrência – Efetivo saneamento do feito com determinação de juntada de documentos e rol de testemunhas, sendo que na respectiva audiência as do réu, e ele próprio, não compareceram – Lide que dispensa prova pericial na fase de conhecimento – DIREITO DE SUPERFÍCIE – Exame dos autos que revela que não houve comodato entre as partes, porque ao tempo da cessão inexistia o bem em disputa (edificação no pavimento superior do imóvel), segundo exegese do artigo 579 do Código Civil – Circunstância em que provado que o autor comprou o terreno nú e nele edificou sua casa, e, anos mais tarde, permitiu aos irmãos, dentre eles o réu, de providenciar a edificação em segundo pavimento sobre a laje que lhe servia de telhado – Nítida cessão que consubstancia o chamado direito de laje (artigos 1.550 A e B do Código Civil) – Inexistência, portanto, de composses pelo autor para ser reintegrado – Sentença reformada – Apelação provida.

1. Trata-se de ação para reintegração na posse de edificação no pavimento superior de imóvel localizado no Município de São Paulo, o qual havia sido cedido em comodato verbal em 1990 ao réu e outras duas irmãs do autor, sendo que após a saída destas, aquele realizou algumas benfeitorias no local. Diz que em 10/2016 houve desentendimentos entre as partes por causa de uma obra civil no pavimento inferior que acabou afetando o superior, tornando insuportável a convivência familiar no mesmo imóvel, razão pela qual reputa rescindindo o comodato. Pede a fixação de aluguel de R\$ 700,00 na hipótese de não desocupação voluntária. O pedido de liminar foi indeferido com concessão da justiça gratuita (fls. 48).

Na contestação de fls. 57/75 o réu assevera, em preliminares, a necessidade de formação do litisconsórcio com a esposa do autor, na forma do artigo 114 do NCPC, a revogação da justiça gratuita concedida e, ausência de notificação prévia da rescisão do comodato verbal. No mérito, sustenta que inexistiu qualquer comodato, mas efetiva colaboração financeira para aquisição do terreno e edificação da construção, inclusive da parte da irmã Maria José de Queiroz. Diz que exerce legitimamente a posse sobre a sua parte ideal no imóvel, sendo que o pavimento superior foi erigido exclusivamente às suas expensas.

A esposa do autor ingressou na lide (fls. 134).

Após oitiva de testemunhas (fls. 176/183), na sentença de fls. 192/195 a pretensão foi julgada parcialmente procedente pela Juíza Deborah Lopes, convencida da ocorrência do comodato verbal da forma que relatado na inicial, sem que o réu demonstrasse, por provas, as benfeitorias realizadas além dos R\$ 878,26 que constou a fls. 112. Por consequência, fixou o aluguel pedido na inicial a partir da citação e condenou em verba sucumbencial de 20% sobre essa condenação.

O réu, inconformado, apela (fls. 221/240), reiterando, em síntese, a nulidade da sentença por não enfrentar a alegação de usucapião como defesa

(Súmula 237 do S.T.F.), bem como a inexistência de comodato entre os irmãos, mas verdadeira doação com cessão da posse. Diz que sofreu cerceamento de defesa sem produção de prova pericial e ausência de despacho saneador. Reitera argumentos da sua contestação, dizendo que o autor não é propriedade do imóvel com base na continuidade registral, e da ausência de notificação prévia para constituição em mora.

Contrarrrazões ofertadas as fls. 780/798, fechando-se o arco do contraditório.

Regulamente intimados por ocasião da distribuição do recurso, na forma do estabelecido na Resolução nº 772/2017, que alterou a redação do artigo 1º da de nº 549/2011, ambas do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, não houve registro de oposição.

É o relatório do essencial.

2.1 – DA ADMISSÃO DO RECURSO

A apelação de fls. 221/240 interposta em 06/12/2017 é **tempestiva** e isenta de preparo, eis que o apelante é beneficiário da justiça gratuita (fls. 194), de modo que admitida nos termos dos artigos 932, inciso VIII; 1.007, § 1º; 1.010, § 3º; e 1.012, do Novo C.P.C., com a ratificação deste colegiado.

2.2 – DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Na inicial o autor alegou que com a impossibilidade de convivência no mesmo imóvel, ainda que as partes residindo em pavimentos distintos do sobrado (autor no térreo, réu no superior), o comodato verbal estabelecido entre ambos nos idos dos anos 90 acabou sendo rescindido, de modo que o réu deveria desocupar a edificação liminarmente, sob pena de fixação de alugueres (fls. 11/12)

Notadamente ao não fazer a notificação prévia para desocupação voluntária, a qual não é obrigatória, a constituição em mora se estabelecerá com a citação, a qual restou consumada (fls. 51).

De outra banda, sobrevindo a respectiva contestação foi declarado saneado o feito e fixado os pontos controvertidos, abrindo-se prazo de 10 dias para apresentação de documentos e depósito do rol de

testemunhas (fls. 134). Evidentemente, para a natureza da ação (posse e esbulho) não se faz necessária prova de natureza pericial nessa fase, exceto para liquidação em caso de retenção de benfeitorias.

O autor apresentou suas testemunhas (fls. 137). Já o réu preferiu juntar cópia de ação de usucapião que ajuizou após aqui ser citado, para criar uma narrativa de defesa, bem como certidão imobiliária para demonstrar a não propriedade do autor (fls. 140/150 e 153/159). Às fls.160 apresentou o rol das suas testemunhas, vizinhos do imóvel litigioso.

Com base nisso, a magistrada a *quo* designou audiência para o dia 13/09/2017, às 14hs, ficando os respectivos advogados intimados para apresentação das testemunhas arroladas (fls. 162). Na data designada, o réu, nem suas testemunhas, compareceram, colhendo-se a oitivas das dos autor, com a dispensa de duas delas, encerrando-se a instrução (fls. 169).

Assim, não se vislumbra qualquer cerceamento de defesa, na medida em que o próprio réu se manteve inerte na produção das provas requeridas.

2.3 – DO COMODATO VERBAL

Comodato, segundo o artigo 579 do Código Civil atual, é o 'empréstimo' gratuito de coisa não fungível, consolidado pela 'tradição' do objeto.

Segundo a inicial, o autor teria 'emprestado' o pavimento superior do seu imóvel para a habitação de seus irmãos, dentre eles, o ora réu.

No entanto, segundo o instrumento particular de fls. 17/21, que não foi levado a registro imobiliário porque a transmitente também não tinha regularizado o seu domínio, conforme testemunhou seu filho, Cláudio Radio Felipe (fls. 176/180), a compra foi da 'parte ideal de um terreno', o que, à luz da planta de loteamento de fls. 157, claramente se identifica que a matrícula 'mãe' se referia ao lote maior na esquina das ruas Demerval Lessa e Arthur Alvim, com desdobro do número 287 (onde, provavelmente, ainda reside a mãe do depoente), com a abertura do número 285 na Prefeitura, permitindo a segregação do IPTU (fls. 26).

Portanto, tanto o instrumento particular, quanto o depoimento daquele que o vendeu (em nome da mãe) para o autor, comprovam que a aquisição ocorreu em **19/02/1987** e somente do **terreno**. Diante disso, a data de 20/10/1988 constante no pedido de ligação da SABESP (fls. 241) não comprova que o réu tinha posse antes do seu ingresso em 1990 por permissão do irmão, mas que naquela data o imóvel foi ligado à rede, e aquele respectivo hidrômetro, ao depois, ficou para a ligação do pavimento superior.

Já a testemunha Maria Luiza Maranhão, que residia na vizinhança em data anterior à essa aquisição (1986), corroborou que o autor e sua esposa chegaram 'há três ou quatro' anos, e o réu, bem depois (fls. 181). E também disse que a compra foi de terreno nú (fls. 182).

Dito isso, se o que houve foi autorização para o réu e suas irmãs construírem um segundo pavimento, e ali residirem com o autor, que, nesse caso, seria beneficiado por uma laje estrutural ao invés de um telhado simples, trazendo benfeitoria e valorização do imóvel, não há que se falar em 'comodato', porque não se pode emprestar algo que não preexiste.

Houve, em verdade, o que se chama de 'direito de superfície', conforme estabelecido nos artigos 1.369 e seguintes do Código Civil de 2002, o que antigamente era conhecido informalmente por 'direito de laje'.

Note-se que em 2016 foi publicada a Medida Provisória 759, que, dentre outras matérias referentes à regularização fundiária, constituiu o direito de laje como de natureza real (artigo 1225, inciso XIII, do Código Civil). Por sua vez na sua conversão na Lei 13.465/2017 acrescentou-se os artigos 1550-A e B ao Código Civil com o seguinte teor:

Artigo 1.510-A – O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

§ 1º - O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma,

não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

§ 2º - O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade.

§ 3º - Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.

§ 4º - A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

§ 5º - Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje.

§ 6º - O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes.

Artigo 1.510-B - É expressamente vedado ao titular da laje prejudicar com obras novas ou com falta de reparação a segurança, a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício, observadas as posturas previstas em legislação local.

Tal direito de laje também está previsto no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) no seu artigo 21.

O direito de laje, portanto, não constitui um direito real novo, mas uma modalidade de direito de superfície que era (e é) praticado por usos e costumes, nos chamados 'puxadinhos', normalmente, para acomodação de parentes e agregados que vão se incorporando a determinada família.

Exatamente o caso dos autos!

Basta observar as fotos de fls. 30/43 e 95/102 para se perceber que as partes, irmãos,

consolidaram o direito de superfície de forma informal, eis que o titular do prédio base ainda não regularizou a matrícula do imóvel, sendo que ambas as edificações estão separadas em acesso, fornecimento de água, energia e telefone.

Por outro lado, não há que se falar em posse pretérita do autor sobre a edificação do piso superior para nela ser reintegrado, como do réu em comosse sobre todo o imóvel.

Portanto, para a pretensão aqui deduzida, pouco importa a prova de propriedade do bem, decorrente do registro imobiliário, pois a posse pode ser defendida com base nela própria, o que, aliás, está consagrado no artigo 923 do Código de Processo Civil, ainda que se admita a alegação de usucapião restritivamente como matéria de defesa, fato ocorrido nos autos, segundo a vetusta **Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal**. Nada mais.

Diante disso, não se pode perder de vista que posse é o exercício do poder de fato sobre o bem (cf. **ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, ed. Forense, 1980, p. 457**), a relação de fato entre a pessoa e a coisa (cf. **PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, 2ª ed. Borsoi, 1960, Tomo X, p. 71**), tendo em vista a utilização econômica desta (cf. **CAIO MÁRIO, Instituições de Direito Civil, vol. IV, ed. Forense, 1970, p. 24**).

Acrescente-se que o Código Civil de 2003 em nada alterou a concepção de posse consagrada pelo código revogado, aplicável à espécie, apoiada no ensinamento de VON IHERING, segundo o qual, no geral, o possuidor de uma coisa é, ao mesmo tempo, seu proprietário; entretanto, quando posse e propriedade não estão unidas em uma só pessoa, nota-se a distinção entre esses institutos, sendo a posse, por um lado, poder de fato, enquanto o domínio é poder de direito. Essa é a grande diferença entre esses dois institutos. Em suas próprias palavras, ressalta que: "A posse, com efeito, deve ser considerada sob dois pontos de vista. Em primeiro lugar é a condição do nascimento de certos direitos, e, não obstante, atribui por si mesma a proteção possessória (*ius possessionis* em oposição ao *ius possidendi*); ela é, por conseguinte, a base de um direito" (**CLÁUDIA APARECIDA CILMARDI, Proteção Processual da Posse, 2ª ed. RT, 2007, p. 22**).

Colocadas todas essas premissas, como não há prova de comodato sobre a edificação em disputa, mas nítido direito de superfície do réu, bem como nunca houve posse pretérita do autor na mesma para se ver reintegrado, não há outra solução senão a do completo indeferimento da pretensão inicial, reformando integralmente a sentença.

E deixa-se aqui uma advertência às partes: o exercício do direito de laje não é amplo e absoluto pelo superficiário, que deve suportar as obras de manutenção do piso de sustentação do seu pavimento, como está expressamente consignado no artigo 1510-B do Código Civil, sob pena das cominações legais.

2.3 – DA SUCUMBENCIA RECURSAL

O artigo 85 do Novo Código de Processo Civil assim estabelece:

“§ 1º - São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º - Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 8º - Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 11 – O Tribunal, ao julgar o 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."

Notadamente, o valor atribuído à causa está em dissonância com o objeto da ação, porque não se pretende a posse de todo o imóvel, mas somente do seu pavimento superior, que é parte ideal da área construída de 127 m², de valor venal de R\$ 153.104,00 (fls. 26), de modo que retificada de ofício para 50% desse valor, mais 12 parcelas de aluguel de R\$ 700,00, implicando em **R\$ 84.952,00**, na forma do artigo 292, incisos IV, VI, §§ 2º e 3º, do Novo C.P.C.

Por consequência, a verba sucumbencial final (dos dois graus de jurisdição) é de **11%** (onze pontos percentuais) sobre o valor ajustado da causa, de responsabilidade do autor, observada a regra do § 3º do artigo 98 do indigitado Codex.

2.4 – ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., conclui-se pela reforma da sentença para rejeitar, integralmente, a pretensão inicial, conforme tópico 2.2.

3. Destarte, nos termos acima especificados, **dá-se provimento ao recurso.**

JACOB VALENTE

Relator