

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.323 - SP (2008/0148009-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
**RECORRENTE** : PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO E CÔNJUGE  
**ADVOGADO** : JURANDIR ROZALIM JÚNIOR E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : APOEMA CONSTRUTORA LTDA E OUTROS  
**ADVOGADOS** : JOÃO AGRIPINO DE VASCONCELOS MAIA  
CLAUDIO OLAVO DOS SANTOS JUNIOR E OUTRO(S)

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. ESCOLHA DO CREDOR. INEXIQUIBILIDADE DA PRESTAÇÃO ESCOLHIDA. INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 255 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Nas obrigações alternativas a escolha é a concentração da obrigação na prestação indicada, momento no qual torna-se simples, pelo que, apenas a escolhida poderá ser reclamada.

2. Segundo dispõe o artigo 255 do Código Civil, se a escolha couber ao credor e uma das prestações houver perecido, pode escolher a outra ou optar pelo valor da perda mais perdas e danos.

3. Devedor de obrigação alternativa que grava com ônus reais imóvel que era objeto de possível escolha pelo credor, sem adverti-lo de tal hipótese, torna viciosa escolha, mormente quando não honrar a obrigação com credor hipotecário que, posteriormente, vem a executar a garantia.

Assim, concentrada a obrigação em prestação inexigível por culpa do devedor, terá o credor o direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra.

4. Recurso especial conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, divergindo do voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, Relator, que dele conhecia em parte, e nessa extensão, dava-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Vencido o Sr. Ministro Fernando Gonçalves, Relator.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Aldir

# *Superior Tribunal de Justiça*

Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo Filho.

Brasília (DF), 22 de junho de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente e Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.323 - SP (2008/0148009-7)

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:**

Por APOEMA CONSTRUTORA LTDA e outros foram opostos embargos à execução que lhes move PAULO ROBERTO PIERRE TEPEDINO e outra, alegando inexistência do título executivo, bem como a impossibilidade de, em caso de obrigação alternativa, se exigir o cumprimento de encargo diferente daquele originalmente escolhido pelo credor.

Os embargos foram julgados improcedentes (fls. 102/106).

Interpostos recursos de apelação por ambas as partes, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dá provimento ao recurso dos embargantes e nega o dos embargados, em acórdão que guarda a seguinte ementa:

*"EMBARGOS À EXECUÇÃO - Execução de Confissão de dívida - Obrigação alternativa - Impossibilidade - Escolha já realizada - Cabia ao credor exigir o cumprimento da opção selecionada - Ausência de culpa por parte do devedor - Inexistência, portanto, de título executivo para cobrança de obrigação alternativa - Execução extinta - Recurso dos embargantes provido para esse fim.*

*HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Pretensão à fixação conforme pactuado extrajudicialmente pelas partes - Impossibilidade - Aplicação das regras do art. 20 do CPC - Recurso do embargado não provido." (fls. 538)*

Opostos embargos de declaração pelas partes, restaram acolhidos os dos exequentes tão-somente para correção de erro de digitação.

Vem, então, o recurso especial de PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO e outra, com base nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, sendo aduzido maltrato aos arts. 108, 215, 253, 255, 304 a 307, 389 a 393, 1196, 1214, 1228, 1242, 1245 e 1267 do Código Civil; aos arts. 265, II, "a", 580, 581, 585, II, 586, 587, 571, § 2º, 694 e 745 do Código de Processo Civil,

# *Superior Tribunal de Justiça*

bem como dissídio jurisprudencial.

Assinalam, no essencial, que o acórdão ao firmar o descabimento dos credores executarem a obrigação subsistente, quando a originalmente escolhida se torna inexecuível, nega vigência ao art. 253 do Código Civil. Ressaltam que aludido dispositivo não cogita de culpa, nem de escolha, apenas garante a subsistência do débito em relação à obrigação possível.

Destacam, de toda forma, o agir culposo dos recorridos, pois a despeito do compromisso firmado, entregaram os bens em hipoteca sem sua anuência.

De outro lado, sustentam ter o acórdão dado interpretação extensiva ao conceito de obrigação possível, em descompasso com os arts. 253 e 255 do Código Civil. Asseveram que o credor não pode ser compelido a demandar contra um terceiro para fazer valer a obrigação contraída pelo devedor.

Não fosse isso, o fato de os recorridos haverem entregue a posse dos apartamentos não os desonera do cumprimento da obrigação, traduzida na transmissão da propriedade de referidos bens.

Esclarecem, por fim, que o ajuizamento de ação de usucapião em face do Banco Itaú se deu por temor relativo ao perecimento de seus direitos, não sendo lícito ao Tribunal de origem lhes tolher o direito de ação, mormente se as demandas são exercidas sob fundamentos diversos, sem comprometimento recíproco.

Contra-razões às fls. 750/794.

Por força da liminar concedida na MC 13.837/SP foi agregado efeito suspensivo ao presente recurso.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.323 - SP (2008/0148009-7)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):**

Pelos pais de PAULO ROBERTO PIERRE TEPEDINO foi entregue à Construtora recorrida um terreno com a promessa, formalizada em escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, de que receberia o valor correspondente ao imóvel por uma das três formas previstas no instrumento, a sua escolha.

A primeira alternativa, entrega de três apartamentos e sete vagas de garagem pertencentes ao edifício erigido sobre o terreno, totalmente acabados e com o respectivo habite-se, dentro do prazo máximo de 30 meses a contar da assinatura do título, datada de 22 de julho de 1991, foi a eleita pelos credores.

A despeito disso, em 02 de maio de 1994, a Construtora entrega os imóveis prometidos aos recorrentes em garantia de empréstimo contraído junto ao Banco Itaú.

Nesse contexto, com a expedição do habite-se em 14 de dezembro de 2005, a Construtora entrega aos recorrentes apenas a posse dos imóveis, comprometendo-se a outorgar a escritura o mais breve possível, sendo acordado que, para tanto, os credores cancelariam a hipoteca incidente sobre o imóvel oferecido como garantia na confissão de dívida, que seria então "trocado" com o Banco Itaú.

Apesar disso, os imóveis a serem entregues aos credores acabaram por ser adjudicados pelo Banco Itaú em execução movida contra a construtora recorrida, ingressando os recorrentes, então, com a presente execução, fundada na escritura pública de confissão de dívida, buscando fazer valer a segunda obrigação ajustada, consubstanciada na entrega dos valores em espécie.

# *Superior Tribunal de Justiça*

O Tribunal de origem entende, porém, que "As obrigações alternativas a que se comprometeu a Construtora expiraram-se anos atrás, quando os exeqüentes optaram pelo recebimento dos imóveis e dele se utilizaram pacificamente por 6 anos. Somente o cumprimento integral dessa opção poderia ser exigida" (fls. 543).

A questão em debate gira em torno, portanto, do momento e dos efeitos da concentração nas obrigações alternativas.

No caso em comento, ao contrário da regra geral, foi estipulado que a escolha entre uma das prestações alternativas ficaria a cargo dos credores, tendo eles optado pela entrega de três apartamentos e 07 garagens. Feita a escolha, um de seus efeitos, ensina Serpa Lopes, "é, como não podia deixar de ser, tornar-se irrevogável, transformando a obrigação de alternativa em obrigação simples, em havendo a execução da obrigação, isto é, mediante a realização pelo devedor da prestação que lhe incumbia, ou mediante a declaração unilateral do credor, comunicada ao devedor" (Curso de Direito Civil - Obrigações em Geral, v. II. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 86).

Nesse contexto, caso a prestação se torne inexecúvel após a concentração, a questão se resolve segundo o disposto no art. 234 do Código Civil, que assim dispõe:

*"Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente (obrigação de dar coisa certa), a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos."*

Cumpra esclarecer, nesse passo, que o art. 253 do mesmo Estatuto somente se aplica às obrigações alternativas, isto é, quando ainda presente a alternatividade, que desaparece com a escolha do credor, como acima salientado.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Nessa ordem de idéias, não se mostra relevante a afirmativa dos recorrentes no sentido de que "quando receberam a posse das unidades, o que fizeram de boa-fé e crentes na promessa de outorga das escrituras para entrega das unidades livres e desembaraçadas, tais imóveis já estavam hipotecados ao Banco Itaú (sem anuência dos credores), de sorte que a prestação já estava viciada, inexecutável por essa alternativa, pendente que estava de liberação do ônus real" (fls. 638), pois o que importa para verificação da possibilidade da prestação não é o momento de seu cumprimento, nas hipóteses em que a escolha cabe ao credor, mas o momento do exercício da opção.

Assim, se a prestação perece por culpa do devedor antes de feita a escolha pelo credor, pode este optar entre a remanescente ou o valor equivalente à perda, acrescida de perdas e danos (art. 255 do CC). Porém, se feita a escolha pelo credor e a prestação se torna impossível, tudo se passa como se a obrigação desde o início fosse simples. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves: "Cientificada a escolha, dá-se a concentração, ficando determinado, de modo definitivo, sem a possibilidade de retratação unilateral, o objeto da obrigação. As prestações *in obligatione* reduzem-se a uma só, e a obrigação torna-se simples. Só será devido o objeto escolhido, como se fosse ele o único, desde o nascimento da obrigação. Com efeito, a concentração retroage ao momento da formação do vínculo obrigacional, porque todas as prestações alternativas já se achavam *in obligatione*" (Direito Civil Brasileiro, vol. II: Teoria Geral das Obrigações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87).

Dessa forma andou bem o Tribunal de origem ao afirmar que na execução em curso somente poderia ser exigida a alternativa escolhida originalmente pelo credor. Merece reparo o aresto recorrido, porém, no que respeita à culpabilidade do devedor, assim analisada:

*"A obrigação não se tornou impossível ou inexecutável por culpa da construtora apelante.*

*A uma porque não agiu com culpa a construtora.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*A duas porque a obrigação não era, até então, impossível.*

*É prática comum e rotineira a constituição de hipoteca pela construtora de edifício perante o banco financiador.*

*Não é possível alegar, portanto, surpresa ou desconhecimento quando a construtora agiu dessa maneira.*

*Demais disso, os próprios exeqüentes sabem, como asseveraram na notificação extrajudicial retro mencionada, que a jurisprudência é pacífica ao entender pela irrelevância de hipoteca ao agente financeiro perante os adquirentes do imóvel, como é o caso em testilha." (fls. 540)*

Ora, o fato de ser prática comum o pedido de empréstimo pela construtora com a constituição de hipoteca sobre o empreendimento não lhe retira a responsabilidade de pagar o débito, dando baixa na hipoteca, de modo a entregar as unidades habitacionais a seus compradores livres de qualquer ônus.

Ademais, não é possível eximir a construtora de culpa sob o argumento de que os recorrentes poderiam ter ingressado com tais e quais medidas judiciais para assegurarem seu direito. A culpa da construtora é patente.

No mais, as matérias constantes dos arts. 108, 265, 580, 581, 587, 694, 745 e 1046 do Código de Processo Civil e dos arts. 1196, 1214, 1228, 1242, 1245 e 1267 do Código Civil não foram decididas pelo Tribunal de origem, apesar do oposição de embargos de declaração. Não alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, incide, na espécie, a súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

*"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ - AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC - DESPROVIMENTO.*

*I - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não tenha sido ventilada no v. aresto atacado e sobre a qual, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios competentes, o órgão julgador não se pronunciou e a parte interessada não alegou ofensa ao art. 535 do CPC, incidindo, na hipótese, o*



# *Superior Tribunal de Justiça*

*verbete sumular n. 211 do STJ.*

*II - Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no Resp 881.416/RS, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 05.03.2007)*

Por fim, os dois primeiros arestos apontados como paradigma não cuidam da mesma situação fática retratada nos presentes autos, não se prestando, assim, a demonstrar a existência do alegado dissídio jurisprudencial.

Com efeito, o primeiro acórdão trazido pelos recorrentes cuida da possibilidade de confissão de dívida instruir processo de execução, sem cogitar, porém, do perecimento da prestação nele contida. O segundo aresto trata de hipótese em que a escolha referente à obrigação alternativa estava a encargo do devedor.

Quanto ao último paradigma apontado, a questão da incidência do disposto no art. 694, § 2º, do Código de Processo Civil à espécie carece de prequestionamento, o que obsta o conhecimento do recurso também pela alínea "c" do permissivo constitucional, ante a impossibilidade de confronto dos arestos trazidos como paradigmas com tese não enfrentada pelo acórdão recorrido.

Conheço em parte do recurso e, nesta extensão, dou-lhe provimento tão-somente para reconhecer o agir culposos dos recorridos.

Prejudicada a liminar deferida na MC 13.837/SP.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2008/0148009-7

**REsp 1074323 / SP**

Números Origem: 11137692 1113769201 200100000292 2922001

PAUTA: 03/12/2009

JULGADO: 03/12/2009

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO E CÔNJUGE  
ADVOGADO : JURANDIR ROZALIM JÚNIOR E OUTRO(S)  
RECORRIDO : APOEMA CONSTRUTORA LTDA E OUTROS  
ADVOGADO : CLAUDIO OLAVO DOS SANTOS JUNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2009

**TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**  
Secretária

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2008/0148009-7

**REsp 1074323 / SP**

Números Origem: 11137692 1113769201 200100000292 2922001

PAUTA: 03/12/2009

JULGADO: 15/12/2009

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS**

Secretário

Bel. Romildo Luiz Langamer

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO E CÔNJUGE  
ADVOGADO : JURANDIR ROZALIM JÚNIOR E OUTRO(S)  
RECORRIDO : APOEMA CONSTRUTORA LTDA E OUTROS  
ADVOGADO : CLAUDIO OLAVO DOS SANTOS JUNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr(a). JURANDIR ROZALIM JÚNIOR, pela parte RECORRENTE: PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO

Dr(a). JOÃO AGRIPINO DE VASCONCELOS MAIA, pela parte RECORRIDA: APOEMA CONSTRUTORA LTDA

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, Relator, conhecendo em parte do recurso especial e, nessa extensão, dando-lhe provimento, PEDIU VISTA antecipada o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Aguardam os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

Brasília, 15 de dezembro de 2009

Romildo Luiz Langamer  
Secretário

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2008/0148009-7

**REsp 1074323 / SP**

Números Origem: 11137692 1113769201 200100000292 2922001

PAUTA: 22/06/2010

JULGADO: 22/06/2010

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

**Relator para Acórdão**

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO E CÔNJUGE  
ADVOGADO : JURANDIR ROZALIM JÚNIOR E OUTRO(S)  
RECORRIDO : APOEMA CONSTRUTORA LTDA E OUTROS  
ADVOGADOS : JOÃO AGRIPINO DE VASCONCELOS MAIA  
CLAUDIO OLAVO DOS SANTOS JUNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, divergindo do voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, Relator, que dele conhecia em parte, e nessa extensão, dava-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Vencido o Sr. Ministro Fernando Gonçalves, Relator.

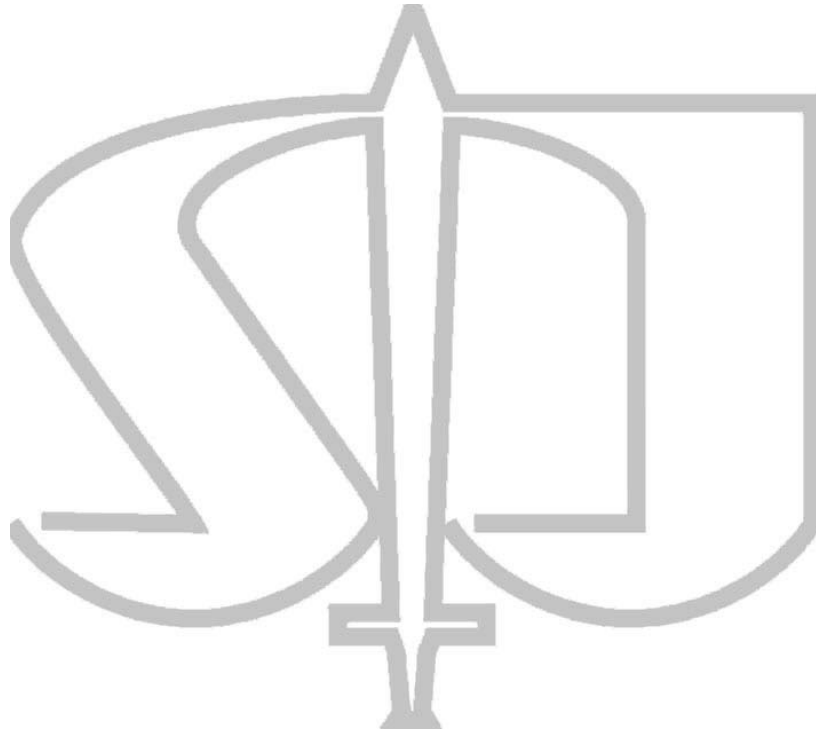
Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo Filho.

Brasília, 22 de junho de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI  
Secretária



# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.323 - SP (2008/0148009-7)

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator): Sr. Presidente, tenho um voto escrito, acompanhando o voto-vista de V. Exa., e trouxe aqui um acórdão de lavra do eminente Ministro Teori Albino Zavascki.

Acompanho o voto de V. Exa., conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, e peço para integrar o meu voto ao voto de V. Exa.



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.323 - SP (2008/0148009-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**  
**RECORRENTE** : **PAULO ROBERTO PIERRI TEPEDINO E CÔNJUGE**  
**ADVOGADO** : **JURANDIR ROZALIM JÚNIOR E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **APOEMA CONSTRUTORA LTDA E OUTROS**  
**ADVOGADOS** : **JOÃO AGRIPINO DE VASCONCELOS MAIA**  
**CLAUDIO OLAVO DOS SANTOS JUNIOR E OUTRO(S)**

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:**

Paulo Roberto Pierri Tepedino e sua esposa, Mara, cederam um terreno à construtora Apoema para que lá fosse edificado um prédio de condomínio denominado Jacarandá.

Assim, feita a escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária (hipoteca esta que incidiu em imóvel diverso) pela construtora e sócios Orlando e Aparecida, confessando-se devedores na quantia de 60.000.000,00 (sessenta milhões de cruzeiros), que seria resgatada, **a critério dos credores**, entre três alternativas:

- I. preferencialmente pela entrega de três apartamentos e sete vagas de garagem;
- II. pagamento da importância confessada;
- III. entrega em dação dos imóveis dados em hipoteca.

Acusam os autos que os credores optaram pela entrega dos apartamentos e garagens. Contudo, o devedor entregou os apartamentos e garagens gravados de hipoteca pelo Banco Itaú S/A. Anos depois, o banco promoveu a execução das hipotecas e adjudicou os imóveis (as escrituras definitivas ainda não haviam sido feitas). Então, os credores vieram ao Judiciário executar a confissão de dívida, exigindo o recebimento da importância confessada, ou seja, da segunda prestação.

A construtora opôs embargos do devedor, e o recurso especial de que cuidam os autos é proveniente desses embargos.

Assim, o cerne da questão ora tratada diz respeito ao seguinte: numa obrigação

# *Superior Tribunal de Justiça*

alternativa, se a prestação escolhida tornar-se inexequível por culpa do devedor, subsiste o débito em relação à outra?

O Juiz primeiro entendeu que, sendo inexequível a prestação escolhida, o credor tem o direito de exigir a prestação subsequente. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou essa decisão ao fundamento de que a construtora não agiu com culpa ante o fato de ter gravado os imóveis com ônus reais, afirmando ainda que, em se tratando de obrigação alternativa, uma vez individualizada a prestação, somente o seu cumprimento é que pode ser exigido.

Os autos vieram a este Tribunal por decisão de admissibilidade do recurso especial, e o Ministro relator, Fernando Gonçalves, deu parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer que a culpa pela prestação escolhida ter-se tornado inexequível é do próprio credor. Todavia, manteve o acórdão recorrido no que tange à declaração de inexigibilidade da confissão de dívida quanto ao valor em espécie.

Pedi vista dos autos e, após melhor analisá-los, concluo por votar de forma diversa do relator, com sua vênua.

No que tange à culpa para inexequibilidade da prestação escolhida ser da Construtora Apoema, não discordo do Relator. Com efeito, a construtora já sabia, até porque previsto em contrato, que a preferência pela escolha dar-se-ia sobre os apartamentos que resolveu hipotecar ao Banco Itaú S/A.

Ora, se por um lado é prática comum a constituição de garantia hipotecária por construtoras quando necessitam de empréstimos financeiros para edificar obras, por outro, isso não lhe retira a responsabilidade pelo cumprimento de obrigações assumidas em relação aos demais contratos firmados.

No caso, a construtora tomou dinheiro emprestado no Banco Itaú S/A, construiu o seu prédio no terreno cedido pelos recorrentes, mas não honrou com as obrigações contratuais assumidas; o banco teve de executar as hipotecas e isso impediu os recorrentes de adquirirem o domínio dos imóveis lhes prometido.



# Superior Tribunal de Justiça

E a culpa do credor é importante para os efeitos constantes do artigo 255 do Código Civil (artigo 887 do Código Civil de 1916). Contudo, antes de ser aferida a culpa ante a impossibilidade da prestação, há de ser mensurada a inexecuibilidade da prestação em relação ao momento da escolha. Isso porque esse dispositivo regulamenta a hipótese de perecimento de uma prestação, ou ambas, quando há ainda a possibilidade de escolha, ou seja, quando a obrigação ainda é alternativa.

A escolha é denominada pela doutrina de “concentração da obrigação na prestação indicada”, pois, uma vez concentrada, a obrigação torna-se simples, e apenas ela pode ser reclamada. Observem-se comentários de Paulo Nader sobre o assunto:

“Uma vez realizada a escolha, nos termos da lei ou da convenção, ocorre a *concentração* da obrigação na prestação indicada, e, com ela, a extinção da alternatividade. A obrigação perde a alternatividade e se torna simples. Com a realização do negócio jurídico abre-se o leque das possibilidades de escolha; com a *concentração* cessa a alternativa, singulariza-se a prestação. O poder do credor e a obrigação do devedor *concentram-se* sobre esta. O ato de escolha, diz Caio Mário da Silva Pereira, produz 'o efeito de converter a obligatio alternativa numa obrigação simples, sujeita às regras gerais a esta pertinentes. Aquela natureza alternativa, que perdura por toda a vida da obrigação, até o momento da concentração, desaparece com esta.'" (Curso de Direito Civil, Obrigações, Vol. 2, 3ª edição, pág. 102.)

Pois bem, o acórdão informa que os recorrentes passaram a usufruir da posse do imóvel desde 26 de janeiro de 1995. Confira-se:

"Por 6 (seis) anos desde 26 de janeiro de 1995, usufruíram dos bens como se fossem seus proprietários, locando-os a terceiros, inclusive" (fl. 539).

Quanto ao gravame hipotecário, encontra-se, na sentença, a data em que ele foi efetuado:

"Por outro lado, em data de 02 de maio de 1994, a embargante Apoema Contrutora Ltda constituiu-se devedora, mediante garantia hipotecária, ao Banco Itaú S/A, do imóvel objeto da obrigação" (fl. 104).

Não há nos autos nenhum elemento que indique a data em que efetuada a escolha e, nada obstante no contrato estar consignado que recairia, preferencialmente, sobre os imóveis, foram conferidas mais duas alternativas aos credores.

# Superior Tribunal de Justiça

Não se pode dizer que o ato de escolha seja solene, mas exige-se-lhe que seja de tal forma a tornar-se inequívoco. Afirma Carlos Roberto Gonçalves: "*na falta de comunicação, o direito de mudar a escolha pode ser exercido pelo devedor até o momento de executar a obrigação, e pelo credor, até o momento em que propõe a ação de cobrança*" (in *Direito Civil Brasileiro*, 6ª edição, Volume II, pág. 88).

Sopesando todos esses elementos, tem-se que a escolha foi perfectibilizada na data em que os credores tomaram posse do imóvel ou seja, em 26 de janeiro de 1995, pois até essa data poderiam ter optado por uma das outras alternativas. Contudo, o gravame hipotecário estava constituído sete meses antes, o que leva a concluir que o objeto da prestação escolhida estava viciado meses antes da concentração. Esse fato atrai as disposições dos artigos 253 e 255 do Código Civil.

É certo que a hipoteca sobre imóvel não impede a transmissão de seu domínio, mas, na hipótese dos autos, em que o devedor impossibilitou o cumprimento de sua própria obrigação em razão do inadimplemento de sua dívida bancária, acabou por viciar a escolha do credor, deixando-lhe uma alternativa de opção ineficaz, pois certo que o banco executaria a hipoteca, como de fato executou.

O que quero destacar, todavia, é que esse vício existia ao tempo em que os recorrentes tomaram posse dos imóveis, ou seja, ao tempo em que fizeram suas escolhas. Portanto, para validade do ato, haveria de se ter observado as disposições do artigo 255 do Código Civil, assim exarado:

Art. 255. Quando a escolha couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos; se, por culpa do devedor, ambas as prestações se tornarem inexequíveis, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas, além da indenização por perdas e danos.

A norma é clara, se a escolha couber ao credor e uma das prestações houver perecido, pode escolher a outra ou optar pelo valor da perda mais perdas e danos.

Como, na hipótese dos autos, o credor ajuizou execução em desfavor da construtora, solicitando o cumprimento da obrigação remanescente, entendo que fez sua opção por ela.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por outro lado, não se pode descurar de que, como afirmado acima, os recorrentes, usufruíram dos imóveis por determinado tempo. Assim, optando pelo pagamento da importância, devem reverter em favor da construtora os aluguéis recebidos até a adjudicação pelo Banco Itaú.

Assim, da importância que têm a receber devem ser compensados os aluguéis dos três imóveis e das respectivas garagens, adotando-se, como parâmetro, os valores que efetivamente tenham recebido de terceiros ou os de mercado nos períodos em que os imóveis, eventualmente, tenham ficado desocupados.

Ante o exposto, por entender que foram vulneradas as disposições do artigo 255 do Código Civil, **conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença**, com a vênua do ilustre Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.074.323 - SP (2008/0148009-7)

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP):

Após o voto do em. Ministro FERNANDO GONÇALVES, cuja ausência decorrente de sua aposentadoria e sentida por todos nós, que conhecia em parte do REsp e, na extensão, dava-lhe provimento, pediu vista antecipada o em. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, ao argumento, em síntese, de que não havendo a possibilidade de entrega dos apartamentos, adjudicados pelo Banco credor, a obrigação de entrega da coisa ou de fazer quando não pode ser realizado em natura, resolveria em perdas e danos, mediante liquidação nos autos ante a higidez do título.

Acompanho o em. Ministro João Otávio de Noronha, pedindo vênias ao eminente Ministro Relator.

A obrigação de fazer - outorga da escritura - opção exercida pela parte interessada tornou-se impossível pela adjudicação. A doutrina do Código Civil Brasileiro preleciona que não há possibilidade de se coagir diretamente alguém para praticar ato a que se obrigara, restando ao credor, nessa hipótese, a indenização por perdas e danos.

Essa, aliás, a ponderação do Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: *" o direito à prestação não confere ao credor um poder direto sobre a pessoa do devedor. O remédio será obrigá-lo a ressarcir os danos causados, por intermédio da competente ação de indenização. Cuidar-se-á, destarte, de mera aplicação do princípio 'nemo potest precisa cogi ad factum' ou 'nemo ad faciendum cogi potest', duas formas diversas que expressa a mesma verdade (ninguém pode ser diretamente coagido a praticar ato a que se obrigara). (Cfr. Sílvio Luís*

# Superior Tribunal de Justiça

*Ferreira da Rocha, Obrigações, Malheiros editores, vol. 02, p.61/62).*

A jurisprudência desta eg. Corte não destoia desse entendimento, como se infere do acórdão da lavra do em. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

"Conversão da execução. Perdas e danos.

É certo que a execução deve obediência ao princípio da fidelidade ao julgado exequendo, não podendo fugir aos limites da condenação. Todavia, essa regra não tem caráter absoluto, especialmente quando, em se tratando de obrigação pessoal (fazer ou não fazer) de entrega de coisa (como é o caso, em última análise, da ação de reintegração de posse), a execução específica se mostra inviável ou impossível na prática, por fato superveniente. Em tais casos, a lei processual admite expressamente a conversão da tutela específica em tutela alternativa de indenização em dinheiro." (STJ, REsp 1.007.110-SC, 1ª Turma, jul. 18.12.08, DJe de 02.03.2009, Cfr. Humberto Theodoro Júnior, CPC anotado, 2010, ed. Forense, p. 393, nota 3 ao art. 461-A).

Outrossim, não há necessidade de novo procedimento judicial, senão apuração em liquidação de sentença.

Com esses fundamentos, acompanho a divergência aberta pelo em. Ministro João Otávio de Noronha.