

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 703.244 - SP (2004/0150838-7)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : HEIJURO SHIMBA E OUTROS
ADVOGADO : CLITO FORNACIARI JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANO NOGUEIRA NETO
ADVOGADO : PAULO ALBERTO LEITE CERQUEIRA

EMENTA

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE CONSTRUTOR/EMPREITEIRO. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO. MORTE DO CONSTRUTOR/EMPREITEIRO. TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO AOS HERDEIROS E SUCESSORES. DEPENDÊNCIA DO OBJETO DO CONTRATO.

- Quando o que mais importa para a obra é que seja feita exclusivamente por determinado empreiteiro ou construtor, a obrigação desse é personalíssima e não se transmite aos seus herdeiros e sucessores, conforme dispunha o art. 878 do CC/1916 e agora dispõe a segunda parte do art. 626 do CC/2002.

- Quando na contratação de uma obra o fator pessoal das habilidades técnicas do empreiteiro ou construtor não é decisivo para a contratação, a obrigação desse não é personalíssima e, por isso, transmite-se aos seus herdeiros e sucessores, nos termos do art. 928 do CC/1916 e da primeira parte do art. 626 do CC/2002.

- Em regra, a obrigação do empreiteiro ou construtor não é personalíssima, porquanto a obra pode ser executada por várias pessoas, como ocorre em geral, a exemplo das obras feitas mediante concorrência pública com a participação de várias construtoras e das pequenas construções feitas mediante a escolha do empreiteiro que oferecer o menor preço.

- Na presente hipótese, com a morte do construtor, a sua obrigação transmitiu-se aos seus herdeiros, pois a obra não demandava habilidades técnicas exclusivas do falecido.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs.

Superior Tribunal de Justiça

Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Pelo recorrido: Dr. Mário Luiz Delgado.

Brasília (DF), 15 de abril de 2008 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 703.244 - SP (2004/0150838-7)

RECORRENTE : HEIJURO SHIMBA E OUTROS
ADVOGADO : CLITO FORNACIARI JUNIOR E OUTROS
RECORRIDO : LUCIANO NOGUEIRA NETO
ADVOGADOS : EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA E OUTRO
ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA RÉGIS E OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Recurso especial interposto por Heijuro Shimba e outros, com arrimo na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJSP.

Ação: de conhecimento com pedidos condenatórios, movida por Heijuro Shimba e outros, ora recorrentes, em face do espólio de Luciano Nogueira Filho, posteriormente sucedido no pólo passivo por Luciano Nogueira Neto, ora recorrido.

No dia 10 de setembro de 1975, os ora recorrentes firmaram com Luciano Nogueira Filho uma escritura de cessão de direitos hereditários sobre um imóvel e uma escritura pública de obrigação de construção e outras avenças, com confissão de dívida, pela qual Luciano Nogueira Filho prometeu construir no imóvel, cujos direitos hereditários lhe foram cedidos pelos recorrentes, um edifício de apartamentos com salão e vagas de garagem.

Pela cessão dos direitos hereditários sobre o imóvel, Luciano Nogueira Filho confessou ser devedor da quantia de Cr\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil cruzeiros), que seria paga mediante dação em pagamento de um apartamento do tipo 1 e outro do tipo 4, além de um salão de festas, a serem entregues no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, prorrogáveis por mais 6 (seis) meses, sob pena de multa. Também ficou estabelecido que Luciano Nogueira Filho pagaria aos recorrentes a importância de Cr\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos cruzeiros), referente aos materiais resultantes da demolição da

construção existente no imóvel em questão; e, ainda, seria responsável pelo pagamento mensal de ajuda de custo relativa ao aluguel de outro imóvel para os recorrentes até que os apartamentos lhes fossem entregues.

Como a obra jamais foi concluída, em 19 junho de 1981 o representante legal do espólio de Luciano Nogueira Filho fez proposta para solução da questão, que, todavia, não foi aceita pelos recorrentes, razão pela qual ajuizaram, em 29 de julho de 1999, ação objetivando a cobrança dos valores que entendiam devidos.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o recorrido ao pagamento: a) da quantia de Cr\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil cruzeiros), atualizada desde a data da escritura de cessão; b) de Cr\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos cruzeiros), atualizado desde a propositura da ação; c) de ajuda de custo relativa à moradia no valor equivalente a um salário mínimo por mês, desde a data da escritura de cessão até a data em que os apartamentos deveriam ser entregues; e d) do correspondente a 50% do valor locativo das unidades que deveriam ser entregues; tudo a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento (fls. 359/366 e complementada às fls. 391/392).

Acórdão: julgou prejudicada a apelação adesiva dos ora recorrentes e deu provimento parcial à apelação do ora recorrido, entendendo como personalíssima a obrigação assumida por Luciano Nogueira Filho, condenando o recorrido ao pagamento do preço do imóvel, tal como estimado na confissão de dívida, e excluindo da condenação as demais indenizações. A ementa foi a seguinte:

“CONTRATO – Indenização e cobrança – Inadimplemento de contrato de obrigação de construção, outras avenças e confissão de dívida

– Ação ajuizada contra o espólio de cessionário, que se obrigou, em vida, a construção de um prédio de apartamentos – Substituição do Espólio por um dos herdeiros no pólo passivo que, na partilha, realizada 'posteriori', se obrigou pessoalmente a resgatar o valor da cessão perante os cedentes – Ação julgada parcialmente procedente para condenar o réu (herdeiro) nas cominações contratuais – Obrigação de fazer que se impossibilitou pela morte do devedor – Aplicação do art. 879 do Código Civil de 1916 – Retomo ao 'statu quo ante' – Obrigação apenas do pagamento, pelo herdeiro, do valor assumido pela cessão e não das demais cominações contratuais – Apelação do réu provido em parte e improvidos seus agravos retidos – Prejudicado o recurso adesivo ofertado pelos autores.” (fls. 506)

Embargos de declaração: opostos pelos recorrentes, mas rejeitados (fls. 533).

Recurso especial: alega violação, em síntese, aos artigos:

a) 879, do Código Civil/1916 (atual art. 248 do Código Civil em vigor), porquanto o acórdão recorrido reconheceu que a “*obrigação de construção e incorporação de edifício*” assumida pelo falecido Luciano Nogueira Filho “*não é fungível*” (fls. 547); ou seja, entendeu que tal obrigação era personalíssima e, por isso, não se transmitiu aos seus herdeiros; e

b) 535, II, do CPC, pois os embargos de declaração foram rejeitados.

Prévio juízo de admissibilidade: Após as contra-razões, foi o especial admitido na origem, subindo os autos.

O presente processo teve seu julgamento iniciado em 02.05.2006, quando proferi voto, tendo pedido vista o i. Min. Humberto Gomes de Barros. Porém, logo a seguir constatou-se que houvera falha na autuação do feito, pois havia, no apenso, um recurso especial retido, este referente ao julgamento de agravo de instrumento interposto no TJ/SP acerca de decisão saneadora que

Superior Tribunal de Justiça

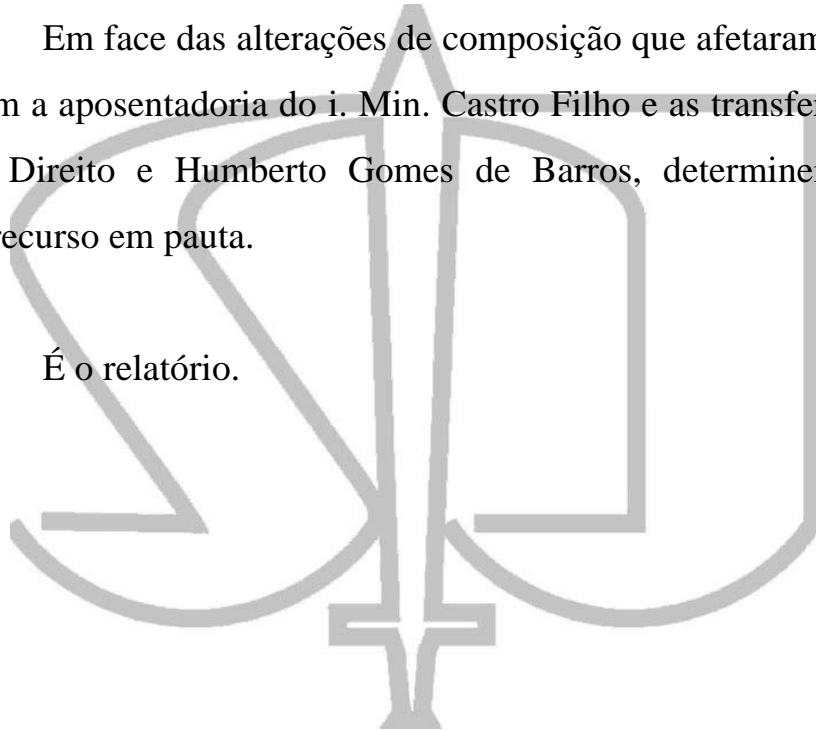
analisou a legitimidade passiva do réu.

Como tal questão era prejudicial à presente, determinei a autuação de tal recurso especial retido, que tomou o nº 887.378/SP e que foi julgado nas sessões de 17.04.2007 e 28.06.2007, quando, à unanimidade, não se conheceu do recurso.

Tal acórdão - após julgamento de embargos declaratórios - transitou em julgado em 14.12.2007.

Em face das alterações de composição que afetaram a 3ª Turma desde então, com a aposentadoria do i. Min. Castro Filho e as transferências dos i. Min. Menezes Direito e Humberto Gomes de Barros, determinei a reinclusão do presente recurso em pauta.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 703.244 - SP (2004/0150838-7)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **HEIJURO SHIMBA E OUTROS**
ADVOGADO : **CLITO FORNACIARI JUNIOR E OUTROS**
RECORRIDO : **LUCIANO NOGUEIRA NETO**
ADVOGADOS : **EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA E OUTRO**
ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA RÉGIS E OUTROS

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia principal em saber se a obrigação de construção de edifício é ou não personalíssima, pelo que pode ou não ser transmitida para os herdeiros do construtor.

Preliminarmente, todavia, alega-se violação ao art. 535, II, do CPC.

a) Da alegada violação ao art. 535, II, do CPC.

O TJSP apreciou, de forma fundamentada, as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios dos recorrentes, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

Ressalte-se que o sucesso dos embargos de declaração, mesmo quando interpostos para fins de prequestionamento, necessita de alguma das hipóteses ensejadoras previstas no art. 535 do CPC, inexistentes na espécie. Dessa forma, não há se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

b) Da alegada violação ao art. 879, do Código Civil/1916 (atual art. 248 do Código Civil em vigor).

Os ora recorrentes alegam que o Tribunal *a quo* aplicou indevidamente a primeira parte do art. 879, do Código Civil/1916 (correspondente

Superior Tribunal de Justiça

ao art. 248 do Código Civil atual), pois entendeu que a “*obrigação de construção e incorporação de edifício*” assumida pelo falecido Luciano Nogueira Filho não poderia ser considerada fungível (fls. 513, *in fine*); ou seja, entendeu que tal obrigação era personalíssima e, por isso, não se transmitiu aos seus herdeiros.

Para a correta solução da controvérsia há que se determinar a natureza da obrigação de construir um edifício.

Nesse sentido, Costa Sena, em monografia específica sobre o tema, faz importante observação: “[A obrigação do empreiteiro] *É uma obrigação faciendi das mais acentuadas, pois consiste em prestações de trabalho, com resultado visível. [...] Como outras desse gênero, não exige, via de regra, prestação pessoal por parte do empreiteiro. Autoridades de nota sustentam, contudo, ser a empreitada contrato feito intuitu personae. É preciso distinguir. Em geral, ao tratar, por exemplo, uma construção, entra na decisão o fator pessoal da confiança no empreiteiro, que, pelos trabalhos feitos e conhecimentos seguros, se recomenda à preferência. O elemento pessoal influi, mas não é decisivo na escolha, tanto que obras de grande valor são postas em concorrência, decidindo-se, muitas vezes, a preferência por outros fatores, digamos, pelo preço. [...] Ainda quando a habilidade pessoal determine preferência, não há motivo para se exigir o cumprimento pessoal da obrigação. Os que lhe personificam a execução firmam-se no argumento de que, morto o empreiteiro, os ônus não se transmitem aos herdeiros. Realmente, o contrato supõe no construtor noções que não são hereditárias; daí a rescisão do contrato. Mas entre nós, por exemplo, a falência não o rescinde, o que lhe dá cunho impessoal. [...] Não há pois, em regra, inconveniente em que se encarreguem outros da execução da empreitada. No silêncio da convenção, é sempre isto possível.*” (**Empreitada no direito civil**, Rio de Janeiro: Graph. S. Jorge, 1935, pp. 35/36).

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, é preciso distinguir quando a obrigação de fazer consistente na construção de um edifício é personalíssima (*intuitu personae*) e quando é impessoal, pois esta distinção é essencial para a deslinde da questão.

Isso porque, se uma pessoa contrata um determinado construtor para edificar um prédio com características tão peculiares que só aquele único construtor tem habilidades para fazê-lo, a obrigação desse construtor é personalíssima; pois nenhum outro construtor seria capaz de edificar, no lugar do primeiro contratado, de modo a deixar o prédio com as mesmas características que só o primeiro conseguiria atingir para o adimplemento da obrigação. Nessa hipótese, a obrigação é de *fazer, personalíssima e infungível*, isto é, inerente à pessoa do construtor, pois o elemento pessoal das suas habilidades profissionais influi e é decisivo no contrato; razão pela qual ela não pode ser transmitida a outrem (cfr. o art. 878 do CC/1916 – em sentido semelhante, Washington de Barros Monteiro, **Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações**, 1.^a parte, 30.^a ed., atual., São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 13).

Por outro lado, quando as habilidades profissionais do construtor não são o objeto do contrato, mas sim apenas a edificação do prédio em si – isto é, a pessoa contrata um construtor almejando tão somente a edificação de um prédio que pode ser feito por qualquer construtor mediano –, tal obrigação é de *fazer, fungível e impessoal*, porquanto qualquer outro construtor medianamente hábil poderá fazer o edifício com as características pretendidas pelo contratante. Nessa hipótese, o elemento pessoal das habilidades profissionais do construtor pouco influi, não sendo decisivo no contrato; cujo objeto, repita-se, é a edificação do prédio em si e não uma habilidade profissional específica.

Essa segunda hipótese é a regra do que ocorre em geral, a exemplo

das obras feitas mediante concorrência pública com a participação de várias construtoras e das pequenas construções feitas mediante a escolha do empreiteiro que oferecer o menor preço.

O raciocínio até aqui desenvolvido é compartilhado por Pontes de Miranda, para quem: “*em princípio, não se exige que o empreiteiro faça, pessoalmente, a obra. Em todo caso, há obras para as quais o que mais importa é que seja feita pela pessoa que a empreitou. É o que se passa com o edifício que se deseja construído pelo arquiteto-construtor B, ou pelo empreiteiro C, que se reputa o mais apto à construção que o arquiteto A.*” (**Tratado de Direito Privado**, 2.^a ed., Borsóí, tomo XLIV, 1963, § 4.844, n. 1, pp. 375/376).

Portanto, em regra, a obrigação de construir é impessoal e, segundo o contorno fático dos autos, a presente demanda nela se encaixa. Com efeito, de se notar que consta da sentença que o recorrido confessou “*que Luciano Nogueira Filho era acionista e integrava a empresa 'Ribeiro Nogueira S/A Empreendimentos Imobiliários.'* (vide fls. 73)”, pelo que concluiu o Juiz sentenciante “*que a execução das obras seria levada a cabo por empresa da qual o falecido fazia parte.*”(fls. 363).

De fato, é improvável que um único homem, qual seja, Luciano Nogueira Filho, fosse construir sozinho um edifício de apartamentos com salão e vagas de garagem. Ao que tudo indica, embora a escritura pública de obrigação de construção tenha sido firmada apenas por Luciano Nogueira Filho, quem realmente iria construir o edifício seria a construtora da qual ele era sócio. Além disso, não há menção à qualquer característica peculiar do edifício que só a construtora da qual Luciano Nogueira Filho era sócio pudesse construir; ou mesmo de alguma habilidade profissional específica e única que só Luciano Nogueira Filho possuía. Como se vê, todos os elementos fáticos dos autos

corroboram para o caráter impessoal da obrigação assumida por Luciano Nogueira Filho.

A esse respeito, Maria Helena Diniz afirma que: “*O empreiteiro que promete a alguém construir um prédio dentro de um ano está assumindo obrigação de fazer fungível, porque o serviço poderá ser realizado por operários à sua custa. São fungíveis todas as prestações que não requerem para sua execução aptidões pessoais, além dos requisitos comuns da especialização profissional.*” (**Curso de direito civil brasileiro**, 15.^a ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2. p. 103).

No mesmo sentido, Mário Luiz Delgado, que afirma: “*Se o credor contrata um empreiteiro para realização de pequena obra em sua casa, em um determinado prazo, estará contratando uma obrigação de fazer cujo objeto da prestação é fungível, pois o serviço, em tese, tanto é passível de realização por qualquer outro empreiteiro, como o empreiteiro escolhido poderá contratar empregados para realizá-lo.*” (**Questões controvertidas no novo Código civil**, coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, São Paulo: Método, 2004, p. 111).

Por conseqüência, como nesta demanda a obrigação de construir é impessoal e fungível, transmite-se aos herdeiros e sucessores do construtor, nos termos do art. 928 do CC/1916 (“*A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros.*”). Aliás, nesse sentido, consta da sentença (fls. 363) que o instrumento celebrado entre as partes foi “*firmado em caráter irrevogável e irretratável, vinculando as partes por si, seus herdeiros e sucessores.*”

Tanto deve ser esse o entendimento, que o atual Código Civil, em seu

Superior Tribunal de Justiça

art. 626 expressamente prevê que "*Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.*" Ao comentar esse artigo, Jones Figueirêdo Alves conclui que "*Assim, se na formação do contrato não se levou em conta as qualidades pessoais do empreiteiro, os seus sucessores darão continuidade à execução da obra.*" (**Novo código civil comentado**, 3.^a ed., coordenação Ricardo Fiúza, São Paulo : Saraiva, 2004, p. 573).

Por fim, segundo o magistério de Washington de Barros Monteiro, "*Digna de registro a notável evolução que a respeito se processou no direito. Antigamente prevalecia a intransmissibilidade das obrigações. Constituía estas vínculo inseparável da pessoa do credor, ou do devedor. [...] Hoje, porém, desapareceu a primitiva intransmissibilidade. Presentemente, o direito procura favorecer a transmissão, desenvolvendo assim ao máximo a função econômica da relação obrigacional.*" (*op. cit.*, p. 13).

Portanto, na esteira desse entendimento, a obrigação de construir, delineada na presente demanda, transmite-se aos herdeiros e sucessores do construtor, de forma que a obrigação assumida por Luciano Nogueira Filho não pode se dar por resolvida nos termos da primeira parte do art. 879 do CC/1916 (correspondente ao art. 248 do Código Civil atual).

Assim, tendo o Tribunal *a quo* adotado como premissa para julgar as apelações o entendimento segundo o qual a obrigação assumida por Luciano Nogueira Filho era personalíssima, deve ser anulado o acórdão recorrido.

Forte em tais razões, CONHEÇO do presente recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, para anular o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para que esse prossiga no julgamento

Superior Tribunal de Justiça

das apelações, na esteira do devido processo legal e de acordo com as premissas relativas à definição da natureza da obrigação estabelecidas neste julgamento.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2004/0150838-7

REsp 703244 / SP

Números Origem: 1662894 2844404 2991934989

PAUTA: 02/05/2006

JULGADO: 02/05/2006

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República
(AUSENTE)

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HEIJURO SHIMBA E OUTROS
ADVOGADO : CLITO FORNACIARI JUNIOR E OUTROS
RECORRIDO : LUCIANO NOGUEIRA NETO
ADVOGADOS : ALUÍSIO LUNDGREN CORRÊA RÉGIS E OUTROS
TELSON LUIS CAVALCANTE FERREIRA E OUTROS

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Inadimplência Contratual

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente, pelo recorrido, o Dr. Aluisio Lundgren Correa Regis.

CERTIDÃO

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

Após o voto da Sra. Ministra Relatora, conhecendo do recurso especial, e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Aguardam os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho.

Brasília, 02 de maio de 2006

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2004/0150838-7

REsp 703244 / SP

Números Origem: 1662894 2844404 2991934989

PAUTA: 08/04/2008

JULGADO: 15/04/2008

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : HEIJURO SHIMBA E OUTROS
ADVOGADO : CLITO FORNACIARI JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANO NOGUEIRA NETO
ADVOGADOS : PAULO ALBERTO LEITE CERQUEIRA
TELSON LUIS CAVALCANTE FERREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Inadimplência Contratual

SUSTENTAÇÃO ORAL

Pelo recorrido: Dr. Mário Luiz Delgado

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 15 de abril de 2008

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária