



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.605 - RJ (2009/0004408-1)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ALEXANDRE FERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : MURILO ESTEVES DE CARVALHO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO. FALÊNCIA ENCOL. TÉRMINO DO EMPREENDIMENTO. COMISSÃO FORMADA POR ADQUIRENTES DE UNIDADES. CONTRATAÇÃO DE NOVA INCORPORADORA. POSSIBILIDADE. SUB-ROGAÇÃO DA NOVA INCORPORADORA NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA ENCOL. INEXISTÊNCIA. SISTEMÁTICA ANTERIOR ÀS ALTERAÇÕES IMPOSTAS À LEI Nº 4.591/64 PELA LEI Nº 10.931/04.

1. Na hipótese dos autos, diante do inadimplemento da Encol, parte dos adquirentes de unidades do empreendimento se mobilizou e criou uma comissão objetivando dar continuidade às obras. Para tanto, essa comissão entrevistou nos próprios autos da falência, tendo obtido provimento jurisdicional autorizando que as “unidades estoque” (aquelas não comercializadas pela Encol) e as “unidades dos não aderentes” (daquelas que não quiseram aderir à comissão) fossem excluídas de qualquer vinculação com a massa falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independente de qualquer compensação financeira. O juízo falimentar também autorizou, após a realização de assembleia geral, a substituição da Encol no registro imobiliário, o que levou a comissão a celebrar com a incorporadora recorrente um contrato de promessa de permuta, para que esta concluísse o empreendimento, recebendo, em contrapartida, as unidades estoque e as unidades dos não aderentes. Há, pois, duas relações jurídicas absolutamente distintas: a primeira entre a Encol e os adquirentes originários de unidades do empreendimento; e a segunda entre a comissão de representantes desse empreendimento e a recorrente. Sendo assim, inexistente relação jurídica triangular que englobe a massa falida da Encol, os recorridos e a recorrente, a partir da qual esta teria se sub-rogado nos direitos e obrigações da Encol, o que justificaria a sua inclusão no polo passivo da execução movida pelos recorridos em desfavor da Encol.

2. Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes.

3. Apesar de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei nº 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam, em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada por adquirentes das unidades,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cujas decisões, tomadas em assembleia, serão soberanas e vincularão a minoria.
4. 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). MURILO ESTEVES DE CARVALHO, pela parte RECORRIDA: ALEXANDRE FERNANDES DE OLIVEIRA

Brasília (DF), 07 de abril de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.605 - RJ (2009/0004408-1)

RECORRENTE : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ALEXANDRE FERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : MURILO ESTEVES DE CARVALHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de recurso especial interposto por VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A., com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: de resolução de contrato cumulada com indenização por perdas e danos, ajuizada por ALEXANDRE FERNANDES DE OLIVEIRA e outros em desfavor de ENCOL S.A. (posteriormente assumida por sua massa falida), tendo em vista a paralisação e abandono do empreendimento imobiliário denominado “Costa Verde”. Os pedidos formulados nesta ação foram julgados procedentes, com a condenação da massa falida da Encol à devolução dos valores pagos pelos recorridos.

Execução: transitada em julgado a decisão da ação de conhecimento, os recorridos deram início à execução, tendo a Encol atravessado petição informando a necessidade de habilitação do crédito frente ao juízo universal da falência.

Os recorridos, então, requereram a inclusão da recorrente no polo passivo da execução, na condição de adquirente e atual proprietária do empreendimento “Costa Verde”, o que foi deferido pelo Juiz em primeiro grau de jurisdição, sob o argumento de que a recorrente teria se sub-rogado nos direitos e deveres da massa falida da Encol.

Embargos do devedor: opostos pela recorrente, alegando ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução. Aduz que, com o inadimplemento da Encol, representantes do empreendimento “Costa Verde” criaram uma comissão objetivando dar continuidade às obras por sua conta e risco.

A comissão obteve alvará judicial, expedido pelo juízo falimentar, conferindo-lhe a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propriedade dos imóveis não vendidos pela Encol (“unidades estoque”), bem como dos imóveis pertencentes àqueles que não haviam aderido à comissão, para que esta pudesse vendê-los e, com o produto, dar continuidade às obras. Aos não anuentes, entre eles os recorridos, restaram duas alternativas: aderir à comissão ou habilitar o seu crédito na falência da Encol.

O juízo falimentar também autorizou a comissão, após a realização de assembleia geral, a celebrar com a recorrente um contrato de promessa de permuta, para que esta realizasse a construção dos edifícios, recebendo, em contrapartida, as unidades não vendidas pela Encol e as unidades daqueles que não aderiram à comissão.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos (fls. 155/157, e-STJ).

Acórdão: o TJ/RJ negou provimento ao apelo da recorrente, nos termos do acórdão (fls. 239/244, e-STJ) assim ementado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO.

LEGITIMIDADE PASSIVA DO SUCESSOR DO NEGÓCIO PARA DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS PELO PROMITENTE COMPRADOR. SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS E DEVERES DA Encol S.A., POR SER A NOVA INCORPORADORA E CONSTRUTORA DO EMPREENDIMENTO. ART. 40, § 2º, DA LEI Nº 4.591/64, QUE PREVÊ O DIREITO DE RESSARCIMENTO DOS EX-TITULARES DO DIREITO DE AQUISIÇÃO DE UNIDADES AUTÔNOMAS PELOS VALORES DISPENDIDOS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

RECURSO DESPROVIDO.

SENTENÇA CONFIRMADA.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados pelo TJ/RJ (fls. 262/264, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 125, 267, § 3º, 458, II, 472, 535, II, 568, I, e 741, III, do CPC; 186, 389 e 475 do CC/02; 43, III, da Lei nº 4.591/64 e 23 do DL nº 7.661/45 (fls. 271/291, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RJ negou seguimento ao recurso especial (fls. 1.075/1.080, e-STJ), dando azo à interposição de agravo de instrumento, ao qual dei provimento para determinar a subida dos autos (fls. 1.099, e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.115.605 - RJ (2009/0004408-1)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A
ADVOGADO : EDUARDO COLUCCINI CORDEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ALEXANDRE FERNANDES DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : MURILO ESTEVES DE CARVALHO E OUTRO(S)

VOTO

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

Cinge-se a lide a determinar se, na espécie, a incorporadora contratada para terminar obra abandonada pela Encol deve indenizar os adquirentes que não quiseram aderir à comissão formada para conclusão do empreendimento.

I. Da negativa de prestação jurisdicional. Violação dos arts. 458 e 535 do CPC.

Compulsando o acórdão recorrido, verifica-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/RJ abordou todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

Por outro lado, é pacífico o entendimento no STJ de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constata-se, em verdade, o inconformismo da recorrente e a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes. Dessa forma, inexistente vício a macular o acórdão recorrido, correta a rejeição dos embargos de declaração, não havendo de se falar em ofensa dos arts. 458 ou 535 do CPC.

II. Da legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo da execução. Violação dos arts. 125, 267, § 3º, 472, 568, I, e 741, III, do CPC; 186, 389 e 475 do CC/02; 43, III, da Lei nº 4.591/64 e 23 do DL nº 7.661/45.

A recorrente alega ser parte ilegítima para figurar no polo passivo de execução movida pelos recorridos, adquirentes de unidades do empreendimento “Costa Verde”, lançado pela Encol mas interrompido em virtude de sua falência. Os recorridos não quiseram aderir à comissão formada por outros adquirentes, objetivando a conclusão do empreendimento.

De acordo com o TJ/RJ, “as unidades autônomas prometidas para venda aos apelados, e que sequer tiveram suas obras iniciadas, passaram a ser de propriedade da apelante [recorrente]. Ao se sub-rogar nos direitos e deveres da Encol S.A., como consequência, a apelante assumiu o encargo de indenizar os adquirentes que não se dispuseram a contratá-la para o término da obra” (fl. 242, e-STJ).

A análise do mérito do recurso especial exige que se determine a relação jurídica estabelecida entre as diversas partes envolvidas na controvérsia.

Nesse sentido, o primeiro aspecto a ser ressaltado é de que, diante do inadimplemento da Encol, parte dos adquirentes de unidades do empreendimento “Costa Verde” se mobilizou e criou uma comissão objetivando dar continuidade às obras.

Para tanto, essa comissão interviu nos próprios autos da falência, tendo obtido provimento jurisdicional autorizando que as “unidades estoque” (aquelas não comercializadas pela Encol) e as “unidades dos não aderentes” (daqueles que não quiseram aderir à comissão) fossem “excluídas de qualquer vinculação com a massa falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independente de qualquer compensação financeira” (fl. 40, e-STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa mesma decisão determinou a expedição de três alvarás: (i) um para a negociação das unidades estoque, “revertendo-se o produto da alienação em prol de toda a construção, as quais poderão ser alienadas na forma que interessar à parte postulante”; (ii) outro autorizando a comissão a “efetivar a venda das unidades dos não aderentes, após realização do procedimento de notificação dos não anuentes, prevista na Lei 4.591/64”, inclusive com a ressalva de que “o adquirente não anuente somente poderá evitar a alienação e transferência da respectiva unidade se atender a notificação e participar, como todos os demais adquirentes, da continuidade das obras, caso contrário lhe restará habilitar o seu crédito no processo de falência da ex-incorporadora Encol”; e (iii) um último autorizando a comissão “a dar prosseguimento à construção, podendo, inclusive, proceder à substituição da incorporadora no registro imobiliário, o que será necessário para a continuidade da construção” (fl. 41, e-STJ).

A decisão foi objeto de apelo para o TJ/GO, que negou provimento ao recurso, mantendo na íntegra a determinação de expedição dos referidos alvarás (fls. 43/54, e-STJ).

Com base nessa decisão, a comissão celebrou com a recorrente contrato de promessa de permuta, para que esta concluísse o empreendimento “Costa Verde”, recebendo, em contrapartida, as unidades estoque e as unidades dos não aderentes.

Verifica-se, pois, a existência de duas relações jurídicas absolutamente distintas: a primeira entre a Encol e os adquirentes originários de unidades do empreendimento “Costa Verde”; e a segunda entre a comissão de representantes desse empreendimento e a recorrente. Note-se, por oportuno, que a recorrente jamais entabulou qualquer contrato com a Encol ou a sua massa falida, tendo negociado diretamente com a comissão, que, amparada por decisão judicial, repassou à incorporadora as unidades estoque e as unidades dos não aderentes, como pagamento pela conclusão das obras.

Quanto à primeira relação jurídica – entre os adquirentes originários e a Encol –, cumpre frisar que, com a falência, essa relação se desdobrou em duas. Os que aderiram à comissão mantiveram seu direito sobre a unidade adquirida frente à Encol e puderam se beneficiar do produto da alienação das unidades estoque e das unidades dos não aderentes. Os que não aderiram à comissão, por sua vez, perderam o direito sobre a unidade adquirida frente à Encol, ficando com um crédito correspondente aos valores pagos, a ser habilitado na falência. Em outras



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

palavras, os aderentes à comissão encerraram sua relação jurídica com a Encol e com a massa falida, enquanto os não aderentes se mantiveram credores da Encol, estabelecendo uma relação jurídica com a massa falida.

Os recorridos fazem parte justamente desta última relação jurídica, tendo em vista que, conforme eles próprios admitem, não aderiram à comissão (fl. 1.070, e-STJ). Diante disso e nos termos da decisão adrede mencionada, abdicaram do direito sobre uma das unidades do empreendimento e passaram a deter um crédito a ser habilitado na massa falida da Encol, correspondente aos valores por eles pagos.

A recorrente, por sua vez, participa de relação jurídica totalmente distinta, exclusivamente com a comissão, frente a quem se comprometeu a concluir o empreendimento e de quem recebeu, em pagamento, as unidades estoque e as unidades dos não aderentes.

Assim, ao contrário do que induz a decisão do TJ/RJ, inexistente relação jurídica triangular que englobe a massa falida da Encol, os recorridos e a recorrente, a partir da qual esta teria se sub-rogado nos direitos e obrigações da Encol, o que justificaria a sua inclusão no polo passivo da execução.

Existem, na realidade, duas relações jurídicas bilaterais, sendo certo que nenhuma delas outorga aos recorridos o direito de pleitear da recorrente os valores por eles pagos à Encol.

Note-se, por oportuno, que a circunstância prevista no art. 40, § 2º, da Lei nº 4.591/64, utilizado como fundamento para manter a recorrente no polo passivo da execução, de forma alguma se enquadra na hipótese em questão.

O mencionado dispositivo legal versa sobre a rescisão de contrato de alienação do terreno sobre o qual será erguido o empreendimento, imputando ao alienante, em cujo favor se opera a resolução, o dever de indenizar cada adquirente de unidades autônomas pelo valor da parcela de construção que este houver adicionado à unidade.

A situação dos autos não é esta. Na espécie, a recorrente não era proprietária do terreno utilizado para construção do empreendimento, de sorte que jamais poderia tê-lo alienado. Ela foi tão somente contratada para conclusão da obra, recebendo unidades em pagamento.

Ademais, conforme consignado no próprio acórdão recorrido, as unidades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prometidas para venda “sequer tiveram suas obras iniciadas” (fl. 242, e-STJ), de modo que não há de se falar em parcela de construção adicionada ao terreno.

Também não se trata, conforme procuram fazer crer os recorridos, de incidência do art. 42, § 3º, do CPC, na medida em que as unidades do empreendimento, à época em que foram recebidas pela recorrente em pagamento pela conclusão da obra, não mais se caracterizavam como bens litigiosos. Essa litigiosidade se encerrou com o trânsito em julgado da decisão que transferiu a propriedade dessas unidades para a comissão, autorizando-a a aliená-las para, com o respectivo saldo, concluir a obra.

Na realidade, a situação específica dos autos melhor se afeiçoa à hipótese prevista no art. 43, III, da Lei nº 4.591/64, que, para o caso de falência do incorporador e impossibilidade da maioria prosseguir na construção, considera os promitentes compradores credores privilegiados pelas quantias que houverem pago.

Apesar de no particular ter sido possível dar continuidade às obras, fato é que parte dos promitentes compradores preferiu não aderir à comissão formada para tanto, restando a estes habilitar seu crédito na falência, consoante determinação do próprio juízo falimentar.

Jéverson Bottega bem observa que, embora o mencionado art. 43, III, não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para a comissão a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui “uma construção jurisprudencial seguida nas decisões que envolviam a Incorporadora e Construtora Encol” (**Incorporação imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 65).

Outrossim, apesar de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei nº 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam, em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada por adquirentes das unidades, cujas decisões, tomadas em assembleia, serão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

soberanas e vincularão a minoria.

Valiosas, nesse contexto, as ponderações de Nelson Ferreira Pinto, de que,

como a funcionalidade econômica e social do contrato de incorporação deve ser considerada do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes, daí decorre que o inadimplemento de uma parte ou o desfazimento unilateral por qualquer dos contratantes representa prejuízo para o empreendimento e para a comunidade de adquirentes, comprometendo a realização da função social do contrato e a segurança jurídica (**O contrato imobiliário e a legislação tutelar de consumo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 244).

Diante disso, o autor afirma que a Lei nº 4.591/64 sempre previu a proteção coletiva dos adquirentes em caso de fracasso do incorporador, destacando que esse direito “materializa-se através de decisão assemblear, vinculativa para a minoria, de destituir o incorporador e prosseguir nas obras, com ou sem novo incorporador” (*op. cit.* p. 318).

Dessarte, na solução da presente controvérsia deve prevalecer a função social do empreendimento, bem resguardada pela decisão judicial de e-STJ fls. 29/41 já transitada em julgado, que possibilitou a conclusão do empreendimento. A recorrente participa deste processo apenas como empresa contratada pela comissão de adquirentes para terminar a obra, portanto sem nenhuma relação jurídica com os não aderentes, que devem habilitar seu crédito nos autos da falência da Encol.

Saliente-se, por fim, que não se aplicam à espécie as alterações impostas à Lei nº 4.591/64 pela Lei nº 10.931/04, tendo em vista que os fatos em questão são bem anteriores à edição da mencionada norma. Apenas para que se tenha uma ideia, o acórdão do TJ/GO, confirmando a decisão que repassa à comissão a propriedade das unidades em estoque e das unidades dos não aderentes, foi prolatado em 19.06.2001, assim, mais de 03 anos antes da Lei nº 10.931/04 entrar em vigor.

Dessa maneira, não se aplica ao particular a atual sistemática de afetação do patrimônio que forma o empreendimento, tampouco as regras de constituição e funcionamento da comissão de representantes, nos moldes preconizados pelo art. 31-A e seguintes da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.591/64.

Em suma, deve-se reconhecer a ilegitimidade de parte da recorrente para figurar no polo passivo da execução movida pelos recorridos em desfavor da Encol.

Cumpre salientar, nesse ponto, que não se está aqui a declarar de ofício a ilegitimidade de parte. Trata-se, apenas, de se conhecer de matéria prequestionada e integrante das razões do recurso especial.

Quanto ao tema, já decidiu o STJ que “a ilegitimidade da parte é matéria que deve ser conhecida de ofício pelo magistrado, conforme previsto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil. Contudo tal pronunciamento se restringe às instâncias ordinárias, somente podendo ser debatido no recurso especial, se devidamente prequestionada na decisão recorrida” (REsp 198.816/CE, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 04.12.2006. No mesmo sentido: AgRg no Ag 665.768/RS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 17.10.2005).

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para declarar a ilegitimidade da recorrente VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A. para figurar no polo passivo da execução movida pelos recorridos em detrimento da falida Encol S.A.

Diante disso, fica invertido o ônus da sucumbência fixado na sentença, mantida a verba honorária arbitrada.

