

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FERNANDA COSTA NEVES DO AMARAL

O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária,
a recuperação judicial e a consolidação substancial

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FERNANDA COSTA NEVES DO AMARAL

O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a
recuperação judicial e a consolidação substancial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Barbosa Sacramone.

São Paulo

2021

Amaral, Fernanda Costa Neves do
O patrimônio de afetação da incorporação
imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação
substancial . / Fernanda Costa Neves do Amaral. --
São Paulo: [s.n.], 2021.
143p. il. ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Marcelo Barbosa Sacramone.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Patrimônio de afetação. 2. Incorporação
imobiliária. 3. Recuperação judicial. 4. Grupos de
sociedades. I. Sacramone, Marcelo Barbosa. II.
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III.
Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FERNANDA COSTA NEVES DO AMARAL

O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a
recuperação judicial e a consolidação substancial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito, na
subárea Direito Comercial, sob a orientação do
Prof. Dr. Marcelo Barbosa Sacramone.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Marcelo Barbosa Sacramone (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Aos meus filhos Pedro e Luiza,
à minha mãe Rosa
e aos meus irmãos Ricardo, Bia, André e Mariana:
meu patrimônio afetivo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, pelo apoio, incentivo e torcida de sempre. Às lembranças e à memória de meu pai Marco, ávido leitor e estudioso dos mais diversos assuntos; às minhas avós, Luiza e Angelina, que sempre inspiraram o interesse em aprender, a curiosidade.

Ao meu amigo de longa data, Alexandre Jamal Batista, que me incentivou a dar o primeiro passo para esse estudo.

Ao meu orientador Marcelo Sacramone, pela sua dedicação com os alunos e pela excelência, que mostra como deve ser um professor.

E aos demais professores da PUC/SP, em especial à Maria Eugênia Filkenstein, Clarice von Oertzen de Araujo e Marcelo Guedes Nunes, competentes em suas missões, dedicados ao ofício: todos mestres a serem seguidos!

RESUMO

O patrimônio de afetação das incorporadoras imobiliárias será abordado neste estudo diante de sua importância para o mercado imobiliário brasileiro. Foi introduzido no ordenamento jurídico a partir de uma situação de crise, que expôs uma fragilidade da lei de condomínio e incorporações, que não impedia a comunicação entre receitas e despesas de uma incorporação, com outras desenvolvidas pela mesma incorporadora. A partir da criação do patrimônio de afetação, a segregação daí inerente passou a resguardar os interesses de adquirentes de imóveis, credores e financiadores da obra, visando assegurar a sua conclusão e o pagamento de dívidas. Investiga-se, nesse trabalho, a importância da propriedade, o conceito de patrimônio e a afetação patrimonial, detalhadamente no que se refere às incorporações imobiliárias. A relevância das incorporações imobiliárias e o seu regramento protetivo aos adquirentes de imóveis é destacado, para então aprofundar-se nos aspectos relacionados à discussão verificada a partir de pedidos de recuperação judicial de grupos de sociedades dentre as quais se encontravam sociedades de propósito específico imobiliário com patrimônio afetado. A ausência de tratamento específico, para essa situação, na lei de falências e recuperação judicial vigente, suscitou a discussão a respeito da compatibilidade do tratamento conferido ao patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias com a recuperação judicial, como solução para o soerguimento do empreendimento imobiliário, e com a consolidação processual e substancial com outras sociedades grupadas.

Palavras-chave: Patrimônio; Patrimônio de afetação; Incorporação imobiliária; Grupos de sociedades; Recuperação judicial; Consolidação processual; Consolidação substancial.

ABSTRACT

The segregated assets of real estate developers will be addressed in this study given its importance to the Brazilian real estate market. It was introduced into the legal system under a crisis situation, which exposed a weakness in the condominium and development legislation, since it did not prevent the commingling of revenues and expenses of a real estate development with others developed by the same developer. As of the creation of the segregated assets, the segregation inherent therein began to protect the interests of property purchasers, creditors and financiers of the real estate project, aiming to ensure its completion and payment of debts. In this paper, detailed discussion is made of the importance of property, the concept of equity and the segregation of assets, with regard to real estate development. The importance of real estate developments, and their protective regulation, to property purchasers is highlighted, followed by aspects related to the ensuing discussion based upon requests for the judicial reorganization of groups of companies among which there appear real estate specific-purpose companies with segregated assets. The absence of specific means for addressing this situation, in the current bankruptcy and judicial reorganization law, has raised questions regarding the compatibility of the handling of the segregated assets of real estate developments with the judicial reorganization as a solution for the restructuring of the real estate project, and also with the procedural and substantive consolidation with other grouped companies.

Keywords: Estate; Segregated assets; Real estate developments; Group of companies; Judicial restructuring; Procedural consolidation; Substantive consolidation.

LISTA DE QUADROS E FIGURAS

Quadro 1	Presença de litisconsórcios ativos nas varas comuns e especializadas	81
Quadro 2	Taxa de deferimento dos processos separados de acordo com a presença de litisconsórcio ativo	81
Quadro 3	Taxas de deferimento e indeferimento separados por local de tramitação (especializada e comum) e presença de litisconsórcio ativo	82
Quadro 4	Consolidação substancial nas varas comuns e nas especializadas. A análise considera apenas casos de litisconsórcio ativo que já tiveram alguma AGC	82
Quadro 5	Taxas de litisconsórcios admitidos separadas pela especialização. A análise considera apenas casos de litisconsórcio ativo	83
Figura 1	Imóveis Financiados pelo SBPE e FGTS	51

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abecip	Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança
ABJ	Associação Brasileira de Jurimetria
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CIC Hoteleiro	Contrato de Investimento Coletivo Hoteleiro
CIR	Cédula Imobiliária Rural
CJF	Conselho de Justiça Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CPR	Cédula de Produto Rural
CRI	Certificados de Recebíveis Imobiliários
CSLL	Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Encol	Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FII	Fundos de Investimento Imobiliário
ICVM	Instrução da Comissão de Valores Mobiliários
IRPJ	Impostos sobre a Renda das Pessoas Jurídicas
LIG	Letras Imobiliárias Garantidas
LRF	Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PIS	Programa de Integração Social
RET	Regime Especial de Tributação
RFB	Receita Federal do Brasil
S/A	Sociedade Anônima
SBPE	Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo
SPE	Sociedade de Propósito Específico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PROPRIEDADE	14
2.1	Propriedade e patrimônio	15
2.2	Patrimônio	16
2.3	Patrimônios separados	29
2.3.1	Herança	34
2.3.2	Falência	35
2.3.3	Securitização de créditos imobiliários	36
2.3.4	Fundos de Investimento Imobiliário	40
2.3.5	Letras Imobiliárias Garantidas	42
2.3.6	Patrimônio rural em afetação	42
2.3.6.1	Cédula Imobiliária Rural (CIR)	43
2.3.7	Patrimônios separados dos fundos de investimento em geral	45
2.4	Patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias	47
2.4.1	Evolução histórica	48
2.4.2	O setor imobiliário	50
2.4.3	Incorporações imobiliárias	52
2.4.4	Criação do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias	58
2.4.5	Constituição do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias	63
2.4.6	Restrições impostas pelo patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias	64
2.4.7	A Comissão de Representantes	67
2.4.8	Regime especial de tributação das incorporações imobiliárias com patrimônio afetado	69
2.4.9	As sociedades de propósito específico imobiliário	70
3	RECUPERAÇÃO JUDICIAL: NOÇÕES GERAIS	72
3.1	Recuperação extrajudicial	77
3.2	Estudos jurimétricos a respeito de recuperações judiciais no Estado de São Paulo – litisconsórcio ativo e consolidação substancial	79
3.3	Grupos de sociedades	84
3.4	Litisconsórcio ativo – facultativo, necessário, comum e unitário	94
3.5	Consolidação processual	97
3.6	Consolidação substancial	99
3.7	A consolidação substancial das sociedades incorporadoras com patrimônio de afetação	106
3.8	A recuperação judicial das sociedades incorporadoras com patrimônio de afetação	113
4	CONCLUSÃO	130
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

A propriedade é um fenômeno histórico, de alçada social. Estudada pela economia, pelo direito e por todas as ciências humanas. Ser dono, senhor de uma coisa, reflete poder. Ter propriedade, especialmente o local de moradia, traz segurança emocional e sentimento de felicidade ao adquirente.

O setor imobiliário acolhe a realização de sonhos particulares, especialmente em relação à aquisição da propriedade residencial, que representa uma difícil e sacrificada conquista para a maioria da população brasileira.

As relações jurídicas surgidas com a construção e a comercialização de unidades imobiliárias são complexas e plurais. A atividade de incorporação imobiliária, prevista na Lei n. 4.591/1964, é extremamente relevante para a economia brasileira, pois disciplina a alienação de unidades em construção, ou “imóveis na planta”, como se costuma dizer. Por regular atividade sobre a qual o adquirente não possui qualquer ingerência, a Lei n. 4.591/1964 contém medidas de proteção de poupança popular, semelhantes a outras medidas aplicáveis a investimentos no sistema financeiro.

O mercado imobiliário engloba diversos agentes – incorporadora, construtora, financiadores e investidores, até o consumidor ou adquirente final – com a presença ainda de companhias securitizadoras de créditos imobiliários e fundos de investimento, veículos do mercado de capitais, que reforçam a relevância da atividade para a economia e o crescimento do país.

A preocupação com o adimplemento, pela incorporadora, de todas as obrigações assumidas, ganha especial relevo em razão do aumento de credores ao longo da execução de cada obra. É comum a realização de diversos empreendimentos pela mesma pessoa, ou por um grupo de sociedades, simultaneamente, o que traz um aumento exponencial da quantidade de credores e o incremento dos riscos associados à atividade.

Assim, para resguardar os credores e a organização patrimonial, criou-se o instituto do “patrimônio de afetação” das incorporações imobiliárias, que viabiliza a separação de bens dentro do patrimônio do sujeito para responder, exclusivamente, pelas dívidas oriundas de determinada obra.

O patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias foi introduzido na Lei n. 4.591/1964 em resposta e proteção aos adquirentes de unidades imobiliárias, após as experiências verificadas com a Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria. A empresa chegou a ser uma das maiores incorporadoras imobiliárias do Brasil na década de 1990. Em

razão de forte crise financeira, impetrou concordata preventiva, depois convolada em falência, e deixou inacabadas aproximadamente 700 obras e mais de 42 mil adquirentes de unidades desatendidos, sem a entrega de seus apartamentos.

Ao longo do processo, constatou-se que a Encol não separava receitas e despesas, empregando recursos captados por meio de financiamentos bancários e receitas advindas das parcelas do preço de unidades de determinada incorporação imobiliária em outras incorporações imobiliárias. Esse *modus operandi* acarretou uma crise financeira incontrolável, pois os recursos liberados por instituições financeiras, que mantinham a garantia real sobre os imóveis, foram utilizados em outras obras, e as parcelas pagas pelos adquirentes de determinada incorporação eram também empregadas em outras obras.

Diante desse quadro, a possibilidade legal de constituição de patrimônio de afetação, que imputa ao incorporador a obrigação de manter apartados de seu patrimônio os bens e direitos objeto de cada incorporação, revelou-se uma medida importante para evitar a repetição dos incidentes verificados com a Encol, notadamente os desvios de recursos de uma obra para outra.

Entretanto não há regulamentação específica sobre o tratamento a ser conferido ao patrimônio de afetação durante a tramitação de recuperação judicial da incorporadora, e não há clareza a respeito da possibilidade ou da viabilidade de incorporadoras com patrimônio afetado socorrerem-se da recuperação judicial para tratar uma situação de crise.

O instituto da recuperação judicial previsto na Lei n. 11.101/2005 (“LRF”) foi concebido com o intuito de prover mecanismos para superar crises financeiras em empresas viáveis. Como alternativa à falência e procurando ser mais eficiente do que a já revogada concordata, a recuperação judicial visa à manutenção da empresa, como fonte produtora de bens, geradora de empregos, preservando os interesses dos credores e a sua função social de estímulo à atividade econômica.

A recuperação judicial de sociedades incorporadoras imobiliárias suscitou, ademais, o debate a respeito da possibilidade de um grupo de sociedades incorporadoras apresentarem um único plano de recuperação, ainda que haja patrimônio submetido ao regime de afetação, ensejando a consolidação substancial. A situação gerou duas vertentes interpretativas opostas: de um lado, aqueles que defendem a manutenção do patrimônio de afetação mesmo durante a tramitação da recuperação judicial, e de outro, os que entendem pela sua desconsideração quando a sociedade se socorre da recuperação.

Logo, a discussão acerca da possibilidade de incorporadoras com patrimônio afetado ingressarem com recuperação judicial mostra-se relevante e atual, além de impactar de forma

direta e intensa a economia. Trata-se de uma discussão que envolve duas correntes opostas: uma que entende haver incompatibilidade lógica entre o patrimônio de afetação e a recuperação judicial, e outra que entende ser possível essa condição, desde que atendidas algumas premissas, especialmente a manutenção da finalidade do patrimônio afetado ao pagamento de suas próprias dívidas.

O objetivo desta dissertação é estudar uma situação específica causada por momentos de crise. Busca-se analisar o patrimônio de afetação, idealizado para destacar bens da incorporadora que pudessem responder exclusivamente por um determinado empreendimento imobiliário, sem vincular o sucesso ou perdas de outros empreendimentos a todo o patrimônio da sociedade ou do grupo societário do qual a sociedade incorporadora faça parte durante a recuperação judicial.

O tema deste trabalho está umbilicalmente relacionado a vários aspectos do direito de propriedade. Aborda, ao analisar o patrimônio de afetação, de limitações ao direito de propriedade, do interesse em proteger a futura propriedade, e da despersonalização, que leva ao tratamento de propriedade alheia como própria, como sói ocorrer quando configurada a consolidação substancial nas recuperações judiciais, reunindo ativos e passivos de vários devedores, integrantes de um grupo societário.

Nos capítulos seguintes, será abordada a importância da propriedade, o conceito de patrimônio, para então explorar-se o conceito e a caracterização do patrimônio separado, ou patrimônio de afetação, e a relevância do instituto para o setor imobiliário, tão significativo para a economia. O foco estará não só no patrimônio separado das incorporações imobiliárias, mas em outros patrimônios separados encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, sobre os quais as considerações relativas à recuperação judicial e consolidação substancial possam se aplicar por analogia.

Em seguida, nos aspectos relevantes ao tema escolhido, a pesquisa se voltará ao instituto da recuperação judicial, por meio de estudos jurimétricos que avaliam processos de recuperação judicial no Estado de São Paulo e a influência de o pedido ser feito em litisconsórcio. Em seguida, serão indicadas as características dos grupos de sociedades, de direito e de fato, o litisconsórcio (facultativo e unitário), a consolidação processual e, o mais importante, a consolidação substancial. Nesse ponto, os temas se encontrarão. Esclarecidos os conceitos necessários, pretende-se obter a coordenação das seções para verificar em que medida o patrimônio separado das incorporadoras imobiliárias pode coadunar-se, ou não, com a consolidação substancial e com a recuperação judicial.

2 PROPRIEDADE

Dotada de caráter místico nos primeiros tempos¹, a propriedade é mesclada de determinações políticas, prendendo-se ao direito romano: o nobre, dentro do seu domínio, é um soberano, distribui justiça, cobra tributos, declara a guerra, faz a paz.

Direito real por excelência, a propriedade mais se sente do que se define². A ideia de meu e teu, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de desenvolvimento intelectual. Não apenas as mulheres e homens de negócios a percebem, os menos cultos, os espíritos mais rudes, até as crianças têm da propriedade a noção inata, pois defendem a relação jurídica dominial e resistem ao desapossamento.

Para Montesquieu, assim como os homens renunciaram à independência natural para viverem sob leis políticas, igualmente renunciaram à comunidade natural dos bens para viverem sob leis civis. As primeiras lhes deram a liberdade; as segundas, a propriedade³.

Durante a Revolução Francesa e a luta contra a monarquia, a defesa da propriedade individual se aglutinava à própria ideia de liberdade e de proteção contra o Estado absolutista.

Nesse sentido, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas enfatiza que a compreensão de “propriedade” e de “liberdade” se interligavam, ou seja, o ser humano era considerado livre se pudesse ter propriedades, a liberdade seria a liberdade de adquirir bens, de ser titular de propriedades; isso é o que configuraria a própria personalidade humana, razão pela qual o direito deveria tutelar esses direitos de forma ampla e ilimitada contra quem tentasse violá-los⁴.

A Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, abolindo privilégios e cancelando direitos perpétuos. Em contrapartida, previu o direito à propriedade como direito absoluto. O Código de Napoleão, que serviu a todo um modelo codificador do século XIX, deu tamanho prestígio à propriedade, que passou a receber o apelido de Código da Propriedade, ressaltando o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade.

O direito à propriedade é garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXII, portanto, trata-se de cláusula pétrea e direito fundamental. A Carta não só protege o

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 5.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 70.

³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 08 nov. 2021, v. 3, liv. XXVI, cap. X.

⁴ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205, jan-mar. 2015, p. 23-38, p. 25. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509941/001032607.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jun. 2021.

direito à propriedade como impõe a observância do princípio da função social já no inciso seguinte, XXIII, ao determinar: “a propriedade atenderá à sua função social”.

Em complemento, o texto constitucional compreende que a propriedade possui ao menos tríplice importância: a individual (garantida como direito fundamental), a social (que será observada para interpretação e aplicabilidade no caso concreto sobre o uso e a exploração realizados em cada propriedade), e sua relevância para a ordem econômica (pois incluído o direito à propriedade privada no título específico sobre a ordem econômica e financeira, elevado a princípio pelo artigo 170, II e III).

2.1 Propriedade e patrimônio

Na introdução desta pesquisa, destaca-se o objeto central deste estudo, qual seja, a análise do patrimônio de afetação das incorporadoras imobiliárias durante a recuperação judicial. Neste trabalho, busca-se estudar as razões fáticas que exigiram a criação da lei que introduziu expressamente o patrimônio de afetação no ordenamento jurídico brasileiro, a sua importância para o setor imobiliário e como este instituto deve ser regulado no curso de uma recuperação judicial.

Para tanto, é importante compreender os conceitos basilares que fundamentam tanto o patrimônio de afetação como a recuperação judicial para, em seguida, esclarecer o funcionamento do patrimônio de afetação, especialmente durante a recuperação judicial.

Deste modo, antes de se adentrar aos dois pontos centrais – patrimônio de afetação e recuperação judicial –, destaca-se o próprio conceito de patrimônio e sua evolução a partir da ideia de propriedade, essencial para todos os desdobramentos advindos do instituto do “patrimônio de afetação”.

Nesse capítulo, portanto, a análise irá considerar três aspectos interligados. Inicialmente, os conceitos de propriedade e de patrimônio serão relevantes para pontuar e limitar o tema.

A partir da compreensão da propriedade e de como os seres humanos inseridos numa sociedade passaram a admitir e a respeitar que determinados objetos pertencessem a determinadas pessoas, que não poderiam ser delas subtraídos, sob pena de sanções jurídicas, evoluiu-se para a ideia de interligar cada bem de cada sujeito, para observá-los sob um conceito único, o de patrimônio.

Ademais, a identificação patrimonial, como reflexo da própria personalidade e com a composição exclusiva – ou não – de bens dotados de cunho econômico, viabilizará aos credores a busca de bens do devedor para a satisfação forçada de créditos inadimplidos, servirá de

garantia para o cumprimento das obrigações e igualmente trará segurança jurídica ao próprio devedor, que deixará ele próprio de ser executado em caso de inadimplemento, para que apenas o seu patrimônio responda por suas dívidas.

Conforme os conceitos doutrinários forem apresentados, será possível observar a tendência majoritária que se inclinou para interpretar o patrimônio como uma ideia de unidade e de indivisibilidade, rechaçada por uma corrente minoritária, que inadmitiu tal posicionamento por vislumbrar nele mera conclusão hipotética, afastada da realidade, já que além de muitas pessoas sequer possuírem qualquer tipo de bem que pudesse compor o patrimônio, ele tampouco seria “indivisível”, não havendo, para esses doutrinadores, utilidade prática ou correspondência com a realidade ao se adotar esse posicionamento.

A partir da apresentação destes primeiros conceitos – de propriedade e de patrimônio, e do que estaria incluído ou excluído deles – avançaremos em uma segunda abordagem neste capítulo para o estudo do “patrimônio separado” ou patrimônio afetado.

Tendo em vista que o posicionamento majoritário da doutrina, refletido nas legislações, seguiu para admitir o patrimônio como algo “uno” e “indivisível”, cristalizando e sedimentando esta ideia a ponto de tornar-se obscuro o pensamento sobre separação patrimonial, a segunda parte do capítulo enfocará exatamente essa questão: como as legislações foram admitindo, e a doutrina aceitando, situações em que havia destaque de bens no patrimônio, uma separação entre partes daquela massa indivisível.

Diante disso, a terceira e última seção abordada neste capítulo será dedicada ao patrimônio de afetação.

2.2 Patrimônio

A ideia de patrimônio se desenvolve a partir da ideia de propriedade, de ter algo, de possuir algo para si. Clóvis Beviláqua, ao estudar o direito das coisas e da propriedade, ensina que a apropriação é parte da evolução humana e da vida em sociedade:

Esses sentimentos [fome, dor, amor, prazer] impelem a criatura humana (como também os outros animais) a buscar, no mundo exterior, o que lhe dê prazer e lhe evite a emoção contrária. Formam-se, assim, impulsos [...] entre as quaes o denominado instinto de conservação, que é força activa, de apropriação dos bens da vida, e defensiva, para assegurar com a própria existência individual, a desses mesmos bens⁵.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 114.

Para alcançar o conceito de patrimônio, Paulo Lôbo faz apontamentos sobre a evolução da compreensão da ideia de propriedade⁶. A partir da Revolução Francesa, segundo o autor, incendia-se a busca pela proteção da esfera individual e dos bens que pertencem ao sujeito, e não ao Estado.

A propriedade moderna é o modelo napoleônico de consagração jurídica do individualismo liberal, nos planos social, econômico e jurídico, em relação ao pertencimento das coisas. Na modernidade, desponta como protagonista decisivo o indivíduo; o homem deixa de ser concebido como parte de sua comunidade, de seu clã, de sua cidade, de sua nação e passa a existir por si mesmo, com predomínio do ter sobre o ser⁷.

Como naquele momento histórico a burguesia buscava se proteger do Estado, uma monarquia absolutista que impunha elevados impostos e invadia a esfera particular para alimentar uma riqueza pertencente a poucos, que parasitavam a Corte e pouco contribuíam para a circulação de bens e serviços, tornou-se crescente a insatisfação popular, o aumento da fome e a pobreza. O lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – era a consolidação de pensamentos burgueses que exigiam o fim daquele *status quo*.

Por isso tornou-se tão relevante a proteção da propriedade, reflexo da própria liberdade para os franceses naquele momento. A correlação entre propriedade e liberdade é, portanto, imediata e elevada ao exercício absoluto, nos termos do texto original da primeira parte do artigo 544 do Código Civil Napoleônico, que preceitua: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas, da maneira mais absoluta”⁸ (tradução livre).

O fim do absolutismo monárquico veio acompanhado do início do absolutismo individual. Era o contraponto buscado pelos revolucionários e a transição de um extremo para outro. Acabar com os benefícios do Estado e impor o mínimo de intervenção, impedindo inclusive que os próprios juízes pudessem trazer interpretações às leis, que deveriam ser impostas e obedecidas nos estritos limites de sua redação, sendo o juiz a mera “boca da lei”, ou seja, aquele que fala o que está na lei. Esperava-se que ele não exercesse nenhum tipo de influência e inadmitia-se, naquele momento, qualquer interpretação.

Esse cenário é visível no artigo 544 do Código Napoleão. A colocação da propriedade como um direito individual absoluto e extremo, protegido pela lei e que, esperava-se, nenhum

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21 (*Ebook*).

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil** – direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21 (*Ebook*).

⁸ No original: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”. LÉGIFRANCE. **La service public de la diffusion du droit**. Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 5 jul. 2021.

ente do Estado, inclusive os juízes, poderia reduzir o seu alcance. Seria o ápice da revolução e a proteção completa do indivíduo e daquilo que lhe pertencia.

Ao tratar sobre o direito de propriedade, Louis Josserand enfatizou:

A tout seigneur tout honneur: le droit de propriété est considéré traditionnellement comme le droit individuel par excellence, comme le prototype de la prerogative absolue; c'est un dominium conférant à celui qui en est investi les pleins pouvoirs, plena in re potestas; le droit révolutionnaire, acceptant et fortifiant même l'héritage du passé, lui a reconnu solennellement la valeur d'un attribut naturel et imprescriptible, inviolable et sacré, de la personnalité humaine, au même titre que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression⁹.

Louis Josserand destaca o caráter nuclear do direito de propriedade para o então sistema francês, e que foi inspiração para os Códigos Civis produzidos mundialmente em seguida. Tratava-se, sem dúvidas, de um direito individual, que se contrapunha, portanto, ao Estado. Dois elementos polarizados e antagonizados, vistos naquele momento histórico como incompatíveis e que deveriam, cada qual, manterem suas atividades com o mínimo de relacionamento e que dicotomizou o direito para separar o público do privado.

Além de ser um direito individual, privado, portanto, era o direito individual “por excelência”, como colocado por Louis Josserand. Ou seja, a doutrina francesa via na propriedade o direito máximo e extremo que uma pessoa poderia ter em seu aspecto individual, protegido de forma absoluta e a partir do qual derivariam os demais direitos privados.

A ideia de a propriedade ser um direito absoluto também demonstra a importância conferida pela legislação francesa. Não haveria nenhum outro direito que pudesse reduzir ou limitar o uso e o gozo da propriedade pelo seu dono. Cada um poderia fazer, dentro de sua propriedade, com as suas coisas, aquilo que entendesse ser o melhor para si, inclusive não fazer nada ou destruí-la. Isso seria algo interno e exclusivo da pessoa proprietária e não competiria ao Estado invadir a propriedade privada ou determinar como a coisa deveria ser usada.

Estas conclusões, segundo Louis Josserand, seriam inerentes ao próprio direito de propriedade. Enxergava-se como natural, imprescritível, inviolável e até sagrado o direito absoluto à propriedade privada e a não intervenção estatal.

⁹ JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus des droits. Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 15. Em tradução livre: “A qualquer senhor toda a honra: o direito de propriedade é tradicionalmente considerado como o direito individual por excelência, como o protótipo da prerrogativa absoluta; é um domínio conferido àquele que está investido de plenos poderes, em plenitude com a coisa; direito revolucionário, aceitando e fortalecendo até mesmo o patrimônio do passado, solenemente reconheceu para ele o valor de um atributo natural e imprescritível, inviolável e sagrado da personalidade humana, nas mesmas bases da liberdade, segurança e resistência à opressão”.

Por fim, o autor francês destaca que o direito à propriedade, nos moldes franceses, viabilizava o exercício da própria personalidade humana e poderia ser equiparado ao tão prestigiado direito à liberdade.

No momento atual, a releitura demonstra a busca exagerada – mas compreensível para aquele estágio histórico – da divisão completa entre as esferas pública e privada. A equiparação do direito de propriedade ao direito à liberdade, que vinha consagrado e repetido desde o início do Direito, além de entendê-lo como expressão da personalidade, o que atualmente aproxima-se da dignidade da pessoa humana, mostra como a comunidade jurídica daquele momento desejava proteger de forma extrema o indivíduo e seus bens contra o Estado.

Ser proprietário, portanto, passar a ter um patrimônio, é a própria efetivação da liberdade, como destaca Rosa Maria de Andrade Nery:

É o patrimônio da pessoa, ambicionado, ou já conquistado, que lhe faculta materialmente pôr em prática seus anseios de liberdade, para empreender e realizar, pelo trabalho, pelos atos e pelas atividades. É o patrimônio do devedor, também, que mede sua capacidade de crédito e que, como já dissemos, suporta o poder de excussão que o credor tem sobre ele¹⁰.

No Brasil, assim como em todo o mundo, o Código Francês exerceu grande influência. Apesar de ter sido promulgado em 1804 e Código Civil brasileiro apenas em 1916, a proteção do indivíduo e da propriedade, com as evoluções doutrinárias e as novidades legislativas surgidas neste lapso temporal, foram inseridas no ordenamento pátrio.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias apresenta em sua obra o histórico de construção do direito civil no Brasil para realçar o liberalismo como força motriz na criação das regras atinentes ao regime privado e que precisaram ser revistas na década de 1970 para a elaboração de um novo Código Civil:

Como já se viu, a Codificação de 1916 nasceu influenciada pelo liberalismo então vigente, possuindo um cunho individualista. As transformações metajurídicas pelas quais passou a sociedade brasileira nos séculos XIX e XX, no entanto, exigiram uma revisão eficaz e a atualização do Código de 1916, que, na verdade, data de 1899¹¹.

¹⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: direitos patrimoniais e reais**. v. IV. São Paulo: RT, 2016, p. 8.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

Portanto, em razão do longo percurso entre a data de início dos trabalhos de elaboração do primeiro Código Civil, em 1899, e sua promulgação, em 1916, percebe-se que as ideias iluministas francesas e o Código Napoleão, de 1804, eram a grande base fundamental do regime privado a ser inaugurado. Cristiano Chaves de Farias retoma em sua obra a ideia de adicionar ao liberalismo o viés patrimonialista do Código Civil de 1916.

Como se pode perceber, o Código Civil de 1916, inspirado no liberalismo econômico que marcava aquele período histórico, tinha preocupação obsessiva pela proteção patrimonial. A propriedade privada e a liberdade contratual chegaram a merecer uma tutela absoluta, sem qualquer possibilidade de relativização¹².

Em razão do prestígio que o direito francês detinha e da dissipação dos pensamentos da doutrina europeia, o Brasil manteve amplamente a proteção à propriedade privada.

O Código Civil de 1916 trazia, portanto, uma ideia similar à francesa, demonstrando que a burguesia poderia adquirir bens e deles usufruí-los plenamente, exceto se os bens fossem gravados de algum ônus. Era o que dispunham os artigos 524 e 525 do texto legal:

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do capítulo VI deste título.
Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

Ao comentar este dispositivo, Clóvis Beviláqua mostra que o Projeto continha originariamente uma redação diferente e que, o então artigo 602, previa apenas o direito à propriedade de forma ampla para o uso (a utilização), com o escopo de impedir abusos e equilibrar com interesses sociais, como os direitos de vizinhança e de interesse público. Entretanto, a redação final, inserida no artigo 524, traz a tutela ao direito de propriedade de forma ampla para incluir não apenas o uso, como o gozo e a disposição¹³.

O doutrinador interpreta o dispositivo conforme os artigos 113, n. 17, 122 e 123 da Constituição então vigente, a de 1934, de forma a impedir abusos ou de afastar a ideia de um direito absoluto.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 135.

Não devemos afirmar que o domínio ou direitos de propriedade tenha os caracteres de absoluto e ilimitado, embora seja a reunião mais completa de poderes de uma pessoa sobre uma coisa, mas sempre segundo os preceitos regulamentares da lei. Neste sentido, é que devemos entender hoje a proposição romana – *plena in re potestas*¹⁴.

Com a definição de propriedade e os avanços conceituais agregados pela doutrina ao longo dos anos, que cede o espaço de uma tutela absoluta e ilimitada – característica marcante das sociedades pós-revolução francesa – para uma ideia que agrega os pensamentos socialistas que começam a se propagar pelos países, atinge-se um conceito de aparente equilíbrio entre a esfera absolutamente privada e total e os interesses da coletividade na produção e no uso da terra e dos bens.

Esta definição da propriedade, que será capaz de admitir a propriedade também de bens imateriais, viabiliza a compreensão da ideia de patrimônio que, por sua vez, abrange, além da propriedade com todas as coisas, materiais e imateriais, pertencentes a um sujeito, às suas relações, além de ganhar complexidade com os avanços tecnológicos e a ampliação das relações jurídicas.

Já o Código Civil vigente pondera o uso da propriedade com a sua função social, sua posição e relevância não apenas para o sujeito titular, como para toda a sociedade na qual ela está inserida. Este aspecto será melhor estudado adiante e é especialmente relevante para o patrimônio de afetação, que, conforme será visto, possui uma busca pela efetivação social do passivo daquele sujeito que afeta seu patrimônio para o cumprimento de suas obrigações.

Melhim Chalhub, ao tratar da função social da propriedade, ensina que a noção é construída a partir de um critério delimitador do conteúdo da situação jurídica, que cria obrigações e deveres concretos para seu titular. A função indica a maneira como um instituto ou direito deve operar, delinea o seu perfil estrutural, configura, no caso, um poder-dever do proprietário¹⁵.

Prossegue a lição indicando que atualmente o princípio merece maior atenção, atribuindo-se, na caracterização da propriedade, maior relevância ao conteúdo econômico e social dos bens, considerada sua destinação e o adequado aproveitamento do seu potencial.

O artigo 1.228 do Código Civil e parágrafos esmiúçam a relevância da propriedade e seus limites. Sendo parte do patrimônio de uma pessoa, os princípios aplicáveis à propriedade

¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 136.

¹⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Função social da propriedade. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

também deverão ser observados quando da análise do conjunto, sob a ótica maior do patrimônio.

Como exemplo, o dispositivo mencionado (art. 1.228, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º) evidencia a preocupação legislativa de respeito à função social e econômica da propriedade – e, por fim, do próprio patrimônio. Dentro do patrimônio do sujeito estão as coisas de sua propriedade, seus bens, mas não apenas. O patrimônio engloba também as relações econômicas do sujeito e é considerado uma universalidade de direito pelo Código Civil, conforme dispõe seu art. 91.

Sobre o tema, Rosa Maria de Andrade Nery define patrimônio, que abrangerá tanto bens de valor econômico, como também aqueles sem esse caráter:

O patrimônio – continente em que a propriedade privada da pessoa tem alocação tópica – deve ser compreendido como o complexo de posições jurídicas ativas e passivas de um mesmo titular, dotadas de valor exclusivamente econômico, ou não, e sua consequente expressão pecuniária. É uma universalidade de direito¹⁶.

Apesar de posicionamentos divergentes sobre a inclusão, no patrimônio, de relações que não sejam todas de valor econômico, por exemplo, os direitos e vínculos relacionados à filiação e à paternidade, a projeção econômica desses direitos inegavelmente compõe o patrimônio.

Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina que os direitos de família, em sua visão, não adentrariam no patrimônio por serem desprovidos de valor econômico. “O conjunto de direitos reais e de direitos obrigacionais ou pessoais forma os direitos do patrimônio. Ficam de lado os chamados direitos de família que não têm valor pecuniário nem podem ser cedidos, como o estado de filiação, o pátrio poder etc”¹⁷.

Nesta concepção mais tradicional de Sílvio de Salvo Venosa, diversamente do que compreende Rosa Maria de Andrade Nery, o patrimônio seria composto exclusivamente pelas relações com cunho econômico, afastando-se, então, todas as relações, ainda que tuteladas pelo direito, mas desprovidas de expressão econômica: “O patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão só os direitos pecuniários. Os direitos puros da personalidade, por nós já referidos, não devem ser considerados como de valor pecuniário imediato”¹⁸.

¹⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: direitos patrimoniais e reais**. v. IV. São Paulo: RT, 2016, p. 8.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 304.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 304.

Assim como Sílvio de Salvo Venosa, Guillermo Borda, ao estudar o direito civil argentino, compreende dentro do patrimônio apenas os direitos e as relações com expressão pecuniária, excluindo os direitos extrapatrimoniais, como o direito à honra.

Dentro del conjunto vasto y heterogéneo de derechos de que las personas son titulares (derechos personalísimos, políticos, de familia, reales, creditorios, intelectuales, etc.) hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que por ello pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos derechos constituye su patrimonio.

Quedan, por consiguiente, fuera de él los inherentes a la personalidad (tales como el derecho al honor, a la vida, a la libertad) y los de familia (como los que nacen entre cónyuges, la patria potestad, tutela, curatela, etc.), aunque a veces tienen repercusión económica¹⁹.

Nota-se que os posicionamentos divergentes dos doutrinadores, que incluem ou afastam relações desprovidas de caráter econômico do patrimônio, podem estar relacionados à própria visão do direito como ciência e de sua evolução no papel social.

O direito civil foi elevado a núcleo do direito privado, com o Código Civil como lei maior deste sistema, e regularia as relações essencialmente burguesas, comerciais, cujas figuras típicas eram o “pai”, o “dono/proprietário”, o “comerciante”, personagens masculinos que refletiam como a sociedade apreciava o titular do poder.

Sobre essa ausência de concretude da legislação vigente, Cristiano Chaves de Farias observa:

Em suma, negava-se a especificidade e a concretude de cada pessoa, de cada ser humano, prestigiando-se apenas o *status* formal de cada integrante da relação jurídica. Não havia João ou Maria, mas o contratante, o proprietário, o cônjuge; todas as pessoas neutras e indiferentes, bem caracterizadas nos clássicos exemplos que faziam menção a Caio, Tício e Mévio. Equivale a dizer: o Direito Civil ignorava as particularidades de cada pessoa, tratando a todos como se fossem rigorosamente iguais. A norma, enfim, aplicava-se genericamente a quem quer que se titularizasse em uma determinada situação patrimonial²⁰.

Apesar da exposição histórica acerca da evolução do pensamento jurídico entre a elaboração do primeiro e do atual Código Civil, Cristiano Chaves de Farias também se filia ao

¹⁹ BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires Abeledo Perrot, 1999, p. 9. Em tradução livre: “Dentro do vasto e heterogêneo conjunto de direitos a que as pessoas têm direito (muito pessoais, políticos, familiares, reais, credores, direitos intelectuais etc.) existem alguns que servem para satisfazer suas necessidades econômicas e que, portanto, podem ser apreciados em dinheiro; todos esses direitos constituem seu patrimônio. Portanto, aqueles inerentes à personalidade (como o direito à honra, à vida, à liberdade) e aos direitos de família (como os existentes entre cônjuges, o pátrio poder, tutela, curadoria etc., permanecem fora dela), embora por vezes eles tenham repercussões econômicas”.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67.

entendimento clássico de que o patrimônio é composto exclusivamente pelas relações dotadas de cunho econômico:

Patrimônio, pois, é expressão de largo espectro, englobando tanto os direitos reais, quanto os direitos pessoais (obrigacionais). Refere-se sempre aos bens apreciáveis economicamente, motivo pelo qual não estão compreendidos no patrimônio os direitos de família puros e os direitos da personalidade, ditos extrapatrimoniais. Evidente a importância dessa ampla conceituação, uma vez que no Código Penal há capítulo específico cuidando de “crimes contra o patrimônio”, exigindo perfeita compreensão da matéria²¹.

Melhim Chalhoub defende a unidade do patrimônio, indicando que todos os direitos e obrigações que o compõem formam um conjunto que é de titularidade de um só sujeito. Lembra que a noção clássica de patrimônio esteve ligada à de pessoa, chegando a ser considerado um “prolongamento da personalidade”²².

Para Caio Mário da Silva Pereira, o patrimônio é o reflexo da própria personalidade civil e existe para todos os sujeitos que vivem em sociedade.

Só em estado de natureza, com abstração da vida social, é possível conceber-se o indivíduo sem patrimônio. Em sociedade, não. Por isso, e em consequência de não se admitir a pessoa sem patrimônio, é que não é possível dissociar as duas ideias, e é neste sentido que ele foi definido como a projeção econômica da personalidade civil²³.

Como consequência, entende-se que cada sujeito é dotado de um único patrimônio, ou seja, a ideia de patrimônio abrange todos aqueles vínculos do sujeito a ele correspondente e, por isso, cada sujeito possui apenas um patrimônio, um complexo, uma unidade de direito de todas as suas relações.

Esta ideia de que o patrimônio é reflexo da personalidade também é trazida por Clóvis Beviláqua:

Os homens primitivos, naturalmente, se consideravam senhores daquilo de que se apoderavam, para satisfazer as próprias necessidades, pois que até em animais se observa esse sentimento. Mas sobre as coisas moveis de uso, e não destinadas ao consumo imediato, como armas e instrumentos de caça e

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 462.

²² CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 325

pesca, é que já se manifesta uma projecção da personalidade, sobre o mundo externo, ligando o objecto ao sujeito²⁴.

Ao analisar a questão patrimonial, Edson Fachin traz a crítica de Bustamante Salazar sobre a incompatibilidade entre a teoria (toda pessoa possui um patrimônio), com a realidade (é visível a existência de numerosas pessoas desprovidas de qualquer bem economicamente apreciável, portanto, desprovidas de qualquer patrimônio):

[...] A [teoria] jusnaturalista-racionalista, por considerar a propriedade como um direito natural e fundamental do homem, acaba por construir princípios jurídicos que levam em conta apenas os interesses de uma burguesia sedentária e proprietária. Já o idealismo, ao diluir a pessoa como um dos elementos da relação jurídica, acaba por construir o Direito a partir da relação da pessoa com a coisa, sendo o patrimônio uma emanção ou prolongamento da pessoa. A premissa é outra, não sendo esse o melhor caminho²⁵.

No mesmo sentido, e igualmente discordando da posição majoritária que enxerga no patrimônio o próprio reflexo da personalidade, Guillermo Borda afirma que compreender o patrimônio como algo inerente a todo o ser humano é meramente ideológico e inverídico.

Es falso concebir al patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente poseer uno; esta afirmación, dice COVIELLO, es ridícula [...], pues la vida demuestra que existen numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio. Algunos ni siquiera son propietarios de la ropa que llevan puesta, como ocurre con ciertos menores, sacerdotes regulares, reclusos, etcétera, que tienen la que sus padres, o la congregación, o el Estado les facilitan. No se puede negar, sin embargo, que la relación entre persona y patrimonio es a veces muy estrecha, como ocurre si los bienes están al servicio de los fines personales y propios del dueño, que es el caso normal del patrimonio general; otras veces, en cambio, los bienes tendrán un destino especializado, no siempre coincidente con el titular. De ahí que la noción del destino o fin al cual están afectados cobre una importancia capital en nuestro concepto²⁶.

²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 115.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41-42.

²⁶ BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 11-12. Em tradução livre: “É falso conceber a herança como um atributo da personalidade e afirmar que toda pessoa deve necessariamente possuir um; Essa afirmação, diz Coviello, é ridícula [...], pois a vida mostra que há muitas pessoas que carecem de todos os bens. Alguns nem mesmo possuem as roupas que vestem, como é o caso de certos menores, padres regulares, presidiários etc., que têm o que seus pais, ou a congregação, ou o Estado os fornecem. Não se pode negar, no entanto, que a relação entre pessoa e propriedade é por vezes muito estreita, como é o caso se os bens estão ao serviço dos fins pessoais e próprios do proprietário, que é o caso normal dos bens gerais; outras vezes, por outro lado, a mercadoria terá destino especializado, nem sempre coincidente com o proprietário. Assim, a noção do destino ou fim ao qual são afetados assume uma importância capital em nosso conceito”.

Além de ser a disposição do Código Civil – que apresenta o patrimônio como uma universalidade de direito em seu art. 91 – a doutrina, em regra, admite que o patrimônio é uno e indivisível.

Neste sentido, segundo Clóvis Beviláqua, a doutrina entende o patrimônio como uno e indivisível, o que teria utilidade prática, a despeito de existirem previsões legais que separam o patrimônio para determinados fins.

Caio Mário da Silva Pereira segue o mesmo entendimento ao admitir patrimônio como uma unidade indivisível:

A doutrina tradicional sustenta que o patrimônio é uno e indivisível no sentido de que não é possível conceber a sua pluralidade na mesma pessoa. Partindo da noção de que é uma decorrência da personalidade, todo indivíduo tem um patrimônio. Um só. Abrangendo todo o conjunto das relações jurídicas, não se pode imaginar que a mesma pessoa tenha mais de um, porque em qualquer circunstância, ainda que se procure teoricamente destacar mais de um acervo ativo e passivo de valores jurídicos, sempre há de exprimir a noção de patrimônio a ideia de conjunto, de reunião, e esta, segundo a própria razão natural, é una²⁷.

Apesar de ser este o posicionamento majoritário entre os civilistas, Guillermo Borba afasta essa interpretação por entendê-la meramente acadêmica e sem correspondência com a realidade.

Es asimismo falso e inútil concebir al patrimonio como una universalidad de derecho, es decir, como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen. Un patrimonio sin contenido, concebido a través de la unidad del sujeto, es una idea sin sentido ni realidad. Si no hay activo, si no hay derechos, no hay patrimonio [...]. Este debe concebirse, pues, como un complejo concreto de derechos; tan es así, que no podrá citarse un solo caso en que el patrimonio, considerado como individualidad distinta de sus elementos, sea motivo de alguna relación jurídica [...] es, por lo tanto, nulo el interés de aquella concepción abstracta²⁸.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 326

²⁸ BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 12. Em tradução livre: “Também é falso e inútil conceber o patrimônio como uma universalidade do direito, ou seja, como uma unidade abstrata com existência própria e independente de cada um dos objetos que o compõem. Um patrimônio sem conteúdo, concebido pela unidade do sujeito, é uma ideia sem sentido ou realidade. Se não há bem, se não há direitos, não há patrimônio [...]. Isso deve ser concebido, então, como um complexo concreto de direitos; tanto que não se pode citar um único caso em que o patrimônio, considerado como individualidade distinta dos seus elementos, seja motivo de alguma relação jurídica [...] o interesse dessa concepção abstrata é, portanto, nulo”.

Luciana Pedroso Xavier, ao estudar a evolução do conceito de patrimônio, conclui que as posições atuais podem ter tido como principal ponto de partida as conclusões dos franceses Charles Aubry e Charles Rau no século XIX, para quem o patrimônio seria “o conjunto de direitos civis de uma pessoa sobre os objetos que constituem seus bens”²⁹.

Estes autores teriam correlacionado o patrimônio ao indivíduo, compreendendo que toda pessoa possui um patrimônio, uno e indivisível, pois o patrimônio seria o próprio reflexo da personalidade, isto é, do conjunto de relações dotadas de cunho econômico.

Entretanto, apesar de esse pensamento ter ganhado força e adeptos numerosos, também não faltaram críticos. Assim, Andrea Torrente e Piero Schlesinger, por exemplo, compreendem o patrimônio de forma diversa e concluem ser meramente abstrata a ideia de considerá-lo como uma “universalidade”, “una” e “indivisível”: “Il patrimonio non è considerato come un bene unico e, quindi, esso non è una universitas”³⁰.

Para os autores, diversos seriam os dispositivos legais no texto italiano que demonstrariam a separação do patrimônio em partes incomunicáveis. Para fundamentar sua ideia, trazem o exemplo do tratamento conferido ao “fundo patrimonial”, o bem de família, bens a serem inventariados, fundos especiais de previdência, preferências de credores como os trabalhistas, entre outros, o que demonstraria a possibilidade de desmembramento do patrimônio: “Peraltro, specie in anni recenti, sono venute moltiplicandosi le ipotesi in cui la legge prevede o consente la «separazione» di taluni cespiti o categorie di cespiti dal restante patrimonio di un medesimo soggetto”³¹.

Além da realização pessoal, individual, que, como apresentado, foi a força especial para que o Código Civil Francês de 1804 protegesse de forma absoluta a propriedade, em combate aos abusos cometidos pelas monarquias absolutistas, há outra especial relevância na proteção da propriedade e na sua alocação no patrimônio de uma pessoa, seja física ou jurídica.

Conforme ensina Rosa Maria de Andrade Nery, o patrimônio inclui relações ativas e passivas. Ou seja, o patrimônio não é composto, como pode parecer a um leigo, apenas de bens e relações que enriquecem seu titular, mas inclui também o lado passivo, as dívidas e os ônus do sujeito.

²⁹ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, 2011, p. 52.

³⁰ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 198. Em tradução livre: “O patrimônio não é considerado um bem único e, portanto, não é uma *universitas*”.

³¹ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 198. Em tradução livre: “Além disso, especialmente nos últimos anos, multiplicaram-se as hipóteses em que a lei prevê ou permite a ‘separação’ de determinados bens ou categorias de bens dos demais bens da mesma matéria”.

Guillermo Borda, contudo, discorda dessa colocação e entende que o patrimônio é composto exclusivamente do resultado ativo dos bens do sujeito, excluindo-se suas dívidas ou ônus:

Según una opinión muy divulgada, el patrimonio no sólo estaría formado por derechos, sino también por las deudas [...]. Por nuestra parte, consideramos inadmisible este punto de vista. El patrimonio concebido como un conjunto de derechos y deudas es una noción oscura, falsa y, desde luego, inútil. Supone contrariar el sentido idiomático y vulgar de aquella palabra, que, según el Diccionario de la Real Academia, significa el conjunto de bienes, la hacienda de una persona. Es verdad que el significado gramatical de una palabra puede diferir del jurídico; pero ello es una contingencia indeseable, que conviene evitar para impedir equívocos y en la cual no debe caerse si, como en nuestro caso, no hay razón alguna que lo justifique. Lo claro, lo que todo el mundo entiende, es lo siguiente: el patrimonio es el conjunto de bienes de una persona; las deudas no forman parte de él: simplemente lo gravan [...]³².

Para a finalidade desta pesquisa, segue-se a posição majoritária, que inclui no patrimônio os bens e as dívidas, já que, afinal, o conceito de patrimônio que importa para a separação patrimonial e para a recuperação judicial é consistente com essa posição.

Conhecer o patrimônio do sujeito a quem se pretende se vincular é uma proteção que pode ser exigida pelo credor, afinal, será o patrimônio do devedor que assegurará, ao menos em um primeiro momento – se não houver outros garantidores, por exemplo – o cumprimento da obrigação.

É por este motivo que Cristiano Chaves de Farias, logo após apresentar o conceito de patrimônio, imediatamente relembra sua importância:

Não é despendendo, ademais, lembrar a finalidade funcionalizada do patrimônio de servir como garantia dos credores do titular. É que, sendo a massa de direitos de uma determinada pessoa, o patrimônio se vocaciona para garantir o pagamento dos credores, resultando disso que, na falta de cumprimento voluntário das obrigações, permite-se aos credores, com o concurso do Poder Judiciário, penetrar no patrimônio do devedor para retirar a quantidade necessária para solvê-las. Veja-se, nessa trilha, a regra erigida no art. 591 do Código de Processo Civil, afirmando que o patrimônio do devedor, atual e futuro, responde pelas suas dívidas³³.

³² BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 9. Em tradução livre: “Segundo opinião amplamente divulgada, o patrimônio não seria apenas direitos, mas também dívidas [...]. De nossa parte, consideramos este ponto de vista inadmissível. O patrimônio concebido como um conjunto de direitos e dívidas é uma noção obscura, falsa e, claro, inútil. Significa ir contra o sentido idiomático e vulgar dessa palavra, que, segundo o Dicionário da Royal Academy, significa o conjunto de bens, propriedade de uma pessoa. É verdade que o significado gramatical de uma palavra pode ser diferente do legal; mas trata-se de uma contingência indesejável, que deve ser evitada para evitar mal-entendidos e na qual não deve cair se, como em nosso caso, não houver razão para justificá-la. O claro, o que todos entendem, é o seguinte: o patrimônio é o conjunto dos bens de uma pessoa; dívidas não fazem parte dela: elas simplesmente o gravam”.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 424-425.

Com esta exposição introdutória, apresentam-se os conceitos relacionados ao patrimônio, inclusive sua evolução a partir da compreensão da propriedade e sua abrangência quanto aos bens materiais e imateriais, e os dotados ou não de cunho econômico. A relevância, para o presente trabalho, é identificar o que é patrimônio, uma vez que será ele o objeto de expropriação para pagamento de credores.

Conforme o entendimento majoritário, o patrimônio é entendido como uma universalidade de direito, portanto, uno e indivisível, apesar de a doutrina reconhecer a existência de disposições legais que lhe apartam certos bens, o que exceptuaria a regra de indivisibilidade e impactaria, por exemplo, no pagamento de credores.

Nesse contexto, a próxima seção será dedicada a apresentar determinadas situações legais que disciplinam a separação patrimonial.

2.3 Patrimônios separados

De acordo com as noções apresentadas na seção anterior, observa-se que a legislação brasileira optou por considerar o patrimônio uma universalidade de direito e, assim, conferir aos bens e direitos dotados de cunho pecuniário de cada sujeito um tratamento uniforme, em razão da indivisibilidade e da unidade desta universalidade.

Entretanto, o sistema jurídico também reconhece situações nas quais o melhor é separar dentro deste patrimônio certos bens para um tratamento legal específico e necessário a certas situações.

Logo, a despeito de a regra ser a correspondência entre um sujeito e o seu patrimônio, visto de forma indivisível e como reflexo de sua personalidade, há situações previstas em lei para que exista uma segregação deste patrimônio, uma separação.

A unidade patrimonial é importante por representar o conjunto de bens, direitos e relações de titularidade da pessoa e, em caso dela tornar-se inadimplente, pode o devedor expropriar estes bens para satisfazer seu crédito, nos termos do artigo 391 do Código Civil. E reiterado por diversos outros dispositivos no ordenamento jurídico, como o art. 791 do Código de Processo Civil.

Se houve um tempo no qual o devedor poderia ser compelido a responder pelas dívidas com a sua própria vida, o seu corpo ou se estender a execução para outros membros de sua família, atualmente sua responsabilidade está limitada aos seus bens, que compõem o seu próprio patrimônio.

Extrai-se, assim, a importância da unidade patrimonial, na medida em que o conjunto de bens e de relações daquele sujeito será considerado pelo credor no momento de execução da dívida, conforme observa Renato Seixas:

Cada sujeito de direito tem apenas um patrimônio, que é composto por um ou mais bens valoráveis economicamente. É possível que, por determinação legal ou por vontade do sujeito de direito, alguns dos bens componentes de seu patrimônio sejam segregados dos demais bens e fiquem vinculados de modo específico para certos objetivos³⁴.

Portanto, eventuais bens destacados, separados do conjunto, representam um desfalque ao credor que busca a satisfação do seu crédito por estar impedido de atingir este patrimônio separado.

Inicialmente, em relação à nomenclatura, destaque-se que a doutrina utiliza expressões diferentes para explicar o fenômeno de certos bens e as relações do patrimônio do sujeito para compor um patrimônio apartado a determinados fins.

Neste sentido, Milena Donato Oliva apresenta alguns desses termos:

De outra parte, patrimônio separado, afetado, segregado, especial, destacado ou destinado constitui em linhas gerais o núcleo patrimonial pertencente a um sujeito que convive ao lado do patrimônio geral deste, submetido à disciplina jurídica própria, condizente com a finalidade a que se destina e que o unifica³⁵.

Renato Seixas adota o termo “afetado” para se referir ao destaque patrimonial e resume o conceito:

Em síntese: quando, por mandamento legal ou por manifestação de vontade privada, um bem fica vinculado a certo objetivo, diz-se que o bem está afetado para tal objetivo. Afetar bens significa destiná-los a finalidades específicas, impedindo que sejam usados para outros fins. Pode-se afetar um patrimônio inteiro para determinada finalidade, como é o caso das fundações; e pode-se afetar apenas alguns bens de um patrimônio para certo objetivo³⁶.

³⁴ SEIXAS, Renato. Estruturação societária e proteção patrimonial em empreendimentos imobiliários. In: AMORIM, José Roberto Neves (coord.). **Direito imobiliário**: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 170-171.

³⁵ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 218.

³⁶ SEIXAS, Renato. Estruturação societária e proteção patrimonial em empreendimentos imobiliários. In: AMORIM, José Roberto Neves (coord.). **Direito imobiliário**: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 171.

Segundo Melhim Chalhub, a lei autorizadora da separação de patrimônio excepciona o princípio segundo qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores, e o princípio da livre utilização do patrimônio por parte do seu titular.

A afetação do patrimônio oriunda das relações de natureza fiduciária produz basicamente dois efeitos: de uma parte, os bens objeto do negócio são colocados à margem das vicissitudes econômico-financeiras que possam atingir o fiduciante, o fiduciário e o beneficiário, e, de outra parte, as faculdades do titular do patrimônio separado sofrem limitações, a ele se atribuindo, tão somente, aquelas faculdades necessárias à consecução dos fins para os quais a afetação foi estabelecida³⁷.

Conforme Melhim Chalhub, o mecanismo da afetação possibilita limitar a responsabilidade da empresa e atrai o investimento de terceiros, possibilitando a contração de obrigações relacionadas exclusivamente ao fim específico para o qual tiver sido criado o patrimônio de afetação, circunstância que importa em redução de custo do monitoramento dos créditos dos investidores, que ficará concentrado no controle daquela atividade e não no desempenho de toda a empresa³⁸.

Para o autor, tratando-se de configuração peculiar de patrimônio, em que se excepciona a regra geral, a interpretação das questões pertinentes ao patrimônio de afetação deve ser restritiva³⁹. A legislação, ao adotar a separação patrimonial, o fará em situações excepcionais, pontuais e fundamentadas.

Segundo Melhim Chalhub, o patrimônio de afetação tem ativos e passivos próprios, podendo ser formado tanto pelos bens, direitos e obrigações pelos quais tiver sido originalmente formado, como pelos frutos e encargos advindos da gestão desse patrimônio, e pelos encargos que eventualmente se venham imputar a ele⁴⁰. Constituído por um complexo de bens, organizados para um fim determinado, esse patrimônio especial é dotado de autonomia funcional, visando à consecução de uma determinada finalidade. O autor cita a lição de Messineo⁴¹, para quem o conceito de patrimônio separado “tem um certo nexa com o conceito

³⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 67.

³⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 82.

³⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 69.

⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68.

⁴¹ MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil e comercial. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. I, p. 26. In: CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68.

de universalidade e com o problema da responsabilidade limitada [...] e sobre ele incidem direitos e obrigações autônomas”.

Gladson Mamede, ao apresentar o conceito de patrimônio de afetação, introduz o assunto ensinando a compreensão tradicional de “patrimônio”, isto é, a ideia nuclear e repetida sobre o patrimônio ser o conjunto de bens e direitos visto de forma una e indivisível:

É juridicamente possível afetar certo patrimônio a determinada finalidade. O instituto jurídico do patrimônio de afetação constrói-se, conceitualmente, de forma interessante. Em primeiro lugar, patrimônio traduz uma universalidade de direito [...] Não é neste sentido, obviamente, que se fala em patrimônio de afetação; para chegar ao instituto será preciso perceber que nessa universalidade de relações jurídicas que compõem o patrimônio, ativas e passivas, podem produzir-se secções, divisões ou, preferindo-se, especializações. [...] Como se percebe, aceita-se o emprego do termo patrimônio para traduzir tanto a universalidade das relações de uma pessoa, quanto um conjunto especializado, especificado, determinado, sendo que a afetação é uma espécie do gênero especialização patrimonial. Neste sentido, recorde-se de que a empresa é, para o empresário, um patrimônio especializado, mas não um patrimônio de afetação⁴².

Portanto, o autor alerta sobre a importância de se compreender corretamente o conceito de patrimônio de afetação, que não é mera separação patrimonial, pois possui uma regulamentação específica e um tratamento jurídico próprio. Como visto, o autor exemplifica que apesar de a empresa ser, por exemplo, um patrimônio separado (“especializado”) para o empresário, não é um patrimônio de afetação. Ou seja, a mera existência de patrimônios separados que se relacionam a uma mesma pessoa não significa que esteja presente o patrimônio de afetação.

Assim, Gladston Mamede ensina que patrimônio de afetação se refere a um destaque especial de bens e direitos para responderem a uma dívida, ou obrigação, previamente sinalizada, sem que se comuniquem com outros ativos e passivos do titular:

Por afetação se entende o estabelecimento de um vínculo necessário entre as porções ativa e passiva de determinado patrimônio, com validade inclusive perante terceiros. Assim, o patrimônio ativo especificado (bens e direitos) vincula-se exclusivamente ao respectivo patrimônio passivo especificado (obrigações), não se comunicando com o restante do patrimônio universal da pessoa, nele incluídos, eventualmente, outro ou outros patrimônios de afetação. Por suas implicações perante o direito de terceiros, a afetação não é regra, mas exceção em nosso Direito, existindo apenas em hipóteses expressamente autorizadas pelo legislador, estabelecendo-se como

⁴² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006, p. 506.

instrumento garantidor da realização (concretização) de certo objetivo maior⁴³.

Caio Mário da Silva Pereira acrescenta, sobre a importância do patrimônio de afetação, sua relevância e o objetivo de sua idealização, como mecanismo de proteção a credores:

A teoria da afetação, como se sabe, atende à necessidade de privilegiar determinadas situações merecedoras de tutela especial; para tal, admite-se a segregação, dentro de um mesmo patrimônio, de determinados bens ou núcleos patrimoniais que, identificados por sua procedência ou destinação, são encapsulados no patrimônio geral do titular para que fiquem excluídos dos riscos de constrição por dívidas ou obrigações estranhas à sua destinação, como são os casos dos bens objeto de fideicomisso, o bem de família (Código Civil, arts. 1.711 e segs.), o imóvel de moradia da família (Lei n. 8.009/1990), entre outros⁴⁴.

Já Arnaldo Rizzardo apresenta primeiro o conceito de “afetação” para, em seguida, traçar considerações sobre o “patrimônio de afetação”. Afetar, esclarece o autor, é conectar certo conjunto de bens e direitos para responder por uma obra específica, um empreendimento determinado realizado pelo titular, dentre vários executados simultaneamente.

O autor enfatiza que a existência de um patrimônio de afetação não é a criação de uma entidade *sui generis*, mas um objeto e não um sujeito; e que continua sob a posse, o domínio e a administração de seu titular, mas deverá obedecer a regras específicas por ter se vinculado como uma espécie de garantia aos credores:

Afetação tem o significado de justamente prender ou ligar um patrimônio a um empreendimento, a uma obrigação, a um compromisso, não se liberando enquanto perdura a relação criada entre aquele que se obriga e os credores da obrigação. Ao mesmo tempo em que se estabelece a vinculação ao cumprimento de uma obrigação, decorre a segregação não propriamente da titularidade de uma pessoa, mas da sua livre disponibilidade, de seu uso ou posse. Daí se depreender que não se opera a desvinculação do domínio da pessoa do incorporador, e muito menos se dá a criação de uma personalidade a esse patrimônio. Condiciona-se, todavia, o exercício dos poderes emanados da propriedade ao cumprimento das obrigações econômicas e fiscais da incorporação⁴⁵.

⁴³ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006, p. 507.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 276.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985400/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 392.

Por fim, ao conceituar o patrimônio de afetação, Arnaldo Rizzardo esclarece que a segregação patrimonial impedirá que credores de certas obras exerçam seus direitos sob os bens afetados para outras obras: “De grande relevância outro propósito da afetação, que é tornar o acervo da incorporação imune aos credores cujos créditos não se encontram vinculados ao empreendimento, ou em que as dívidas do incorporador não tiveram origem na sua implantação”⁴⁶.

A apresentação prévia, sem o escopo de esgotar o assunto, de algumas situações legais que abordam a separação patrimonial contribuirá para a compreensão da utilidade e do próprio funcionamento do patrimônio de afetação.

Após esta breve apresentação fática, apresentam-se agora aspectos essenciais do instituto para melhor compreensão do seu conceito. Em relação ao seu funcionamento, criação e extinção, especialmente quanto às incorporações imobiliárias, a análise será aprofundada oportunamente. Abaixo, alguma das características envolvendo patrimônios separados previstos em lei.

2.3.1 Herança

Milena Donato Oliva destaca que a herança é uma universalidade de direito que, entretanto, convive separadamente com o patrimônio de cada sucessor: “Portanto, a herança constitui patrimônio separado de titularidade dos herdeiros que não se confunde com o patrimônio geral destes”⁴⁷.

Gustavo Tepedino, ao conceituar herança, enfatiza tratar-se também de um patrimônio, com a característica da universalidade, que, portanto, deverá ficar apartada do patrimônio individual de cada herdeiro, até ser incorporado a ele. Isso porque, em razão do princípio da saisine, segundo o qual a morte opera automática transferência da herança aos seus sucessores (art. 1.784 do Código Civil), há um lapso temporal entre a abertura da sucessão, com a morte do falecido e a disposição legal de imediata transmissão dos bens aos herdeiros, e sua efetiva transmissão e incorporação ao patrimônio dos beneficiados. Durante esse lapso temporal, os bens são efetivamente levantados, as dívidas são pagas e os sucessores são chamados a receber ou renunciar à herança. Neste período, portanto, o patrimônio do herdeiro possui uma

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985400/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 393.

⁴⁷ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 289-290.

separação: além dos seus bens, os bens herdados estarão provisoriamente destacados e isso constituirá um patrimônio separado.

Segundo Orlando Gomes, o princípio da *saisine* tem origem no direito francês. Trata-se de uma invenção legal para fixar o momento exato em que um bem desloca-se do patrimônio da pessoa morta, que não possui mais personalidade e, portanto, não pode ser sujeito de direitos, para outra pessoa, já que os bens não poderiam ficar sem donos.

Além da herança, temos na falência outro exemplo de patrimônio separado, sujeito à consecução de uma finalidade.

2.3.2 Falência

Na falência, o falido perde a posse e a administração de seus bens suscetíveis de expropriação. O patrimônio, traduzido pela massa falida, submete-se a regras próprias, condizentes com a afetação. Segundo Rubens Requião, “o desapossamento ocorre por força de lei, o que constitui o patrimônio do falido em patrimônio comercial separado, afeto ao pagamento de seus credores”.⁴⁸ Milena Donato cita Trajano de Miranda Valverde, para indicar que o patrimônio autônomo não significa patrimônio sem dono, mas o complexo dos direitos e obrigações especialmente separados pela lei, para a consecução de determinado fim. O falido continua a ser o sujeito desse patrimônio, isto é, o titular ativo ou passivo, das relações jurídicas que o formam. Não perde a propriedade dos bens, nem se exime das obrigações assumidas, mesmo das que não forem legitimamente reconhecidas no concurso de credores⁴⁹.

Desse modo, o falido é titular da massa falida, mas não tem o poder de representá-la. Esta tarefa caberá ao administrador judicial, que deve exercê-lo segundo as finalidades da afetação.

Fábio Bellote Gomes constata que essa separação patrimonial é tão essencial para o procedimento da falência que a massa falida é vista por ele como um “ente jurídico”. Esta universalidade de direito, que é o patrimônio, destacada de uma outra universalidade de direito do falido, é o núcleo que viabiliza a realização do direito falimentar:

⁴⁸ Rubens Requião *apud* OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 293.

⁴⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Atual. J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. In: OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 294.

A massa falida afigura-se como um ente jurídico, de existência temporária, destinado a reunir juridicamente, durante o processo de falência, os bens de propriedade do falido, caracterizando-se como uma universalidade de direito, na medida em que pode ser sujeito de direitos e deveres na esfera jurídica⁵⁰.

Por fim, Milena Donato Oliva sintetiza estas ideias de forma simples e completa, ao destacar os pontos essenciais sobre a ideia de separação patrimonial na falência da seguinte forma: “O falido, embora não perca a propriedade dos bens com a decretação da falência, perde a disponibilidade e a administração sobre estes, que formam patrimônio apartado, sujeito a regime jurídico específico, com vistas à satisfação, na medida do possível, dos credores”⁵¹.

2.3.3 Securitização de créditos imobiliários

A securitização de créditos imobiliários também possui regulamentação específica que, visando à proteção dos investidores, separa o patrimônio da sociedade securitizadora dos patrimônios das operações, apesar de todos ficarem sob a sua administração.

Conforme ensina Melhim Namen Chalhub:

A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual uma companhia securitizadora emite títulos lastreados em créditos imobiliários de que seja titular e os coloca no mercado. [...] A operação se desenvolve em três momentos principais, a saber: [...] o titular de direitos creditórios oriundos da comercialização de imóveis [...] cede-os a uma companhia securitizadora; no segundo momento, a securitizadora emite títulos em correspondência a esses créditos; no terceiro momento, a securitizadora vende esses títulos no mercado⁵².

A securitização de recebíveis imobiliários foi criada pela Lei n. 9.514/1997 e representou um significativo avanço na regulamentação do mercado brasileiro de financiamentos, trazendo várias inovações. Criou o Sistema de Financiamento Imobiliário (“SFI”), a alienação fiduciária de bens imóveis e a securitização imobiliária.

Surgiram nesse momento as companhias securitizadoras de créditos imobiliários, definidas como instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações, com a finalidade de adquirir e securitizar os créditos imobiliários, realizando a emissão e colocação, no mercado financeiro, de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI),

⁵⁰ GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Barueri: Manole, 2007, p. 277.

⁵¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 290-291.

⁵² CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 296.

caracterizados como títulos de crédito nominativos, de livre negociação, lastreados em créditos imobiliários, que constituem promessa de pagamento em dinheiro.

O registro das companhias securitizadoras de crédito imobiliário, assim como a oferta pública de distribuição de Certificados de Recebíveis Imobiliários é regulada pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 414/2004, já que os CRI foram classificados como valores mobiliários pelo Conselho Monetário Nacional, reclamando a regulamentação e a supervisão da CVM, conforme previsto na Lei n. 6.385/1976.

A Lei n. 9.514/1997 prevê a possibilidade de instituição de regime fiduciário na emissão dos CRI, apartando tais créditos imobiliários do patrimônio geral da securitizadora, e estabelecendo que os créditos só respondem pelas obrigações daquela emissão de CRI, estando isentos de qualquer outra ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora. De se notar que a instituição do regime fiduciário, e, portanto, a constituição de patrimônio separado, é uma faculdade da securitizadora. Entretanto, na prática, é rara e fora das práticas do mercado a emissão de CRI sem regime fiduciário.

A securitizadora não responde pela solvência dos créditos imobiliários vinculados à emissão dos CRI, exceto se convencionado de forma contrária, o que na prática também não é comum.

O patrimônio separado das securitizadoras aparta os créditos imobiliários de uma determinada emissão de CRI do patrimônio geral da securitizadora, que deve manter demonstrações contábeis e contas correntes segregadas para cada emissão de CRI sujeito a regime fiduciário e, portanto, ao patrimônio separado.

A Lei n. 9.514/1997 estabelece que os créditos objeto do regime fiduciário: i) constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora; ii) manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os CRI a que estejam afetados; iii) destinam-se exclusivamente à liquidação dos CRI a que estiverem afetados, e ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais; iv) estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora; v) não são passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam e iv) só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados⁵³.

⁵³ Ressalvada a previsão contida no artigo 76 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

A Lei estabelece que as emissões de CRI com patrimônio separado devem contar com a atuação de um agente fiduciário, instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo Banco Central, a quem competirá zelar pelos interesses dos investidores dos CRI.

O agente fiduciário dos CRI deve atuar, no que for aplicável, conforme as mesmas atribuições dispostas no artigo 66 da Lei das S/A, para o agente fiduciário de debêntures, competindo-lhe adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos beneficiários, e à realização dos créditos afetados ao patrimônio separado, caso a companhia securitizadora não o faça, assim como exercer, na hipótese de insolvência da companhia securitizadora, a administração do patrimônio separado. O agente fiduciário tem, portanto, atribuições gerais de fiscalização das atividades desempenhadas pela securitizadora e atribuições excepcionais de gestão do patrimônio separado, em caso de falta da securitizadora, por inércia, má administração ou insolvência.

A criação da alienação fiduciária e da previsão de sua execução de forma extrajudicial foi um divisor de águas no mercado⁵⁴, tornando mais célere a satisfação do crédito imobiliário e incentivando a sua concessão, o que vai ao encontro da pretensão do legislador, deduzida na Exposição de Motivos da Lei n. 9.514/1997:

A análise da experiência de vários países mostra que o crescimento do financiamento habitacional está intimamente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, liberdade na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário dinâmico, capaz de canalizar recursos de longo prazo.

A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual créditos imobiliários são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, os CRI, mediante termo de securitização de créditos lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os elementos caracterizadores dos créditos imobiliários, tais como a identificação do devedor, o valor nominal de cada crédito, a individuação do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do cartório de registro de imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula.

A operação de securitização inicia-se com a cessão dos créditos imobiliários a uma companhia securitizadora, que posteriormente vinculará esses créditos a uma emissão de CRI. O investidor do CRI, ou seja, o adquirente desses títulos, será pago com os recursos advindos dos créditos imobiliários que lastrearem aquela emissão. Os créditos imobiliários, embora

⁵⁴ AMARAL, Fernanda Costa Neves do; ROCHA, Mauro Antonio (coord.). **Alienação fiduciária de bem imóvel** – 20 anos da Lei n. 9.514/97: São Paulo, aspectos polêmicos. Não extinção legal da dívida após o segundo leilão negativo do imóvel. São Paulo: Lepanto, 2018.

vinculados à emissão dos CRI, continuam a pertencer à securitizadora. Logo, os pagamentos realizados pelos devedores, apesar de ingressarem no patrimônio da securitizadora, isto é, em suas contas, não são valores que lhe pertencem, mas pertencem aos titulares do CRI e devem ser a eles repassados. Por essa razão, não podem ser utilizados por credores da securitizadora para satisfação de dívidas próprias daquela, já que na realidade esse montante não lhe pertence.

Assim, a legislação determinou a separação patrimonial com destaque entre os bens da securitizadora e os bens das operações de CRI. O patrimônio separado na securitização de crédito é essencial para conferir segurança aos investidores por saberem que os seus créditos não pertencem ao patrimônio próprio da securitizadora e não responderão por suas dívidas.

É neste sentido que Melhim Namem Chalhub destaca: “Importante fator de segurança para os investidores é a segregação dos créditos que lastreiam os títulos, o que se faz mediante a constituição de um patrimônio de afetação dentro do patrimônio da companhia securitizadora”⁵⁵.

Observa-se que os investidores não objetivam assumir riscos que pertencem à securitizadora, assim, a separação patrimonial conferirá a devida proteção ao patrimônio, para determinar o que é da securitizadora e o que é patrimônio separado. Neste exemplo, a separação patrimonial é uma figura clara, que conta com regras especiais a demonstrarem sua importância.

O objetivo é justamente oferecer segurança jurídica aos que possuem direitos creditícios inseridos no patrimônio separado. Ao final, Everaldo Augusto Cambler esclarece sobre o procedimento da incomunicabilidade de bens e direitos. Segundo o autor, a constituição de um patrimônio em apartado resulta na incomunicabilidade dos bens e direitos objeto da fidúcia com o ativo da companhia securitizadora, estando isentos de qualquer ação ou execução por credores da companhia securitizadora e não sendo passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer desses credores, por mais privilegiados que sejam, somente respondendo os ativos que constituem o patrimônio separado pelas obrigações inerentes aos títulos dele integrantes. Uma vez satisfeitos os créditos dos adquirentes, cessa a fidúcia, reintegrando-se automaticamente ao patrimônio comum da companhia securitizadora os créditos que sobejarem⁵⁶.

No entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, não há razão para romper com a concepção da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a ideia de poderem existir, no

⁵⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 298.

⁵⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto. O sistema financeiro imobiliário e a execução extrajudicial no âmbito da Lei n. 9.514/1997. In: AMORIM, José Roberto Neves (coord.). **Direito imobiliário**: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 184.

patrimônio, massas de bens objetivamente considerados⁵⁷. Por isso, ao se afirmar que o patrimônio de afetação é autônomo, não se significa dizer que há uma cisão para criar um patrimônio, distinto do patrimônio do titular, mas, sim, a atribuição de uma autonomia funcional por causa da destinação desses bens. Desse modo, seria comum aos patrimônios de afetação que, após cumprida a sua finalidade, os bens afetados retornassem ao patrimônio geral do titular.

Assim como ocorre no patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, no caso da securitização imobiliária, não se trata de propriedade fiduciária da securitizadora. Os direitos creditórios adquiridos pela securitizadora para lastrear os certificados são adquiridos em caráter pleno. É facultado à securitizadora segregá-los de seu patrimônio, diante da instituição de regime fiduciário o qual, após extinto pela liquidação das obrigações do CRI, voltam a pertencer à securitizadora⁵⁸.

2.3.4 Fundos de Investimento Imobiliário

Os fundos de investimento imobiliário, criados pela Lei n. 8.668/1993 (“FII”), também configuram exemplos de patrimônio separado, já que o administrador do FII detém os ativos integrantes do patrimônio do fundo, de forma segregada de seus bens próprios.

Melhim Namem Chalhub ensina⁵⁹ que as disposições precursoras atinentes à constituição dos fundos de investimento em geral, isto é, os artigos 49 e 50 da Lei n. 4.728/1965⁶⁰, não explicitam a configuração peculiar desse patrimônio, aludindo apenas à constituição de condomínios para a formação dos fundos e à segregação da contabilidade desses fundos, atribuindo competência ao Conselho Monetário Nacional (“CMN”) para regulamentar essa atividade⁶¹. Na regulamentação do CMN é que se encontrarão com minúcias a explicitação quanto à segregação patrimonial dos recursos dos fundos de investimento imobiliário em geral.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 251.

⁵⁸ Diante dessa circunstância, em operações de securitização imobiliária, o que sobejar da arrecadação dos créditos imobiliários, após o resgate dos CRI, pertencerá à Securitizadora, ou aos investidores, conforme dispuser o termo de securitização. Usualmente, em operações de securitização que tenham classes diferentes de CRI, sujeitas à subordinação, o sobejo da arrecadação é destinado aos investidores detentores da série subordinada, como uma espécie de prêmio.

⁵⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 87.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

⁶¹ BRASIL. Lei n. 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Disciplina o mercado de valores mobiliários, criou a Comissão de Valores Mobiliários, que passou a regulamentar os fundos de investimento.

O FII é o único fundo de investimento dotado de lei própria, além da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários, promulgada com o objetivo de fomentar as operações imobiliárias, conforme se denota de sua exposição de motivos⁶².

Por faltar personalidade jurídica aos FII, a Lei n. 8.668/1993 atribui ao administrador do fundo, que deve ser uma instituição financeira, a atribuição de deter a propriedade dos ativos integrantes do patrimônio do fundo, nos termos do artigo 6º. Estabelece que, conforme rege o art. 7º, estes bens e direitos não se comunicam com o patrimônio da administradora e não respondem direta ou indiretamente por suas obrigações, não podem ser dados em garantia de seus débitos, ou responderem pela execução de débitos da administradora, vedada a constituição de quaisquer ônus reais. Estabelece, explicitamente, a separação do patrimônio próprio do fundo do patrimônio composto por bens titularizados pela instituição administradora.

Além da Lei n. 8.668/1993, os FII são regulamentados pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 472/2008, (“ICVM 472”), que “dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário”.

Entretanto, diversamente de outros exemplos de patrimônios, nos fundos de investimento imobiliário não há uma divisão funcional entre o patrimônio do Fundo, segregado, e os bens próprios do administrador, ou bens de outros fundos administrados pela administradora. A funcionalidade aqui referida é aquela típica dos patrimônios separados, ou seja, que permite o retorno dos bens segregados ao patrimônio geral do titular após cumprida a sua finalidade.

No caso dos FII, a segregação patrimonial persistirá enquanto o fundo estiver em funcionamento; mesmo após a liquidação do FII, não remanescerá qualquer direito ou ativo ao administrador em relação aos bens segregados, já que a liquidação do fundo implica a liquidação da totalidade de seu patrimônio.

Além da segregação patrimonial, o caso dos FII representa clássico exemplo de propriedade fiduciária, detida em confiança (a fidúcia) dos cotistas do Fundo, nos limites da Lei n. 8.668/1993 e a ICVM 472. Assemelha-se ao *trust* do direito anglo-saxão.

A propriedade fiduciária dos bens integrantes do patrimônio do Fundo de investimento imobiliário poderá ser transferida a um outro administrador, em caso de sua renúncia,

⁶² Dossiê digitalizado da Lei n. 8.668/1993, que contém a sua exposição de motivos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0h1nvjvks6ff81ebfkul3dbg7a19287351.node0?codteor=1139600&filename=Dossie+-PL+2204/1991. Acesso em: 20 ago. 2021.

destituição pelos cotistas ou liquidação, hipótese em que a propriedade dos bens deverá ser transmitida ao novo administrador eleito pelos cotistas ou indicado pela CVM, sem que tal transferência de propriedade implique fato gerador do imposto de transmissão de bens inter vivos (“ITBI”), conforme previsto na regulamentação⁶³.

2.3.5 Letras Imobiliárias Garantidas

As Letras Imobiliárias Garantidas (“LIG”), criadas pela Lei n. 13.097/2015 e regulamentadas pela Resolução do Brasil Central do Brasil n. 4.598/2017 também contam com a previsão de constituição de patrimônio separado, mediante o qual os créditos que lastreiam esses títulos devem ser submetidos a regime fiduciário, respondendo apenas por dívidas daquela emissão, de acordo com os arts. 69 e 70.

As LIG devem ser emitidas por instituições financeiras, de forma escritural, com lastro, predominantemente (80%) em créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou alienação fiduciária de bens imóveis.

Assim como nos CRI, a LIG deve contar com um agente fiduciário, para representar a comunhão de titulares da LIG, monitorando a atuação da instituição emissora na administração da carteira de ativos, podendo adotar as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias à defesa dos interesses dos investidores titulares, convocar a assembleia geral dos investidores titulares de LIG e exercer a administração da carteira de ativos na hipótese de decretação de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência da instituição emissora.

2.3.6 Patrimônio rural em afetação

A Lei n. 13.986/2020 introduziu no ordenamento jurídico o patrimônio rural em afetação, por meio do qual o proprietário de imóvel rural, pessoa natural ou jurídica, poderá afetá-lo, no todo ou em parte, exclusivamente, para fins de garantir a emissão de Cédula de Produto Rural (CPR), de que trata a Lei n. 8.929/1994, ou Cédula Imobiliária Rural (CIR).

Integrarão o patrimônio afetado do imóvel rural, além do terreno, as acessões e as benfeitorias existentes no imóvel rural, com exceção das lavouras, e naturalmente dos bens móveis e semoventes. É vedada a constituição de patrimônio rural em afetação de imóvel já gravado por qualquer ônus real ou registro de citações de ações reais ou pessoais

⁶³ BRASIL. Lei n. 8.668/1993, art. 11, § 3º.

reipersecutórias, averbações de constrição judicial, de execuções ajuizadas, restrição administrativa, convencional ao gozo de direitos registrados, ou de indisponibilidade.

Não podem ser submetidos ao patrimônio de afetação rural: i) as pequenas propriedades rurais, menores que quatro módulos fiscais; ii) a área de tamanho inferior ao módulo rural ou fração mínima de parcelamento e iii) o bem de família. A solicitação de instituição de patrimônio de afetação rural poderá ser feita pelo proprietário ao registrador imobiliário.

Constituído o patrimônio de afetação rural, os bens e os direitos integrantes do patrimônio rural em afetação não se comunicam com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do proprietário ou de outros patrimônios rurais em afetação por ele constituídos, desde que esteja vinculado a CIR ou a CPR, nos limites e extensão das garantias expressas nas respectivas CIR e CPR.

Enquanto o imóvel rural estiver sujeito ao regime de afetação, não poderá ser objeto de qualquer garantia real, ou garantir qualquer outra obrigação do proprietário, exceto por emissão de CIR ou de CPR, e não poderá ser objeto de compra e venda, doação, parcelamento ou qualquer outro ato translativo de propriedade por iniciativa do proprietário.

O imóvel rural submetido a patrimônio de afetação é impenhorável e não poderá ser objeto de constrição judicial. Esses imóveis não são atingidos pelos efeitos da decretação de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário de imóvel rural, não integram a massa concursal, ressalvadas apenas as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais do proprietário rural.

O cancelamento da afetação do imóvel rural, ou de sua fração, deverá ser averbada na matrícula do imóvel a requerimento do proprietário, mediante comprovação da inexistência de CIR e de CPR sobre o patrimônio a ser desafetado.

2.3.6.1 Cédula Imobiliária Rural (CIR)

A Cédula Imobiliária Rural, instituída pela Lei n. 13.986/2020, é um título de crédito nominativo, transferível e de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro decorrente de operação de crédito de qualquer modalidade, que constitui obrigação de entregar, em favor do credor, bem imóvel rural vinculado ao patrimônio rural em afetação, vinculado à operação de crédito.

O produtor rural contrata a operação de crédito e, em garantia do seu adimplemento, emite uma cédula imobiliária rural, que formaliza a obrigação de entregar o imóvel rural cujo patrimônio tenha sido afetado especialmente para a garantia daquela operação.

A Cédula Imobiliária Rural e o patrimônio rural foram medidas criadas conjuntamente para fomentar o crédito para o agronegócio, especialmente para o produtor rural, pessoa física ou jurídica. Ao criar a possibilidade de afetação de imóvel rural, no todo ou em parte, o legislador procurou atender a demanda do mercado do agronegócio por segurança jurídica, daí a previsão de constituição do patrimônio de afetação. A possibilidade de afetação do patrimônio somente sobre parte do imóvel resolve uma questão fática dos imóveis rurais que, muitas vezes já se encontravam onerados em sua integralidade, em outras operações de crédito, que por vezes tinham excesso de garantia, restringindo possibilidades de constituição de garantia real para outras operações.

A CIR pode ser emitida de forma escritural, e depositada em entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil a exercer a atividade de registro ou depósito centralizado de ativos financeiros e de valores mobiliários. A negociação da CIR escritural somente poderá ser feita nos mercados regulamentados de valores mobiliários⁶⁴.

A CIR também poderá ser garantida por terceiros, inclusive por instituição financeira ou seguradora. É título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao valor nela indicado ou ao saldo devedor da operação de crédito que representa, devendo conter, além de outros requisitos indicados na lei, a autorização irretratável para que o oficial de registro de imóveis processe, em favor do credor, o registro de transmissão da propriedade do imóvel rural, ou da fração, constituinte do patrimônio rural em afetação vinculado à CIR.

O proprietário do imóvel rural afetado poderá utilizar o imóvel rural objeto do patrimônio rural em afetação, conforme a sua destinação, e deverá empregar, na sua guarda, a diligência exigida por sua natureza.

Vencida e não paga a CIR, o credor poderá exercer de imediato o direito à transferência, para sua titularidade, do registro da propriedade da área rural que constitui o patrimônio rural no cartório de registro de imóveis correspondente, aplicando-se o mesmo procedimento previsto nos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 para a execução extrajudicial da alienação fiduciária de bens imóveis. Ressalva-se que se o valor do imóvel obtido no segundo leilão não for suficiente para a quitação total da dívida e dos seus encargos, o devedor continuará obrigado pelo saldo, que poderá ser cobrado em ação executiva, não se aplicando a quitação da dívida prevista na Lei n. 9.514/1997.

⁶⁴ Atualmente, a B3 – Bolsa, Brasil, Balcão.

2.3.7 Patrimônios separados dos fundos de investimento em geral

A Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) promoveu algumas alterações inovadoras, dentre elas uma que importa especialmente aos patrimônios separados. Além de incluir os fundos de investimentos no Código Civil, foi prevista a possibilidade de criação de patrimônios separados, dentro de um mesmo fundo, vinculados a classes de cotas distintas, conforme o artigo 1.368-C do Código Civil.

A implementação da medida depende de regulamentação da CVM, que colocou em audiência pública uma proposta de nova regulamentação geral para os fundos de investimento⁶⁵, facultando, em linha com a permissão veiculada pela Lei da Liberdade Econômica, a possibilidade de criação de patrimônios separados em fundos de investimentos, vinculados a classes de cotas distintas, com direitos e responsabilidades delimitados.

Desse modo, segundo a proposta, a CVM buscou trazer um conjunto de medidas mínimas para assegurar a segurança jurídica e proteção aos investidores quanto à efetiva segregação patrimonial entre as classes, prevendo que: (i) cada patrimônio segregado responderá somente por obrigações de sua respectiva classe de cotas; e (ii) cada patrimônio segregado deve ter escrituração contábil e demonstrações financeiras próprias, sujeitas à auditoria independente.

Para o resguardo do interesse de terceiros, e dos próprios investidores beneficiados pelo regime de afetação, é necessário dar visibilidade a esses patrimônios⁶⁶. Na proposta da CVM, a publicidade poderá ser atendida por meio da previsão no regulamento dos fundos e nas demonstrações contábeis, separadas, de cada um dos patrimônios segregados.

Os exemplos expostos demonstram que a aceitação legal de separação do patrimônio é prevista e regulamentada por lei em situações específicas que são melhor administráveis se o patrimônio for destacado, ao invés de encarado como uma unidade indivisível. Em todos os exemplos, além da administração pelo próprio instituidor do patrimônio separado, como medida de manutenção da segurança jurídica, a lei atribui a um terceiro a possibilidade de assumir a administração do patrimônio separado em determinados casos, normalmente associados a situações faltosas do seu instituidor.

⁶⁵ A proposta de regulamentação da CVM para os fundos de investimento foi veiculada pela Audiência Pública SDM 08/2008. CVM. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2020/sdm0820.html. Acesso em: 09 jun. 2021. Até a data de elaboração deste trabalho, não havia sido divulgada a nova regulamentação, ou o resultado das manifestações recebidas na Audiência Pública.

⁶⁶ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 67.

Patrimônio de afetação significa, portanto, separar em partes o patrimônio titularizado por uma pessoa. Como visto, durante o desenvolvimento da teoria do patrimônio, a doutrina afirmou por extenso período que o patrimônio era o reflexo da personalidade, portanto, cada pessoa poderia possuir apenas um único reflexo, ou seja, um patrimônio.

Entretanto, em continuidade, verificamos que as evoluções dos vínculos jurídicos exigiram novos entendimentos sobre a unidade e indivisibilidade do patrimônio, eis que situações fáticas já regulamentadas previam, ainda que indiretamente, a segregação do patrimônio.

Assim, cada vez mais surgem situações específicas que pedem tratamento legal prevendo a segregação patrimonial. Como figura excepcional, depende de regulamentação por lei, seja de forma expressa com a utilização de termos específicos, seja em razão da consequência advinda pelo tratamento conferido aos bens do titular.

O patrimônio de afetação, neste sentido, foi criado para as incorporações imobiliárias com o objetivo de proteger os adquirentes, fornecedores e financiadores de unidades em construção e segregar, dentro do patrimônio do incorporador, bens e direitos que responderiam por cada uma das obras realizadas. Surgiu, essencialmente, em razão da mencionada crise causada pela Encol na década de 1990.

Conforme a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, a norma surge para regular um fato ao qual a sociedade detecta certo valor e espera por uma regulamentação para viabilizar o adequado convívio social:

A correlação entre aqueles três elementos [fato, valor e norma] é de natureza funcional e dialética, dada a implicação-polaridade existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)⁶⁷.

A partir de então, o esforço legislativo se direcionou para criar um instituto que permitisse ao incorporador destacar dentro do seu patrimônio o conjunto de bens e de direitos que poderiam ser utilizados pelos credores de cada obra em caso de execução ou durante um processo de falência.

O patrimônio de afetação é, portanto, a separação de bens e de direitos dentro da universalidade que pertence ao titular para responder por certas obrigações determinadas, a elas vinculadas.

⁶⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

A seguir, adentra-se, mais especificamente, no estudo do patrimônio de afetação das incorporadoras imobiliárias, objeto foco desta dissertação. Destaque-se que a seção será voltada a, inicialmente, apresentar o conceito do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, enquanto o seu tratamento legal, as formas de criação e de extinção, as características das incorporações imobiliárias, e a análise no contexto de uma recuperação judicial serão desenvolvidos posteriormente.

2.4 Patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias

Em reportagem publicada pelo jornal *Folha de S. Paulo*, em 10 de janeiro de 1999, é possível sentir a aflição e o medo daqueles que tinham adquirido unidades em construção da empresa em iminência de falir e da incerteza em relação à recuperação dos valores já pagos:

Os compradores de imóveis da construtora Encol que ainda não receberam a escritura de seus apartamentos têm de correr contra o tempo. Isso porque a formalização do decreto de falência da empresa está prevista para ocorrer a partir de fevereiro. Se a falência for decretada pelo juiz Avenir Passos de Oliveira, da Vara de Falências e Concordatas de Goiânia – que está em férias até o início de fevereiro –, as unidades ainda sem escritura provavelmente serão catalogadas como patrimônio da empresa. Isso significa que podem ser usadas para quitar a dívida da construtora⁶⁸.

Conforme apurado pela reportagem, em 1997, a sociedade Encol havia deixado cerca de 42 mil mutuários sem receber seus imóveis e o inadimplemento no então processo de concordata culminaria na decretação da falência da empresa e na baixa probabilidade dos adquirentes reaverem os valores pagos⁶⁹.

O fato ensejou debates legislativos em razão da constatação da inexistência de suporte legal aos adquirentes e demais credores em caso de falência da construtora durante o curso da execução das obras. Uma vez que o patrimônio era insuficiente para pagar todas as dívidas, os credores – como instituições financeiras – com certas garantias (como garantias reais), tinham o privilégio de se colocarem no início da fila para ressarcimento, enquanto a maioria dos mutuários permaneceu desamparada e suportou o dano sem indenização.

⁶⁸ CASO ENCOL. Imóveis quitados pelos compradores, mas sem escritura, podem ser inventariados como patrimônio da empresa. Falência traz risco para ex-mutuários. **Folha de S. Paulo**. Publicado em: 10 jan. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/imoveis/ci10019907.htm>. Acesso em: 2 jul. 2021.

⁶⁹ CASO ENCOL. Imóveis quitados pelos compradores, mas sem escritura, podem ser inventariados como patrimônio da empresa. Falência traz risco para ex-mutuários. **Folha de S. Paulo**. Publicado em: 10 jan. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/imoveis/ci10019907.htm>. Acesso em: 2 jul. 2021.

A queda acentuada na aquisição de imóveis em construção somada à demora do Poder Legislativo de iniciar a normatização ensejou a edição da Medida Provisória n. 2.221/2001 pelo Poder Executivo, para inserir na Lei n. 4.591/1964, o “patrimônio de afetação”.

A Lei n. 4.591/1964, por sua vez, teve origem no anteprojeto apresentado por Caio Mário da Silva Pereira, em 1959, durante o regime militar, em razão da crescente preocupação em regulamentar o papel da incorporadora na comercialização de unidades imobiliárias⁷⁰.

Já a ideia de afetação patrimonial foi pensada por Melhim Namem Chalhub e apresentada ao Instituto dos Advogados Brasileiros em 1999, quando foi aprovada, além de ser aproveitada em quatro projetos de lei que tramitavam enquanto a Medida Provisória foi editada⁷¹. Na Câmara dos Deputados, tramitavam os Projetos de Lei n. 2.109/1999, 3.455/2000, 3.751/2000 e 1.150/2003.

Inicialmente pensado para que cada incorporação se constituísse com um patrimônio de afetação, e com caráter obrigatório, a Medida Provisória trouxe o instituto de outra forma, com a facultatividade de sua implementação e regime de separação patrimonial dentro do conjunto⁷².

2.4.1 Evolução histórica

A existência de problemas graves durante a execução de obras viabilizava fraudes e dificultava a indenização de pequenos adquirentes, tema que chamou atenção de Arnaldo Rizzardo:

Eram constantes as fraudes praticadas pelos que promoviam a construção de prédios para a finalidade de vender os apartamentos ou demais unidades que os constituíam, pois lançavam os projetos de edifícios, faziam a venda das unidades, arrecadando os valores pagos a título de entrada, bem como as prestações iniciais, e até mesmo considerável parcela do preço, e desapareciam, abandonando as obras recém-iniciadas. Os investidores ficavam sem garantia, e não tinham onde buscar o ressarcimento. Vários foram os exemplos, na história das incorporações, de verdadeiras derrocadas de empreendimentos imobiliários, perdendo os investidores os valores que haviam pago a título de pagamento de futuras unidades habitacionais, compradas quando apenas planejadas ou em construção.

⁷⁰ Sobre o assunto, Caio Mário da Silva Pereira traz na introdução de sua obra “Condomínio e Incorporações” a apresentação cronológica de acontecimentos sobre a propriedade, o papel do incorporador e a criação da Lei 4.591/64, que surge para regulamentar esse nicho de atuação. Ver também: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 360.

⁷² RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 361.

Acontecimentos de grande impacto e comoção social, de falência ou quebra de incorporadoras acarretaram inúmeros prejuízos sociais e econômicos, sendo exemplo a decretação da falência da Encol S.A. Engenharia, Indústria e Comércio, em março de 1999.

Muitas construtoras, de grande porte, mas de pouca visibilidade interna, às vezes escondem uma situação incerta, sendo enganosa a exterioridade que ostentam, especialmente em suas transações imobiliárias⁷³.

A existência de uma previsão legal, que regulamentasse adequadamente o assunto, surgiu em 2004, por meio de alterações na Lei n. 4.591/1964 para responsabilizar as incorporadoras. É o que esclarece Caio Mário da Silva Pereira:

A lacuna só veio a ser preenchida, em parte, em 2004, pelo art. 53 da Lei n. 10.931/2004, pela qual foram acrescentados à Lei n. 4.591/1964 os arts. 31-A a 31-F, que regulamentam a afetação patrimonial da incorporação imobiliária, pela qual os bens, direitos e obrigações correspondentes ao empreendimento constituem um núcleo patrimonial separado no patrimônio da empresa incorporadora e ali permanecem segregados até a conclusão, entrega do edifício, registrados os títulos aquisitivos em nome dos adquirentes e resgatado o financiamento da construção⁷⁴.

O autor prossegue destacando a origem da lei ao afirmar que coube ao Instituto dos Advogados Brasileiros apresentar o anteprojeto:

Com base nesses pressupostos, o Instituto dos Advogados Brasileiros aprovou anteprojeto de lei que qualifica o acervo de cada incorporação imobiliária como um patrimônio de afetação; o anteprojeto foi encaminhado pelo IAB às autoridades competentes do Poder Executivo e a parlamentares, tendo sido reproduzido em quatro Projetos de Lei da Câmara e convertido, com alterações, na Lei n. 10.931/2004, cujo art. 53 acrescenta os arts. 31-A a 31-F à Lei n. 4.591/1964⁷⁵.

A repercussão da lei é inegável e sua importância bastante enaltecida pelos doutrinadores, apesar das críticas a ela dirigidas. Hercules Aghiarian enfatiza que a criação do patrimônio de afetação introduzido pela Medida Provisória n. 2.221 objetivava proteger os adquirentes, conforme se observa no trecho destacado:

⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edifício e incorporação imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985400/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 394.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 276.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 277.

Em 4.9.2001 foi criado pela MP n. 2.221 o Patrimônio de Afetação, quando foi alterada a Lei n. 4.591/64, para garantir a efetividade das incorporações imobiliárias, em proteção dos milhares de aderentes lesados ao longo de lamentáveis quebras empresariais do setor. Então nova figura de direito real de garantia destinava-se a estimular a constituição de reserva de bens a constituir um patrimônio autônomo ao do incorporador, objeto de garantia em favor dos promitentes compradores, tornado imune (esse patrimônio) à insolvência ou falência daqueles⁷⁶.

O patrimônio de afetação, foi então idealizado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e apresentado como anteprojeto de lei. Entretanto, no curso do processo legislativo, houve a edição da Medida Provisória n. 2.221/2001 que fez introduções com previsões diversas das constantes no anteprojeto, inserindo antecipadamente o instituto no direito brasileiro.

É inegável a importância da criação do patrimônio de afetação para o setor imobiliário. Disso decorre sua apresentação nesta pesquisa, com destaque, para melhor fundamentar a abordagem específica e detalhada do patrimônio de afetação das incorporadoras imobiliárias.

2.4.2 O setor imobiliário e as incorporações

O setor imobiliário desempenha papel especial e impactante na economia brasileira. Atento a isso, o Poder Legislativo produz normas para regular e incentivar a circulação de bens e serviços decorrentes de toda a complexa operação envolvendo a comercialização de unidades imobiliárias, desde o adquirente-consumidor, até os investidores que compõem fundos de investimentos e estruturas de securitização imobiliária, por exemplo.

O ramo imobiliário reflete rapidamente o desempenho da economia, com o aumento de construções e de comercializações de unidades ou, ao revés, a vacância de unidades e a desaceleração do mercado.

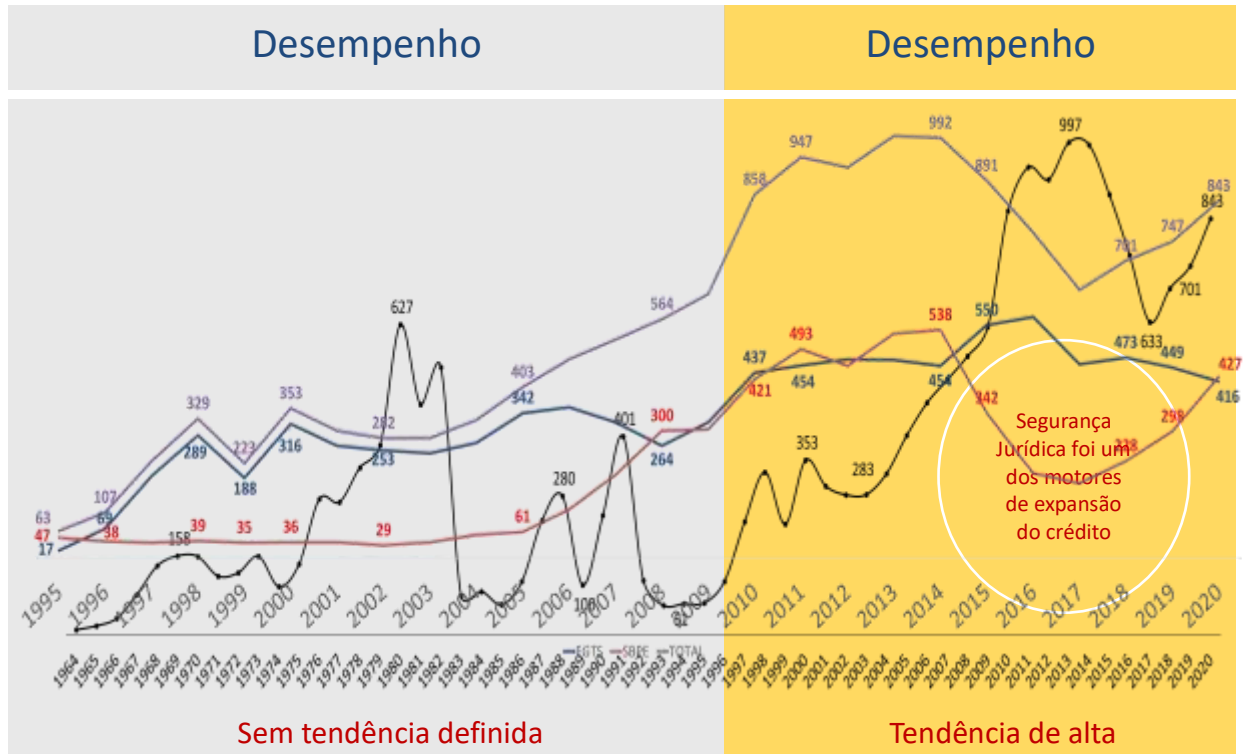
Estas situações se refletem, por exemplo, na atividade empresarial desenvolvida e podem ocasionar consequências opostas à esperada pela sociedade, ou seja, ao invés de haver mais interessados em fornecer unidades imobiliárias e participar da construção civil, pode ocorrer o encolhimento do setor, com a necessidade de aqueles que já estão no mercado precisarem se socorrer de institutos como a recuperação judicial para reorganizar dívidas e pagar credores.

A relação entre a solidez de garantias e sua liquidez impacta imediatamente o crescimento de negócios imobiliários. A criação da alienação fiduciária em garantia, por meio

⁷⁶ AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 02 nov. 2021, p. 301.

da Lei n. 9.514/1997, por exemplo, é prova cabal dessa afirmação, como demonstram os gráficos da Abecip abaixo reproduzidos:

Figura 1 - Imóveis Financiados pelo SBPE e FGTS - Unidades



Fontes: Abecip, Banco Central e Caixa Econômica Federal

O número de unidades imobiliárias financiadas é expressivo; em sua grande maioria, integram empreendimentos imobiliários cujas obras também foram financiadas. O círculo é virtuoso. O incremento no financiamento de obras aumenta a produção de unidades imobiliárias, fomenta o crédito, gera moradia, empregos, e todo o ciclo de negócios e insumos relacionados ao mercado imobiliário.

A criação de mecanismos mais seguros e juridicamente estáveis, além de baratear o custo de empréstimos e financeiros, incentiva a sua concessão por instituições financeiras e por veículos típicos do mercado de capitais, como fundos de investimento imobiliário e securitização de recebíveis imobiliários.

2.4.3 Incorporações imobiliárias

Pela relevância neste trabalho e visando melhor contextualizar o patrimônio de afetação das incorporadoras, é indispensável abordar o instituto da incorporação imobiliária, descrevendo sua origem no Brasil, importância social e econômica.

Segundo o relato de Mario Pazzutti Mezzari⁷⁷, o surgimento da propriedade horizontal no mundo ocorreu após a Primeira Guerra Mundial, que gerou na Europa uma nova situação nas cidades, diante da destruição causada por bombardeios, a demolição das casas e o êxodo rural de pessoas em busca de melhores condições de trabalho e segurança. Essa situação criou para o poder público a necessidade de estender a infraestrutura urbana a essas novas zonas. Nesse ambiente, surgiram os edifícios com mais de 10 andares, o que acomodava a questão habitacional, não gerava novas áreas urbanas e necessidade de infraestrutura adicional em países com a economia abalada, concentrando a população em espaços reduzidos. Políticos, economistas e legisladores iniciaram uma forte corrente a favor da propriedade por andares, por toda a parte.

Diante desse novo cenário, Caio Mário da Silva Pereira se posiciona:

Por toda parte, na verdade, e dentro de um período relativamente curto, a ponto de autorizar a afirmativa de uma ação simultânea, o legislador de vários países repensou a noção da divisão da coisa imóvel e cuidou de regulamentá-la. Em Portugal, o Dec-Lei n. 40.333, de 14 de outubro de 1955, regulou minuciosamente o condomínio de edifícios. Na Bélgica, a lei de 1924 modificou o Código Civil, no que diz respeito à copropriedade. Na França, a lei de 28 de junho de 1938 revogou o artigo do Código e instituiu novo regime para a propriedade em comum. Na Itália, a legislação de 1934 e 1935 disciplinou em termos modernos as relações entre condôminos, sobre casas, e novo Código Civil, arts. 1.117 e segs., determinou os princípios do condomínio nos edifícios. Na Espanha, o art. 396 do Código foi modificado pela lei de 1939, que ofereceu nova regulamentação à comunhão de bens, no tocante à propriedade dos diferentes andares de um edifício. Na Argentina, a lei de 1948 detidamente tratou da propriedade horizontal. O Chile o fez em 1937, o Uruguai em 1946, a Venezuela em 1957. Os Códigos mais modernos não deixaram de tratar do assunto. Além do italiano, de 1942, já mencionado, o mexicano, de 1928 (art. 951) alude à divisão por planos horizontais, o do Japão, § 208, fala da copropriedade e das partes comuns de edifícios. Já o Código Civil da China, de 1929-31, regulando a copropriedade necessária das partes de imóvel dividido em andares. O Código português de 1966 disciplina a propriedade horizontal nos arts. 1.414 e segs. (Pereira, 1977, p. 65-66)⁷⁸.

⁷⁷ Caio Mário da Silva Pereira *apud* MEZZARI, Mario Pazzuti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 16.

⁷⁸ MEZZARI, Mario Pazzuti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 17.

No Brasil, a regulamentação da propriedade em condomínio teve origem no Decreto n. 5.481/1928, que disciplinava a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares, dispondo em seu artigo 1º:

Art. 1º Os edificios de mais de cinco andares, construidos de cimento armado ou materia similar incombustivel, sob a fôrma de apartamentos isolados, entre si, contendo cada um, pelo menos, tres peças, e destinados a escriptorios ou residencia particular, poderão ser alienados no todo ou em parte objectivamente considerada, constituindo cada apartamento uma propriedade autonoma, sujeita ás limitações estabelecidas nesta lei. Paragrapho unico. Cada apartamento será assignalado por uma designação numerica, averbada no Registro de Immoveis, para os effeitos de identidade e discriminação.

O revogado Decreto n. 5.481 não trazia a figura do incorporador ou atribuição de quaisquer obrigações a respeito da construção do edifício (que só poderia ter mais de cinco andares...), ou outra disposição a respeito da responsabilidade quanto à entrega das unidades e suas condições físicas ou qualitativas. Da análise do decreto denota-se uma preocupação do legislador em regular a vida em condomínio, com disposições acerca da convivência em copropriedade, da administração do condomínio e da partilha de despesas comuns sem, entretanto, mencionar a obrigatoriedade de uma convenção de condomínio.

A venda de unidades imobiliárias integrantes de condomínio em construção, ou como popularmente conhecida: a venda de imóveis “na planta”, com a criação da figura do incorporador e da atribuição de suas obrigações, só foi regulada no Brasil a partir da Lei n. 4.591/1964.

Conforme relata Melhim Chalub⁷⁹, dada a inexistência de disciplina legal nesse sentido, no período imediatamente anterior à promulgação da Lei n. 4.591/1964, as pessoas que se dedicavam à atividade de construir e vender edificações atuavam livres de quaisquer limitações legais e realizavam negócios sem riscos, “nadando livremente neste mar sem controle”.

O anteprojeto original da Lei n. 4.591/1964, elaborado por Caio Mário da Silva Pereira foi, segundo Melhim Chalhub, formulado em termos aptos a equacionar por completo a atividade e a estruturação do contrato, privilegiando a boa-fé e o equilíbrio das relações obrigacionais, com importantes mecanismos de segurança para o negócio e, consequentemente, para os adquirentes, para compensar a sua posição contratual de vulnerabilidade.

A Lei n. 4.591/1964 conceituou como incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou

⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2.

conjunto de edificações compostas de unidades autônomas. A pretensão de comercialização das unidades antes da conclusão de suas obras, portanto, é o que reclama a disciplina da Lei n. 4.591/1964 no que diz respeito aos aspectos da incorporação.

O incorporador, conforme a Lei, será a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno, objetivando a vinculação dessas frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivar estas transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

A responsabilidade principal do incorporador é a entrega das unidades imobiliárias prontas e acabadas. Contudo, a conclusão da construção do imóvel não esgota a finalidade do negócio jurídico da incorporação, visto que o incorporador continua obrigado a promover a especialização do direito de propriedade, mediante o registro da instituição e especificação do condomínio, que será possível após a averbação da conclusão da construção, à vista da concessão do “habite-se” pela autoridade administrativa. Dessa forma, são dois atos registrais: a averbação da conclusão das obras do empreendimento, verificada pelo auto de conclusão (ou “habite-se”)⁸⁰, seguida do registro da instituição e especificação do condomínio, pelo qual serão criadas matrículas autônomas para cada uma das unidades que compõem o empreendimento objeto da incorporação imobiliárias, as comumente denominadas matrículas filhas.

A partir desses atos, a matrícula original do imóvel (a matrícula mãe) é encerrada, já que o imóvel passou a ter a configuração indicada no memorial de incorporação. Esse procedimento de individualização das unidades autônomas será mencionado mais adiante, quando abordado o financiamento imobiliário aos adquirentes das unidades e o mecanismo conhecido no mercado imobiliário como “repasse”.

O incorporador poderá ser i) o proprietário do terreno, ii) o promitente comprador, iii) o cessionário do promitente comprador, iv) o construtor, v) o corretor de imóveis ou, vi) o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo.

Para assegurar a exatidão das informações acerca das unidades comercializadas e a segurança da operação de venda do imóvel ainda em construção, a Lei n. 4.591/1964 determina que o incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no Registro de Imóveis competente pela jurisdição do imóvel, o Memorial de Incorporação, que

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 6.015/1973, Art. 167, II, § 4º.

deve ser acompanhado dos documentos elencados no artigo 32. Após analisá-los, o oficial registrador procederá, na matrícula do imóvel onde será erigido o empreendimento imobiliário, ao respectivo registro da incorporação.

Os documentos exigidos para o registro da incorporação demonstram o rigor da Lei n. 4.591/1964 com o nível de detalhamento das informações exigidas para o ato. Não somente as de cunho técnico, para informar as características físicas do empreendimento (projeto aprovado na Municipalidade, quadro de áreas, discriminação de frações ideais das unidades autônomas), as qualitativas (memorial descritivo de acabamentos), assim como informações para conferir eventuais contingências materializadas (certidões negativas, certidões de protesto, certidões dos distribuidores etc.) e financeiras (atestado de idoneidade) do incorporador.

A comercialização das unidades objeto da incorporação deve ser realizada por meio de contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, celebrados em caráter irretratável.

Considerando que é traço característico da atividade de incorporação imobiliária a venda antecipada de apartamentos a serem construídos, do ponto de vista econômico e financeiro, esta situação constitui o meio pelo qual o incorporador capta recursos para a construção. Segundo explicam Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, é a operação que consiste em obter o capital necessário à construção do edifício, mediante venda, por antecipação, dos apartamentos de que se constituirá⁸¹.

Diante disso, a Lei n. 4.591/1964, visando proteger os adquirentes, e seu investimento em bens ainda não performados, tipifica como crime contra a economia popular⁸² a divulgação de informações falsas em contratos, prospectos ou comunicação ao público ou interessados, sobre a construção do empreendimento em incorporação. Indica, ainda como contravenção penal à economia popular a negociação das frações ideais, pelo incorporador, sem previamente satisfazer às exigências legais. Condição que normalmente se associa à alienação das unidades sem o prévio arquivamento do memorial de incorporação. Em um grau mais severo, as incorporadoras, no afã de antecipar suas vendas, por vezes iniciam a comercialização das unidades sem o registro do memorial e cumprimento das exigências legais. Em um grau mais leve, a incorporação ainda está sendo registrada, mas não concluída, e as incorporadoras já iniciam a comercialização. Atualmente, é corriqueiro, ao se visitar *stands* de venda de unidades,

⁸¹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 305; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 493.

⁸² BRASIL. Lei n. 4.591/1964, Art. 65.

verificar a expressão “breve lançamento”, “faça a sua reserva”, para com isso indicar que não se pratica, efetivamente, a comercialização, contornando (ou pretendendo contornar) a proibição de venda de unidades sem o prévio registro da incorporação.

Também é considerada infração penal contra a economia popular: i) a omissão, pelo incorporador, em qualquer documento de ajuste, de eventual oneração ou ocupação do imóvel ou a abstenção injustificada do incorporador de celebrar o contrato relativo à fração ideal de terreno, do contrato de construção ou da Convenção do condomínio; ii) a omissão quanto ao orçamento atualizado da obra e, por fim, iii) a paralisação da obra, por mais de 30 dias, ou o retardo excessivo do seu andamento, sem justa causa.

Relevante é a proteção legal aos adquirentes, e à economia popular, dada a importância da atividade de construção civil para o país. Vale mencionar, pela pertinência dessa preocupação, a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários para a alienação de unidades imobiliárias integrantes de empreendimentos hoteleiros construídos sob regime de incorporação, denominados condohotel. A regulamentação, consistente da Instrução CVM n. 602/2018.⁸³ (“ICVM 602”) foi previamente colocada em audiência pública, na qual a CVM externou que as principais irregularidades observadas nas ofertas públicas do denominado CIC Hoteleiro, que levaram à sua suspensão pela CVM, diziam respeito a desvios de conduta por corretores de imóveis, especialmente no uso de material publicitário irregular. No caso, a irregularidade mais comum utilizada no material publicitário referia-se a promessas de rentabilidade, já que a aquisição de unidade imobiliária integrante de empreendimento hoteleiro era destinada, até pela sua natureza, a um investimento, e não para utilização pelo próprio adquirente.

O denominado condohotel, quando ofertado à venda, passa a ter contorno e configuração de valor mobiliário – assemelha-se a um contrato de investimento coletivo – nos termos da Lei n. 6.385/1976, art. 2º, IX, sujeitando-se à legislação do mercado de valores mobiliários e, por consequência, à regulação da CVM.

Previamente à edição da ICVM 602, a CVM ponderou⁸⁴ se a atividade demandaria sua regulação, já que a própria Lei n. 4.591/1964 continha instrumentos de proteção da economia

⁸³ BRASIL. **Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 602, de 27 de agosto de 2018**. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst602.html>. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁸⁴ Em reuniões e grupos de trabalhos realizados em comissão formada pelo Sindicato das Empresas, Compra e Venda, Imóveis (Secovi-SP).

popular. Contudo, constatados os elementos principais que caracterizam um contrato de investimento coletivo⁸⁵, a regulação, pela CVM, se fez necessária.

Por meio da ICVM 602, a CVM regulou a oferta pública de distribuição de contratos de investimento coletivo – CIC hoteleiro, assim considerado como aquele conjunto de instrumentos contratuais ofertados publicamente, que contenha promessa de remuneração vinculada à participação em resultado de empreendimento hoteleiro organizado por meio de condomínio edilício. O ofertante, na oferta de CIC Hoteleiro, é a incorporadora do empreendimento, ou qualquer outra pessoa que realize atos de distribuição pública de CIC hoteleiro.

Na minuta da instrução, colocada em audiência pública, a CVM esclareceu que a pretensão da regulamentação era disciplinar apenas as ofertas públicas de CIC hoteleiro, e que as ofertas públicas envolvendo a alienação de frações ideais de condomínio voluntário permaneceriam sujeitas ao regramento aplicável às ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários em geral, previsto na Instrução CVM n. 400/2003, e que essa escolha se justifica na medida em que a minuta da instrução estabeleceu disciplina específica que considera peculiaridades do regime jurídico da incorporação imobiliária e do condomínio edilício, notadamente a proteção de que goza o adquirente da unidade autônoma, nos termos da Lei n. 4.591/1964.

Novamente, nota-se a constante e vigilante proteção que recai sobre a atividade de aquisição de imóveis em construção, seja para aquisição como moradia ou para investimento.

Os empreendimentos comercializados sob o formato de CIC Hoteleiro, por se tratar de incorporações imobiliárias, podem ter o seu patrimônio afetado, razão pela qual foram mencionados neste trabalho.

⁸⁵ O teste de Howey decorre de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre caso *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.*, julgado em 1946, do qual foram extraídos alguns critérios para a definição de um contrato de investimento coletivo: 1) A existência de um investimento financeiro com a expectativa de um retorno financeiro; 2) a existência de um empreendimento comum, ou seja, o instrumento de investimento deve ser compartilhado por algumas pessoas que, juntando seus recursos, financiam as atividades com expectativa de auferir retorno; 3) a expectativa de retorno: o instrumento de investimento deve oferecer alguma forma de remunerar os investidores pela aplicação de seu dinheiro; 4) a ingerência do investidor e o esforço de terceiros: deve-se ter um terceiro trabalhando, de modo significativo ou essencial, no gerenciamento das atividades de modo que seja capaz de influenciar no fracasso ou sucesso do empreendimento. O retorno do investimento não pode depender meramente da valorização do ativo; 5) o contrato de investimento deve ser ofertado publicamente, com esforço de venda. CVM. **Memorando n. 17/2017-CVM/SER**. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2017/20171219/0882.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

2.4.4 Criação do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias

Para a criação do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias é necessário observar alguns aspectos. Determinada a escolha pelo incorporador, os bens comporão um conjunto apartado, formando uma universalidade própria, mas sem a outorga de nova categorização. Permanecem como objeto e não sujeito de direitos e continuam sob a administração, posse e exercício do incorporador.

Sobre esse ponto, Arnaldo Rizzardo ensina:

Os bens que integram o conjunto da afetação têm, no seu tratamento, como que quase uma personalidade própria, formando um mundo destacado, com um tratamento próprio, uma contabilidade individual e diferente daquela da empresa incorporadora, que perdura enquanto destinado ao cumprimento da função de garantia e segurança que a lei incumbiu. Tanto isto que o controle e a fiscalização são individuados e distintos, em conta-corrente bancária separada das demais contas do incorporador⁸⁶.

Portanto, não há a criação de um novo ente de direito, tampouco passa a ser dotado de personalidade jurídica própria.

Ao contrário do que se pretendia no anteprojeto, a criação do patrimônio de afetação é mera faculdade do incorporador, inexistindo obrigação legal para tanto. A crítica é enfatizada por Caio Mário da Silva Pereira:

Ressalta de plano uma diferença substancial entre o texto legal e a proposta oriunda do Instituto dos Advogados, pois, enquanto a lei apenas faculta a afetação, e confere essa faculdade ao incorporador, a proposta do IAB a considera elemento natural do contrato de incorporação imobiliária, que opera seus efeitos por força do simples registro do memorial de incorporação, independentemente de manifestação de vontade⁸⁷.

O autor prossegue mostrando que a decisão é exclusiva do próprio incorporador. Os atualizadores de sua obra enfatizaram, entretanto, que a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 possui relevante alteração ao dispor no artigo 833, XII, acerca da impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de

⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985400/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 393.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 278.

incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra, entendendo que a averbação do “termo de afetação” não seria imprescindível para a destinação afetada de recursos. Em nossa pesquisa, discorda-se dessa posição simplista – embora reconheça-se que a impenhorabilidade dos créditos constitui proteção aos adquirentes, não equivale a todo o conjunto de proteções previstos na Lei n. 4.591/1964 para o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias.

Segundo os atualizadores da obra de Caio Mário da Silva Pereira:

A limitação do campo de incidência da proteção patrimonial propiciada pela afetação, decorrente da sua constituição a critério exclusivo do incorporador, veio a ser compensada, em certa medida, pelo novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que estende a regra de preservação dos recursos destinados à obra a toda e qualquer incorporação, independente de o incorporador ter exercido a faculdade de averbar o “termo de afetação” no Registro de Imóveis, ao considerar impenhoráveis os créditos oriundos da alienação das unidades, vinculados à execução da obra (CPC/2015, art. 833, XII). Tendo caráter cogente, a norma processual cria uma blindagem em toda e qualquer incorporação imobiliária, preservando os recursos necessários à execução da obra, que é um dos propósitos basilares da legislação que regulamenta a constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. A lei processual inspira-se na doutrina e na jurisprudência, que identificam a afetação como elemento natural do contrato de incorporação, e determina a preservação dos recursos gerados pelas vendas, no limite do orçamento da construção, pouco importando que tenha sido averbada a constituição de um patrimônio de afetação na matrícula da incorporação, no Registro de Imóveis⁸⁸.

Há controvérsias na doutrina a respeito da necessidade de afetação da incorporação imobiliária para configurar a impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, diante da parte final do dispositivo, que menciona a sua vinculação à execução da obra. Parte da doutrina entende que a vinculação dos créditos à execução da obra só seria imperativa no regime de afetação⁸⁹, e parte da doutrina entende que a proteção tem caráter geral, independentemente da instituição do patrimônio de afetação⁹⁰. Para a finalidade deste trabalho, essa discussão não será aprofundada, já que o foco da análise são as incorporações imobiliárias sujeitas ao patrimônio de afetação.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 278.

⁸⁹ Nesse sentido é a posição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Em razão da parte final deste inciso, que restringe a impenhorabilidade dos créditos nele mencionados à “execução da obra”, a aplicação deste dispositivo está condicionada à instauração de patrimônio de afetação na incorporação imobiliária, o que constitui faculdade do incorporador”. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de.

Comentários ao Código de Processo Civil. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.828.

⁹⁰ Essa é a posição de Melhim Nemem Chalhoub, que entende que a impenhorabilidade atende à natural conformação da incorporação imobiliária como um patrimônio separado, alinhando-se com decisões já

De todo modo, a previsão de impenhorabilidade dos créditos decorrentes da alienação de unidades em incorporações imobiliárias tem consequências na recuperação judicial das incorporadoras imobiliárias. A consequência de se realizar a afetação é tornar incomunicável este patrimônio com o restante do patrimônio do incorporador, como uma muralha ou uma blindagem, conforme sublinha Caio Mário da Silva Pereira:

Uma vez afetada, a incorporação torna-se incomunicável em relação ao patrimônio geral do incorporador e a outras incorporações por ele empreendidas e submete-se a um regime de vinculação de receitas que assegure os meios para execução da obra; o ativo do patrimônio de afetação só responde pelas obrigações e dívidas a ela vinculadas (§ 1º do art. 31-A). Constitui-se o patrimônio de afetação mediante averbação de “termo de afetação” na matrícula do terreno, no Registro de Imóveis (art. 31-B)⁹¹.

Segundo Hercules Aghiarian, a principal característica é a separação de parte dos bens do conjunto patrimonial do incorporador:

Para fins de certeza de sua finalidade de garantia, esses bens constituídos não se comunicarão com o patrimônio geral do incorporador, assim como de outros patrimônios de afetação, só respondendo por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva⁹².

Ao afetar o patrimônio, o incorporador permanece na posse, propriedade e com o direito de exercer seus direitos sobre estes bens, conquanto limitados. Seu conjunto permanece como patrimônio do incorporador e não forma um patrimônio à parte desconectado do sujeito de direito:

A afetação importa num encargo ao incorporador, mas não atinge seu direito subjetivo, de modo que, sendo titular do terreno e das acessões, o incorporador, a despeito da afetação, continua investido dos poderes de livre disposição das unidades em construção e de administração das receitas do

proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça pelas quais é determinada a aplicação do princípio da afetação patrimonial ainda que o empreendimento não tenha sido submetido às normas dos arts. 31-A e seguintes da Lei 4.591/64. Refere caso relatado pela Ministra Nancy Andrighi que, ao apreciar pretensão de exclusão de um empreendimento dos efeitos da falência de determinada incorporadora anteriormente às normas que disciplinam o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, determinou a exclusão desse acervo da massa falida e sua entrega aos adquirentes para prosseguimento na obra como 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 (REsp 1.115.605 – RJ, DJe 18.04.2011). CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 319.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 279.

⁹² AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 02 nov. 2021, p. 304.

negócio, estando o exercício desses poderes apenas condicionado pelo cumprimento da finalidade de conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes, com títulos aquisitivos registrados. Por isso mesmo, a lei o autoriza a constituir garantias reais sobre os bens e direitos da incorporação, bem como a ceder os créditos oriundos da comercialização, mas ressalva que a constituição de garantias reais sobre esses bens só é admitida em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à realização da incorporação e que o produto da cessão de créditos, plena ou fiduciária, passa a integrar o patrimônio de afetação (§§ 3º e 8º do art. 31-A)⁹³.

Hercules Aghiarian ensina que o patrimônio de afetação constituiria um sistema novo e próprio de direito real de garantia formado por bens do incorporador, destacados de seu conjunto e destinados para uma finalidade específica:

Esse novo sistema de direito real de garantia oferece oportunidade ao incorporador para destacar de seu patrimônio, ou de terceiros parceiros, um conjunto de bens que será reconhecido como patrimônio autônomo. Constituído pelos recursos obtidos com a comercialização das futuras unidades, pelas benfeitorias a serem agregadas a suas receitas, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação. Esse patrimônio constituído responderá, quando necessário, por quebras e outras indenizações surgentes por culpa do incorporador, em favor dos referidos promitentes compradores, ficando imune, aliás, às responsabilidades pessoais daquele, como se verá⁹⁴.

Quanto às questões práticas, haverá uma conta corrente bancária específica para a qual serão destinados os recursos e de onde será realizada a movimentação:

A incorporação afetada tem ativo e passivo próprios e a movimentação dos recursos é feita em conta-corrente bancária específica, incumbindo ao incorporador informar à comissão de representantes, periodicamente, o estado da obra em relação à programação financeira da incorporação (art. 31-D)⁹⁵.

Conforme mencionado, a falta de segurança jurídica dos adquirentes de unidades imobiliárias, escancarada com a crise gerada pela Encol e suas consequências, provocou a alteração da Lei n. 4.591/1964 que, em 2004, por meio da Lei n. 10.931/2004, acrescentou à

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 279.

⁹⁴ AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 02 nov. 2021, p. 302.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 279.

Lei n. 4.591/1964, o artigo 31-A e seguintes, a disciplina do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias.

Sua instituição visa a destacar o patrimônio de cada incorporação imobiliária das demais obras realizadas pelo incorporador e de seu patrimônio geral, de modo a delimitar os riscos de cada um dos empreendimentos entre os credores, adquirentes, fornecedores ou investidores. Conforme a Lei n. 4.591/1964, artigo 31-A, § 1º, o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos, e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

Para Orlando Gomes, a afetação consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores⁹⁶. O titular desse patrimônio de afetação perde seu direito de livre disposição e utilização dos bens, cujo exercício ficará condicionado ao cumprimento da finalidade para a qual foi constituído o patrimônio de afetação.

Conforme já abordado, a segregação dos bens é própria do patrimônio de afetação e, no caso das incorporações imobiliárias, representa para o incorporador a faculdade de destacar partes de seu patrimônio para responder por determinado empreendimento, o que pode conferir maior segurança jurídica aos adquirentes e investidores, na medida em que possuem um núcleo de bens executáveis em caso de inadimplemento daquela incorporação, que não estará sujeito a responder por dívidas advindas de outras incorporações ou quaisquer outras atividades realizadas pelo mesmo sujeito.

Isso porque a Lei n. 4.591/1964, ao facultar a afetação do patrimônio de incorporações imobiliárias, impõe alguns requisitos que devem ser observados para a sua constituição e funcionamento. A regra geral dos patrimônios afetados, ou segregados, é a sua vinculação ao cumprimento de uma finalidade determinada pela lei que permitiu tal adoção. No caso das incorporações imobiliárias, a finalidade indicada no artigo 31-A da Lei n. 4.591/1964 é a consecução da incorporação correspondente.

Redundantemente, a lei dispõe que além da consecução da incorporação, o patrimônio de afetação garante a entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. Preferível o excesso à falta, contudo, a consecução da incorporação já significa a entrega das unidades prontas fisicamente e individualizadas do ponto de vista registral.

⁹⁶ Orlando Gomes *apud* SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. **Revista dos Tribunais Online**, 2018. Disponível em: goo.gl/3udNJj. Acesso em: 03 nov. 2021.

A afetação do patrimônio da incorporação é irretratável, e somente será extinta: i) após a averbação da construção e quitação do financiamento contraído para a construção do empreendimento, ii) pela revogação em razão de denúncia da incorporação, após restituídas as quantias devidas aos adquirentes, ou iii) pela liquidação deliberada pelos adquirentes, em caso de falência do incorporador, ou em caso de paralisação das obras do empreendimento por mais de 30 dias, conforme disposto no artigo 31-E da Lei n. 4.591/1964.

Diante da necessidade de comprovação da quitação do financiamento contraído para a construção do empreendimento, podemos, em complemento ao enunciado no artigo 31-A, concluir que a finalidade do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias é assegurar a entrega das obras prontas, com as unidades já individualizadas e livres de quaisquer ônus constituídos pelo incorporador para o financiamento das obras.

Desse modo, não basta a conclusão das obras do empreendimento, o que se comprova com a expedição do respectivo auto de conclusão ou habite-se pela municipalidade. O incorporador deve também comprovar o cumprimento das demais obrigações – individualizar as unidades, instituir e especificar o condomínio e comprovar a quitação do financiamento contraído para execução das obras, o que normalmente se afere com o termo de liberação de eventual garantia real constituída sobre o próprio imóvel onde se desenvolve o empreendimento.

2.4.5 Constituição do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias

A afetação do patrimônio das incorporações é facultativa, e poderá ser formalizada a qualquer tempo, até a conclusão das obras, instituição e especificação do condomínio e, se for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento.

A formalização do patrimônio de afetação será feita mediante a averbação, na matrícula do imóvel onde está registrada a incorporação de termo firmado pelo incorporador declarando essa vinculação. Embora facultativa, a declaração de afetação é irretratável, e só pode ser extinta nos casos expressamente previstos em lei.

A averbação do patrimônio de afetação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos previamente sobre o imóvel objeto da incorporação, para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento. Entretanto, se existirem ônus reais garantindo outras obrigações do incorporador ou de terceiros, a averbação do patrimônio de afetação será obstada.

2.4.6 Restrições impostas pelo patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias

Miguel Maria de Serpa Lopes observa que a vinculação de um bem a certa destinação constitui uma espécie de ônus, formando um ponto intermediário entre o livre uso de um bem e sua alienação completa. Assim, imobiliza-se o bem para a consecução de um determinado objetivo⁹⁷.

Com efeito, o patrimônio de afetação acarreta ao incorporador a indisponibilidade do imóvel e de quaisquer outros direitos de créditos relacionados ao empreendimento, para garantia de obrigações não relacionadas ao empreendimento, nos termos do artigo 31-A da Lei n. 4.591/1964.

A previsão deve ser comemorada, já que a crise verificada com a Encol demonstrou que muitas vezes a incorporadora constituía garantias reais sobre um determinado imóvel, para garantia de dívidas desvinculadas de sua construção.

A Lei n. 4.591/1964 não indica expressamente quem pode ser considerado instituição financiadora das obras – pode ser uma instituição financeira ou uma companhia securitizadora de créditos imobiliários. Um fundo de investimento imobiliário poderia participar de estruturas visando ao financiamento da construção, indiretamente, mediante a aquisição de instrumentos de dívida, por exemplo, mas não pode financiar diretamente a construção, por restrição legal e regulatória⁹⁸.

Ao indicar que se trata de uma instituição financiadora, a lei adota termo praticado pelo mercado financeiro, notadamente na regulamentação bancária, que divide o contrato de mútuo em espécie de empréstimo ou financiamento, tratando o primeiro como um mútuo sem destinação específica e o financiamento como aquela espécie de mútuo com uma destinação específica⁹⁹. No caso, o financiamento da construção e desenvolvimento do empreendimento imobiliário.

Em termos práticos, ao receber o instrumento de garantia hipotecária ou de alienação fiduciária para qualificação, a serventia imobiliária verificará, além dos requisitos previstos, respectivamente, no artigo 1.424 do Código Civil e no artigo 24 da Lei n. 9.514/1997, qual é a origem da dívida garantida e a destinação dos recursos mutuados, para verificar o cumprimento

⁹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil** – direito das coisas. v. VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 69.

⁹⁸ Conforme art. 12, I, da Lei n. 8.668/1993 e art. 35, II da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 472/2008.

⁹⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/tiposemprestimo>. Acesso em: 27 jul. 2021.

do estabelecido no artigo 31-A, § 3º. Verificado que a dívida garantida pelo imóvel é desvinculada da aquisição ou construção do empreendimento objeto da incorporação, o registrador negará o registro da garantia real que recaia sobre o imóvel vinculado à incorporação afetada.

A comercialização das unidades deverá contar com a anuência da instituição financiadora ou deverá ser a ela cientificada, conforme fixado no contrato de financiamento. Estabelece a lei que a contratação do financiamento não implica a transferência, para o credor, das obrigações ou responsabilidades do incorporador, que permanece como único responsável pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis. A ressalva é válida, para atribuir segurança aos financiadores que, pelos requisitos do patrimônio separado, passam a desempenhar um papel de acompanhamento mais ativo e eficiente das obras, que poderia indicar algum grau de gerência capaz de atrair responsabilização, como chegou a ocorrer, por motivos diversos, com algumas instituições financiadoras da Encol¹⁰⁰.

Não obstante, conforme se acentuou, o patrimônio de afetação permanecerá válido até atingir a sua finalidade, que é a entrega das unidades imobiliárias prontas e individualizadas, com a comprovação de quitação do financiamento contraído para a execução das obras e liberação de eventuais ônus que recaiam sobre o imóvel como garantia deste financiamento.

Vale mencionar que independentemente das características do patrimônio de afetação, a liberação dos ônus contraídos pela incorporadora para o financiamento da construção do empreendimento já é matéria amplamente debatida no Poder Judiciário. É pacífica a posição de que, se restar comprovado que o adquirente do imóvel se desincumbiu de suas obrigações, ou seja, pagou o preço de aquisição da unidade imobiliária, tem legítima expectativa de obter a liberação da hipoteca que pesa sobre o imóvel objeto do empreendimento, constituída pela incorporadora em favor do agente financeiro, em prestígio às normas consumeristas que são especiais em relação às normas civis.

A orientação é objeto da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Constitui também uma limitação imposta pelo patrimônio de afetação, o direcionamento obrigatório, ao patrimônio de afetação, do produto decorrente de eventual cessão dos recebíveis oriundos da alienação das unidades, de forma plena ou fiduciária. Esses recursos, por

¹⁰⁰ PORTAL UOL. O Estado do Paraná. **Tribuna**. Publicado em: 19 jan. 2013. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/caso-encol-parte-i/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

integrarem o patrimônio de afetação, deverão ser utilizados para o pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação. A disposição é pertinente, pois ao mesmo tempo que permite ao incorporador antecipar os recursos decorrentes da comercialização das unidades, por meio da cessão dos créditos para viabilizar uma operação de securitização imobiliária, por exemplo, determina que esses recursos devem permanecer no patrimônio separado, submetendo-os à regra de utilização determinada pela Lei n. 4.591/1964.

A utilização das receitas obtidas com a comercialização das unidades, assim como os valores recebidos por conta de financiamentos, ou decorrentes de cessão de créditos realizadas pelo incorporador são referidas na Lei n. 4.591/1964 como “os recursos financeiros”.

Para a devida segregação, inerente ao patrimônio separado, a lei determina que os recursos financeiros da incorporação sejam mantidos em conta de depósito aberta especificamente para essa finalidade. Desse modo, as receitas e despesas da incorporação afetada não se misturam com quaisquer outras dívidas ou obrigações do incorporador facilitando, inclusive, a sua fiscalização. A escrituração contábil do patrimônio separado também deve ser feita de forma separada das demais obrigações do incorporador.

O incorporador deve destinar os recursos para o pagamento das despesas da incorporação, incluindo os valores devidos à instituição financiadora. Como despesas da incorporação, além de todo o custeio da construção do edifício, a Lei n. 4.591 determina que¹⁰¹ devem ser considerados, adicionalmente, os custos e emolumentos registraes necessários à individualização e discriminação das unidades.

A Lei n. 4.591/1964 exclui do patrimônio de afetação e, conseqüentemente, confere ao incorporador autorização para o uso livre dos recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da incorporação, considerando-se os valores a receber até sua conclusão, e os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver.

Também é excluído do patrimônio de afetação o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada ou por administração. Nessa hipótese, o reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais, considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.

Desse modo, o incorporador só poderá utilizar livremente o saldo das receitas decorrentes da comercialização das unidades (e somente estas receitas, já que os recursos

¹⁰¹ BRASIL. Lei n. 4.591/1964, Art. 31-F, § 12, IV.

financiados devem ser aplicados nas obras) após assegurar que as vendas realizadas, considerando os valores a receber até o final, são suficientes para assegurar o custeio integral da construção (conforme o orçamento que acompanhou o registro do memorial de incorporação), as despesas a serem incorridos com a individualização das unidades e o pagamento dos valores financiados.

Além da restrição quanto ao uso dos recursos do empreendimento e da indisponibilidade do imóvel para garantir dívidas estranhas ao empreendimento, o incorporador deve submeter o patrimônio de afetação à fiscalização de uma Comissão de Representantes.

2.4.7 A Comissão de Representantes

Segundo a Lei n. 4.591/1964, a Comissão de Representantes exerce um papel importante. Com o intuito de acompanhar o cumprimento das obrigações pertinentes ao patrimônio de afetação, tem acesso aos livros, contratos e movimentação de conta corrente do patrimônio de afetação. Tem, ainda, a prerrogativa de receber do incorporador, em periodicidade mínima trimestral, demonstrativo do estado da obra e sua correspondência com o prazo pactuado, além da demonstração dos recursos financeiros recebidos no período, apurados em balancetes trimestrais.

A Lei n. 4.591/1964 faculta à Comissão de Representantes e à instituição financiadora a nomeação, às suas expensas, de pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação e isenta a pessoa nomeada de qualquer responsabilidade pela qualidade da obra, pelo prazo de entrega do imóvel ou por qualquer outra obrigação decorrente da responsabilidade do incorporador ou do construtor. Determina que a pessoa nomeada deve guardar sigilo a respeito de informações tributárias ou de qualquer outra natureza referentes ao patrimônio afetado a que tiver acesso, sob pena de responder por sua falta.

A instituição financiadora deverá fornecer cópia de eventual relatório de situação elaborado pelo fiscalizador que tenha contratado, à Comissão de Representantes. A disponibilização dessas informações não representará quebra de sigilo. O incorporador deve assegurar ao fiscalizador indicado pela instituição financiadora, o livre acesso à obra, aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação.

A Comissão de Representantes também tem atribuição e poderes para, mesmo depois de concluídas as obras, firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo, transmitindo-lhes o domínio, direito, posse e ação, manifestar a responsabilidade do alienante

pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas. Poderá, ainda, transmitir domínio também aos adquirentes que ainda tenham obrigações a cumprir perante o incorporador ou a instituição financiadora, desde que comprovadamente adimplentes, situação em que a outorga do contrato fica condicionada à constituição de garantia real sobre o imóvel, para assegurar o pagamento do débito remanescente. A Lei n. 4.591/1964 é silente quanto ao beneficiário da garantia real, já que as situações que autorizam a Comissão de Representantes a celebrar os contratos definitivos coincide com situações de inadimplência do incorporador, consistente na paralisação das obras por mais de 30 dias ou em um cenário de continuidade das obras sem a participação do incorporador, devidamente deliberada em assembleia geral de adquirentes, nos 60 dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador.

A Comissão de Representantes tem ainda um papel relevante no cenário de insolvência civil ou falência do incorporador, assim como em caso de destituição do incorporador por atraso ou paralisação injustificada das obras, hipótese em que assumirá a posição de administradora da incorporação.

Quanto à sua estrutura, a Comissão de Representantes deverá ser composta por três membros, eleitos por maioria simples, em assembleia de adquirentes convocada pelo incorporador, pelo construtor ou por 1/3 dos adquirentes com antecedência mínima de 5 (cinco) dias para a primeira convocação e 3 (três) dias para a segunda convocação, que podem ser veiculadas no mesmo aviso, feito por carta registrada ou protocolo. O quórum de instalação da assembleia será de no mínimo metade dos adquirentes, em primeira convocação, e com qualquer número, em segunda. É obrigatória a presença, em qualquer caso, do incorporador ou do construtor, quando convocados, e pelo menos, da metade dos adquirentes que a tenham convocado, se for o caso. Os votos serão computados proporcionalmente às respectivas frações ideais de terreno.

A ata de eleição da Comissão de Representantes deve ser registrada em cartório de Títulos e Documentos e será suficiente, independentemente de qualquer outro instrumento de mandato, para comprovar a legitimidade e autorizar o exercício dos direitos e poderes atribuídos pela Lei n. 4.591/1964 aos seus integrantes.

A assembleia de adquirentes, pela maioria absoluta de votos dos adquirentes, poderá alterar a composição da Comissão de Representantes e revogar qualquer de suas decisões, ressalvados os direitos de terceiros quanto aos efeitos já produzidos.

As restrições impostas ao incorporador por conta da instituição do patrimônio de afetação são, entretanto, balanceadas com algumas vantagens. Inicialmente, o aumento de

segurança do empreendimento, da perspectiva de financiadores e adquirentes, o que naturalmente propicia condições mais atrativas para o financiamento e custo de captação, e para as vendas. Sob outro aspecto, o patrimônio de afetação confere à incorporação afetada um regime especial de tributação (“RET”).

2.4.8 Regime especial de tributação das incorporações imobiliárias com patrimônio afetado

Instituído o patrimônio de afetação, as incorporadoras poderão adotar o regime especial de tributação, sujeitando-se a um pagamento unificado de 4% da receita mensal recebida, que corresponderá ao pagamento mensal unificado do IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS relativo à incorporação afetada. A Instrução Normativa RFB n.1.435/2013 regulamenta e detalha a forma de adesão do contribuinte ao RET.

A adoção do RET é bastante vantajosa, se considerada a tributação ordinária a que se submete o incorporador. Em uma incorporação imobiliária tributada no lucro presumido, a carga tributária varia entre 5,93% e 6,73% de tributos federais sobre as receitas, observado que para a adoção do lucro resumido a sociedade não pode ter um faturamento superior a R\$ 78 milhões anuais.

A carga tributária no lucro real varia conforme a lucratividade do empreendimento, mas compreende tributos com alíquotas nominais que podem chegar a até 43,25%. São eles: (i) 15% de IRPJ, calculado sobre o lucro líquido; (ii) 10% de adicional do IRPJ, para lucros superiores a R\$ 20 mil mensais; (iii) 9% de CSLL, calculado sobre o lucro líquido; e (iv) 9,25% de PIS/COFINS no regime não cumulativo, que incide sobre o total das receitas da incorporadora e permite a dedução de créditos fiscais calculados sobre determinados custos e despesas.

Nos primeiros anos após a entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004 e da instituição do patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias, embora a medida representasse importante conquista para o mercado imobiliário e para os financiadores, não se mostrava atrativa aos incorporadores. Na época, a alíquota do RET correspondia a 7%. Os incorporadores, então, não vendo vantagem na adoção do regime, que por outro lado os limitava em seus direitos, principalmente quanto à liberdade para utilizar os recursos recebidos pela comercialização das unidades, não optavam pela afetação do patrimônio. A necessidade de reuniões periódicas e o levantamento de balancetes trimestrais a serem apresentados à Comissão de Representantes igualmente onerava a opção.

Reproduzindo a infeliz máxima brasileira da legislação que “não pegou”, o patrimônio de afetação quase caiu em total desuso. As instituições financeiras indicavam a afetação do patrimônio como um critério de elegibilidade para a concessão do financiamento, mas atraía poucos proponentes.

O resultado das atividades sujeitas ao RET deve compor o lucro líquido apurado pela entidade para distribuição aos sócios. Após assegurar o custo de conclusão da incorporação e o pagamento do financiamento das obras, é passível de distribuição o lucro líquido apurado com base na escrituração comercial.

A partir da edição da Lei n. 13.970/2019, a tributação das incorporadoras poderá continuar a ser feita pelo RET independentemente da extinção do patrimônio de afetação, até o recebimento integral do valor das vendas de todas as unidades que compõem a incorporação.

Por fim, merecem menção as atividades de fiscalização da Receita Federal do Brasil, em relação às incorporadoras aderentes ao RET que não atendam aos requisitos determinados para a sua concessão. Além de requisitos formais e burocráticos indicados na IN RFB n. 1.435/2013, como a apresentação de um formulário previsto no artigo 3º, IV, da norma, há casos de autuações da RFB¹⁰² considerando que a efetiva constituição da Comissão de Representantes seria uma característica inafastável do patrimônio de afetação, de maneira que a sua criação seria imprescindível para fazer jus aos benefícios do RET, e a sua ausência ensejaria a desconsideração desse regime, com a imposição da tributação ordinária, aplicável às pessoas jurídicas com atividade de incorporação imobiliária.

2.4.9 As sociedades de propósito específico imobiliário

Na primeira metade dos anos 2000, criou-se uma prática que passou a ser largamente utilizada no mercado imobiliário e que, atualmente, é quase uma unanimidade: a criação de sociedades de propósito específico, as denominadas SPE, para segregar cada incorporação em uma sociedade, subsidiária da sociedade controladora (*holding*). Não raro as SPE tinham em sua denominação social o nome do empreendimento imobiliário que seria desenvolvido.

A medida visa à praticidade, facilitando o controle de centro de custos dentro do grupo societário e a apresentação dos documentos relacionados na Lei n. 4.591/1964, art. 32, que devem acompanhar o memorial de incorporação. É usual que sociedades incorporadoras

¹⁰² BRASIL. Acórdão 12-114.511, 6ª Turma da DRJ/RJO, Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro, processo n. 19515.720261/2019-96. Interessado SPE Empreendimentos Imobiliários Ltda.

apresentem contingências materializadas nas esferas tributária, previdenciária e cível. Essas contingências e a demonstração de sua neutralidade para a segurança jurídica da incorporação costumavam retardar o processo de análise dos documentos pelo oficial registrador imobiliário, alongando, por consequência, o prazo de registro da incorporação e postergando o início da comercialização das unidades.

Assim, ainda que não afetado o patrimônio, a constituição das SPE já configurava certa diferenciação patrimonial da sociedade controladora, separando a atividade do patrimônio comum da sociedade controladora. A possibilidade de constituição de sociedades para a realização de um único negócio jurídico está prevista no artigo 981 do Código Civil.

Contudo, as atividades administrativas, como contabilidade, controladoria, contas a pagar, recursos humanos e sistemas, continuavam a ser de responsabilidade da *holding*, que provia as suas SPE com esses serviços. Dada a limitação do propósito das SPE imobiliárias, as garantias pessoais ou reais que não consistissem no imóvel objeto da incorporação, continuavam a ser providas pela *holding* e seus sócios.

Em situações de crise experimentadas pelo mercado imobiliário, principalmente em recente período de crise econômica enfrentada pelo Brasil entre 2014 e 2019, algumas sociedades imobiliárias ingressaram com pedido de recuperação judicial.

Essas sociedades integravam um grupo societário de fato, composto por diversas SPE, cada qual incorporadora de um determinado empreendimento imobiliário, com atividades administrativas vinculadas às atividades da *holding*, além da existência de garantias cruzadas.

Diante da situação do grupo societário, as sociedades ingressavam com pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, requerendo que seus ativos e passivos fossem reunidos e tratados como único, reclamando a consolidação substancial¹⁰³. Assumidamente, as sociedades que buscavam o litisconsórcio confessavam a confusão patrimonial, a distribuição de lucro antecipado, e a não observância da separação de receitas e despesas entre as sociedades do grupo.

Diante disso, e especialmente considerando a presença do patrimônio de afetação de algumas das sociedades integrantes do grupo, o tema deste estudo foi trazido à discussão.

¹⁰³ Exemplos são as recuperações judiciais da Viver Incorporadora S.A (2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, Processo n. 1132473-02.2015.8.26.0100), da PDG Incorporadora S/A (1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, Processo n. 1016422-34-2017.8.26.0100), da Ladeira Miranda Engenharia e Construção Ltda (2ª Vara Cível da Comarca de Taubaté/SP, Processo n. 1011894-65.2016.8.26.0625) e da Tiner/TBR (1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, Processo n. 1043925-30.2017.8.26.0100) que juntamente com outras sociedades de seu grupo de fato, requereram que a recuperação judicial se processasse em litisconsórcio ativo e a consolidação substancial.

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL: NOÇÕES GERAIS

Para concatenar o tratamento dos patrimônios de afetação, especialmente os das incorporações imobiliárias com o procedimento da recuperação judicial, é necessário, previamente, traçar a evolução do instituto e seu propósito.

Até 2005, com a promulgação da LRF, a situação de insolvência do empresário era regulada pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945. Não havia a possibilidade de recuperação da empresa, como hoje é viável. Em uma situação de crise, o comerciante tinha a sua falência decretada, podia requerer a autofalência ou pedir um prazo para pagamento de suas dívidas, no procedimento denominado concordata.

Conforme Paulo Maria de Lacerda, o Código Comercial de 1850 deu origem às primeiras noções da figura da concordata, com inspiração nos Códigos francês, espanhol e português:

O advento do código comercial, nesse ano, trazendo uma parte, a terceira, onde tratava especialmente 'Das Quebras' determinou a substituição, com vantagem evidente, de semelhante caos por um sistema regular definindo, em oito capítulos, a natureza e a declaração das quebras, e seus efeitos, a reunião dos credores e a concordata, o contrato de união, os administradores, a liquidação e dividendos, as diversas espécies de créditos e suas graduações, as preferências e distribuição, a reabilitação dos falidos, as moratórias, e finalmente disposições gerais. E logo a seguir apareceu o Decreto n. 738 de 25 de novembro de 1850, contendo uma parte intitulada 'do Processo das Quebras', em que regulamentou a matéria, nalguns pontos completado, ou modificado, pelos decretos n. 1.368 de 18 de abril de 1854 e n. 1.597 de 1 de maio de 1855, notadamente quanto à concordata, nomeação de administradores em caso de destituição, concessão do recurso de agravo, extinção da divisão do processo em duas partes e determinação clara da extensão das atribuições do curador fiscal¹⁰⁴.

A concordata era comumente utilizada de forma preventiva, antes que algum credor do devedor requeresse em juízo a sua falência. Para evitar a falência, o comerciante oferecia pagar seus credores quirografários da seguinte forma: (i) 50% dos débitos à vista; (ii) ou a prazo: 60% em seis meses, 75% em doze meses, 90% em dezoito meses, 100% em vinte e quatro meses.

Contudo, a concordata prevista no Decreto Lei n. 4.661 possuía diversas deficiências, dentre elas, destacam-se: (i) concebida para o comerciante individual, não se adequando à grande empresa; (ii) não distinguiu o comerciante e a empresa, em especial nas consequências penais dos atos do comerciante falido, que prejudicam também a empresa em si; (iii)

¹⁰⁴ LACERDA, Paulo Maria de. **Da fallencia no direito brasileiro**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931, p. 7.

preocupava-se excessivamente com a situação obrigacional dos credores, servindo como mero meio extremo de cobrança; (iv) excessivamente formalista no temário processual; (v) a caracterização da falência pela simples impontualidade do devedor evidencia a finalidade meramente liquidatória, que somente existiria em casos de absoluta inviabilidade da empresa; (vi) privilegia excessivamente o fisco, inibindo os credores à concessão de crédito do falido.

Ficou clara a necessidade de uma nova lei, com disposições mais modernas sobre o processo de reestruturação de negócios, que se preocupasse com a preservação da empresa e sua função social, já que a concordata não atendia a estas finalidades. Sobre este ponto, Amador Paes de Almeida ressalta:

A concordata, malgrado constituir-se no instrumento jurídico indispensável à recuperação econômico-financeira dos empresários, com o correr do tempo foi-se mostrando inadequada, entre outras coisas, por não assegurar ao devedor recursos financeiros fundamentais para a manutenção de estoques e continuação da atividade empresarial. De outro lado, sem garantia efetiva de receber seus créditos, as instituições financeiras recusavam-se, sistematicamente, a financiar a atividade negocial de concordatários, tornando impraticável o fiel cumprimento das obrigações destes, o que, na prática, culminava na convalidação da concordata em falência, com prejuízos insanáveis para o devedor, fornecedores e empregados¹⁰⁵.

Ante as limitações do antigo Decreto-Lei, houve um esforço de várias décadas para atualizar a legislação, com uma melhor capacidade de análise e distinção entre os negócios viáveis e inviáveis, deixando o devedor, salvo hipótese de fraude, na administração do negócio e considerando não apenas o interesse dos credores, mas o interesse de toda a sociedade em ver a atividade econômica continuar gerando empregos e desenvolvimento social e econômico.

Para tentar atingir estes objetivos, entrou em vigor a Lei n. 11.101/2005, revogando a regulamentação falimentar anterior e trazendo ao direito brasileiro um novo sistema concursal, fortemente inspirado no Chapter 11, Article 11 do US Code, a legislação norte-americana sobre a mesma matéria. O novo sistema brasileiro adotou o princípio da preservação da empresa, de sua função social e dos diversos interesses implicados na existência de uma empresa. A concordata deixa então de existir e é substituída pela recuperação, que pode se dar de maneira judicial, extrajudicial ou especial. Sobre a LRF, discorre Marcos de Barros Lisboa:

¹⁰⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 303.

O espírito geral que norteou a elaboração da nova lei foi justamente a adequação do sistema falimentar ao atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira, em geral, e das relações comerciais em particular. Mecanismos de alinhamento de incentivos foram criados, acompanhando a direção que vem sendo seguida pelos países que recentemente reformaram sua legislação falimentar. A nova Lei cria dispositivos que estimulam a negociação entre devedor e credores, de forma a encontrar soluções de mercado para empresas em dificuldades financeiras. O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo assim a sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para sua recuperação a partir de negociações com seus credores. Caso os credores entendam que a reabilitação da empresa não é possível, a Lei estimula a sua venda num rito expresso, de modo a permitir que, sob uma nova administração, a empresa continue a exercer a sua função social de gerar empregos e renda. Em última instância, se o negócio não mais for viável, a Lei cria condições factíveis para que haja uma liquidação eficiente dos ativos, permitindo assim que maximizem os valores realizados e, conseqüentemente, se minimizem as perdas gerais. Pretende-se assim estimular a recuperação da empresa, desde que obedecidas restrições de viabilidade e eficiência. O modelo adotado foi calibrado de forma a gerar incentivos concretos à reorganização dos negócios, mas preocupado em coibir problemas de risco moral, que normalmente acompanham a condução ineficiente dos negócios e uma administração desvinculada dos interesses dos credores. A nova Lei de Falências busca evitar o quadro observado no regime anterior, em que a ausência de um ambiente de negociações entre credores e devedor e processos falimentares extremamente morosos levavam à deterioração dos ativos tangíveis e intangíveis da empresa¹⁰⁶.

Com a LRF, o devedor pode tentar soluções de mercado para reestruturar a empresa, contando com mecanismos flexíveis de negociação, para a remissão das dívidas e dilação dos prazos de pagamento.

A recuperação judicial passou a regular casos de maior complexidade, destinando-se a todos os credores, e não somente aos quirografários, como acontecia com a concordata. A recuperação extrajudicial proporciona ao credor a oportunidade de fazer acordos com seus credores, e de tê-los, posteriormente, reconhecidos judicialmente, o que facilita o arranjo da situação dentro do próprio mercado, com menor desgaste de tempo do órgão público, menor custo e maior celeridade.

Assim, a LRF pode ser compreendida como um marco na evolução legislativa, pois se preocupa não somente com a satisfação do *quantum debeatur*, mas busca, principalmente, preservar a empresa e sua função social. Trouxe, ainda, sensíveis inovações, e tem como

¹⁰⁶ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

princípio fundamental a recuperação econômica da empresa, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, conforme enfatiza o artigo 47 da Lei.

A recuperação da empresa não finaliza na simples satisfação dos credores, como no caso da falência, mas é uma tentativa de solução para a crise econômica de um agente econômico, enquanto atividade empresarial. Isso ocorre porque a recuperação tem por objetivo principal proteger a atividade empresarial, e não apenas o empresário.

Para Sheila Christina Neder Cerezetti, a Lei n. 11.101/2005 inovou ao trazer instrumentos específicos para superar a crise:

Pela primeira vez o direito positivo nacional conhece mecanismos especificamente criados para viabilizar a superação da crise empresarial, afastando-se de institutos como a concordata e a moratória. Repele-se, destarte, a ideia de que as dificuldades econômico-financeiras devem necessariamente caminhar à liquidação dos ativos do devedor, em vista da melhor satisfação dos seus credores¹⁰⁷.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, a crise de uma empresa pode ser econômica, financeira ou patrimonial. A primeira ocorre se as vendas dos produtos ou a prestação de serviços não são realizadas em quantidade suficiente à manutenção do negócio. A segunda, se o empresário tem falta de fluxo de caixa, dinheiro ou recursos disponíveis para cumprir suas obrigações. Por fim, a crise patrimonial se faz sentir se o ativo do empresário é menor do que o seu passivo, logo, seus débitos superam os seus bens e direitos¹⁰⁸.

A LRF possui uma abordagem diferenciada no que tange à crise que pode atingir uma atividade empresarial; seu foco primordial é a tentativa de sanar a crise econômico-financeira que aflige uma empresa, fornecendo vários mecanismos que podem ou não ser submetidos ao Poder Judiciário, por meio da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, além de outras negociações possíveis livremente de serem feitas pelas partes. Apenas em segundo plano, a norma visa extinguir a atividade empresarial que não tenha condições de sobrevivência.

Sheila Christina Neder Cerezetti complementa afirmando que a superação da crise é essencial na realização da recuperação judicial:

¹⁰⁷ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

¹⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial** – direito de empresa. v. 3. 18. ed. Paulo: RT, 2018, p. 231-232.

Percebe-se, assim, que o art. 47 visa a estimular a superação da crise econômico-financeira da empresa e, dessa forma, a promover a manutenção da fonte produtora. Em decorrência do reconhecimento da função social dos meios de produção, mais especificamente da empresa, almeja-se preservá-la, estimulando-se a atividade econômica, respeitando-se os interesses de trabalhadores (manutenção de empregos), de credores em geral (satisfação dos créditos) e de toda a coletividade (pagamento de tributos, incentivo ao mercado etc.)¹⁰⁹.

Isso decorre do princípio da preservação da empresa, que pode ser entendido como aquele que visa recuperar a atividade empresarial de crise, econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, além da manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores.

O princípio da preservação da empresa é o grande norteador da LRF, trazendo profundos reflexos para o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que tem guiado posições na jurisprudência e na doutrina acerca da necessidade de se preservar a empresa em detrimento de interesses particulares, seja de sócios, de credores, de trabalhadores ou do fisco.

Uma vez constatada a crise da empresa, deve-se examinar a possibilidade de saneamento da situação, considerando que a empresa tenha possibilidade de continuar atuando no mercado em condição de competitividade¹¹⁰.

Para avaliar a reversibilidade do cenário de crise, é necessário analisar as dificuldades que estão sendo enfrentadas pela empresa. Assim, embora a legislação brasileira não traga uma definição de viabilidade econômico-financeira, seu conceito fica intuitivamente indicado na Lei. A propósito, Francisco Satiro de Souza Júnior anota:

Permite-se, então, que o devedor apresente aos seus credores um plano pelo qual se almeja a superação da crise econômico-financeira. Diante disso, no cotejo entre a situação concreta do devedor e a proposta contida no plano, os credores deverão decidir se aprovam ou não a recuperação do devedor¹¹¹.

O plano de pagamento aos credores deve ser formulado pelo devedor, prevendo os mecanismos relacionados, por exemplo, no art. 50 da LRF. Deste modo, surge o viés negocial da recuperação judicial, tendo em vista que a LRF confere aos credores o poder de decidirem

¹⁰⁹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 206.

¹¹⁰ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; PUGLIESI, Adriana Valéria. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Insolvência e crise das empresas**. Tratado de direito empresarial. v. V. São Paulo: RT, 2016, p. 33-40.

¹¹¹ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JR., Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias (coord.). Direito empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2013 *apud* PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. Direito das empresas em crise. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131, p. 9.

pela solução quanto ao destino do devedor, seja a recuperação judicial ou a falência. Isto é, os credores reunidos em Assembleia Geral de Credores possuem a faculdade de: (i) aprovar o plano apresentado pela empresa e seguir com a recuperação judicial, ou (ii) rejeitar o plano apresentado e optarem pela saída mais drástica, a falência do devedor.

Não obstante, o conteúdo da proposta econômico-financeira contemplada no plano de recuperação judicial deverá ser definido por acordo alcançado com base no livre entendimento dos interessados. Deste modo, as disposições de caráter negocial do plano não competem à análise do Poder Judiciário, pois são fruto da livre iniciativa dos interessados. Percebe-se que o legislador tentou alcançar uma solução pela qual o plano de recuperação judicial possa ser adequado à realidade da empresa recuperanda. E, segundo o entendimento de Adriana Valéria Pugliesi:

Desse modo, a análise do mérito do plano – ou seja, dos aspectos econômico-financeiros de seu conteúdo, com a consequente aferição da viabilidade do devedor – é deliberação que cabe exclusivamente à coletividade de credores, respeitado o quórum legal exigido para aprovação do plano. A opção do legislador brasileiro foi a de atribuir aos credores a escolha da solução para a crise do devedor. A recuperação será concedida ao devedor que puder aprovar o plano pela maioria qualificada exigida pela lei; e a despeito da minoria dissidente ou ausente. Não há juízo de valor quanto aos aspectos econômico-financeiros do plano ou de viabilidade do devedor pelo magistrado, cuja função, não menos relevante, será a de zelar pela legalidade dos procedimentos ínsitos à recuperação judicial, além de, evidentemente, atuar na prestação jurisdicional de matéria controvertida e posta a litígio¹¹².

3.1 Recuperação extrajudicial

Até o momento, o enfoque foi para o procedimento de recuperação judicial, e ao seu viés negocial. Na recuperação extrajudicial, reforça-se essa índole negocial, com cunho essencialmente privado. Este é o espírito que a LRF imprime ao instituto, ao dispor que “o devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial” (art. 161) e que “o disposto neste Capítulo não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores” (art. 167).

A lei disciplina uma modalidade de negócio jurídico privado, em que, de um lado, (i) há o devedor, polo negocial unisubjetivo, e, de outro, (ii) com direitos e obrigações ditos

¹¹² PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. Direito das empresas em crise. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131, p. 11.

“correspectivos”, há credores que concordaram, de alguma forma, em renegociar suas dívidas, num polo negocial que pode assumir forma plurisubjetiva¹¹³.

Ao analisar a natureza de negócio jurídico privado, a doutrina majoritária – Francisco Satiro de Souza Junior, Mauro Rodrigues, Raquel Sztajn, Sergio Campinho e Paulo Sérgio Restiffe, dentre outros – aponta a recuperação extrajudicial como um instituto de natureza jurídica contratual ou predominantemente contratual, embora contenha particularidades conferidas pelos arts. 161 a 167 da LRF. Uma parte menos predominante de juristas, por sua vez, ressalta o cunho processual da recuperação extrajudicial, apesar de seus inegáveis elementos contratuais¹¹⁴. Nesse grupo, estão Luiz Fernando Valente de Paiva, Ricardo Negrão e Waldo Fazzio Jr., dentre outros.

Abaixo, destacam-se, inicialmente, os ensinamentos de Francisco Satiro de Souza Junior:

O plano de recuperação extrajudicial constitui um contrato solene, com caráter de cooperação celebrado entre devedor e credores. Solene porque, para que surta efeitos da recuperação extrajudicial, deve revestir-se de forma escrita e demanda homologação judicial. Salvo previsão em contrário, terá características de um negócio jurídico celebrado por devedor e credores sob condição suspensiva, para o qual o evento que possibilita sua plena eficácia é a homologação judicial [...] [sem a qual] gerará, quando previsto ou após a ratificação, apenas efeitos contratuais ordinários entre as partes, nos termos do art. 167. [...] Sua causa imediata será a superação da crise econômico-financeira atual ou iminente da empresa [em] dificuldade, não a preservação dos direitos dos signatários que podem, no mais das vezes, a ele aderir renunciando a prerrogativas e privilégios¹¹⁵.

Como toda proposta de composição, pode contar ou não com a anuência dos credores. Amador Paes de Almeida, por sua vez, escreve que a “recuperação extrajudicial é verdadeira moratória, ou seja, acordo celebrado pessoalmente (sem intervenção judicial) do devedor com os seus credores, estabelecendo novação e outras formas de pagamento, como dilação de prazos etc.”¹¹⁶, enquanto Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea e João Pedro Scalzilli colocam a

¹¹³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 85-86.

¹¹⁴ MARTINS, Glauco Alves. **A recuperação extrajudicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 72.

¹¹⁵ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 523-524.

¹¹⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. Os direitos trabalhistas da recuperação judicial e da falência do empregador. **Revista Magister de Direito trabalhista e previdenciário**, v. 2, n. 07, p. 67-80. Porto Alegre: Magister, 2004. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000719658. Acesso em: 02 nov. 2021.

recuperação extrajudicial como um acordo entabulado à margem do Poder Judiciário, celebrado nos termos da lei e com vistas a enfrentar crises econômico-financeiras, que, uma vez levado à homologação judicial, produzirá seus efeitos no campo do direito falimentar¹¹⁷.

Assim, seja a recuperação judicial ou extrajudicial, trata-se de remédio legal colocado à disposição do devedor, para propor meios de pagamento e satisfazer seus credores, possibilitando a apresentação de proposta de pagamento (consubstanciada em um plano), para reequacionar seus débitos, por meio dos mecanismos previstos ou não defesos pela LRF, observando as formalidades e os limites legais, notadamente a preferência entre os credores e a disponibilidade dos ativos que serão oferecidos para implementar o pagamento proposto.

Abordado o instituto da recuperação judicial e realçado o seu caráter negocial, que muito interessa ao tema aqui tratado, antes de se adentrar no tratamento da consolidação processual e na consolidação substancial na recuperação judicial, faz-se um pequeno aparte para discorrer a respeito dos grupos de sociedades que irão protagonizar as hipóteses de consolidação, abordando sua configuração e relevância no cenário brasileiro, constatada empiricamente por meio de estudos jurimétricos.

3.2 Estudos jurimétricos a respeito de recuperações judiciais no Estado de São Paulo – litisconsórcio ativo e consolidação substancial

Segundo uma pesquisa divulgada em junho de 2017 pelo Observatório da Insolvência, coordenado pela Associação Brasileira de Jurimetria (“ABJ”)¹¹⁸, entre 2010 e 2017, o setor imobiliário do estado de São Paulo representou 4,5% (41 casos) do total de recuperações judiciais distribuídas no período em todo o estado¹¹⁹.

No relatório¹²⁰ foram apresentados dados sobre processos de recuperação judicial distribuídos entre janeiro de 2010 e julho de 2017 no Estado de São Paulo, com o objetivo de avaliar os resultados obtidos pela aplicação da LRF. Na primeira etapa, foram levantadas

¹¹⁷ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCAZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013 p. 65-87

¹¹⁸ O Observatório da Insolvência é uma iniciativa do Núcleo de Estudos de Processos de Insolvência (NEPI) da PUC-SP e da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) e tem o objetivo de levantar e analisar dados a respeito das empresas em crise que se dirigem ao Poder Judiciário para viabilizar meios de recuperação. O estudo mencionado foi elaborado pelos professores da PUC-SP Ivo Waisberg, Marcelo Barbosa Sacramone, Marcelo Guedes Nunes e pelo diretor técnico da Associação Brasileira de Jurimetria, Fernando Corrêa.

¹¹⁹ CORRÊA F. *et al.* ABJ. **Associação Brasileira de Jurimetria**. Observatório da Insolvência. São Paulo, PUC-SP, jun. 2017. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/insolvencia/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

¹²⁰ O relatório do Observatório da Insolvência está disponível em: <https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/introducao.html>. Acesso em: 24 out. 2021.

informações relativas às recuperações judiciais que tramitaram nas varas especializadas da cidade de São Paulo entre setembro de 2013 e junho de 2016. Na segunda, o escopo territorial foi ampliado, passando a abranger o estado de São Paulo inteiro. Além da expansão territorial dos dados, a coleta, realizada entre fevereiro e junho de 2018, analisou todos os processos de recuperação judicial distribuídos entre janeiro de 2010 e julho de 2017, o que permitiu atualizar os dados já coletados e inserir novos detalhes às análises.

Os dados de processos de recuperação judicial com planos aprovados foram atualizados entre outubro e dezembro de 2019, e revisados entre maio e setembro de 2020. O objetivo da atualização foi obter uma visão mais detalhada sobre o desfecho das recuperações judiciais – o relatório final foi publicado em 08 de outubro de 2021.

As conclusões do estudo são aqui reproduzidas para ilustrar a relevância do litisconsórcio ativo e a recorrência da consolidação substancial que, na época da realização dos estudos, ainda não era disciplinada pela LRF. O assunto tem total pertinência com a recuperação judicial das sociedades imobiliárias, normalmente requeridas em litisconsórcio, dada a prática de se constituir empresas de propósito específico para a realização de cada empreendimento imobiliário.

O estudo coletou informações de 1.194 processos de recuperações judiciais distribuídas nas Comarcas do Estado de São Paulo entre janeiro de 2010 e julho de 2017 por meio do preenchimento de questionários em um período de 4 meses (fevereiro a junho/2018). Posteriormente, os processos com planos aprovados foram analisados novamente, entre outubro e dezembro/2019.

O estudo constatou que alguns fatores influenciam o desfecho e o desenvolvimento da recuperação judicial, dentre eles, a existência de litisconsórcio ativo, que será aqui enfatizado por se relacionar diretamente ao tema central dessa dissertação.

Do total de processos analisados, em 22,6% dos casos (270), as recuperações são requeridas em litisconsórcio ativo. Nas varas especializadas, a quantidade observada foi de 73 (20,4%). Nas varas comuns, a taxa foi similar, com 197 (23,6%) dos casos.

Quadro 1 – Presença de litisconsórcios ativos nas varas comuns e especializadas

Tipo de vara	uma requerente	litisconsórcio ativo
vara comum	639 (76,4%)	197 (23,6%)
vara especializada	285 (79,6%)	73 (20,4%)
total	924 (77,4%)	270 (22,6%)

Fonte: Relatório do Observatório da Insolvência.

O aumento do percentual de deferimentos de processos de recuperação judicial é influenciado por vários fatores. Dentre os principais, citam-se presença de litisconsórcio, o foro no qual tramita a recuperação (varas especializadas em direito empresarial *versus* varas comuns) e o faturamento das requerentes.

Se não houver litisconsórcio, a média de deferimentos totais da vara especializada e da comum é de 63,0% (582 processos). Se houver litisconsórcio no polo ativo, a taxa de deferimento é de 88,9% (240 processos).

Quadro 2 – Taxa de deferimento dos processos separados de acordo com a presença de litisconsórcio ativo esse é o termo utilizado no Relatório (taxa)

litisconsórcio	indeferidas	deferidas	taxa de deferimento
não	342	582	63,0%
sim	30	240	88,9%

Fonte: Relatório do Observatório da Insolvência.

Os percentuais variam em relação às varas especializadas e não especializadas. Para pedidos de recuperação feitos por um grupo de empresas, a taxa de deferimento na vara comum é de 91,9%, enquanto na especializada é de 80,8%.

Ainda que nas varas comuns o percentual seja maior, a diferença responsável pela distorção nas taxas globais está nos pedidos feitos por uma única empresa requerente. Enquanto na especializada a taxa de deferimento para requerentes únicas é de 48,1%, na comum ela é de 69,6%. Ou seja, na vara comum, o fato de não se tratar de litisconsórcio amplia a chance de deferir-se o processamento.

Quadro 3 – Taxas de deferimento e indeferimento separados por local de tramitação (especializada e comum) e presença de litisconsórcio ativo

litisconsórcio	especializada	indeferidas	deferidas	taxa de deferimento
não	não	194	445	69,6%
não	sim	148	137	48,1%
sim	não	16	181	91,9%
sim	sim	14	59	80,8%

Fonte: Relatório do Observatório da Insolvência.

Conforme mencionado, a presença de litisconsórcios ativos é responsável por um aumento significativo na taxa de deferimento da recuperação judicial.

Na negociação dos planos de recuperação, um aspecto importante captado pela pesquisa foi a expressiva presença de consolidação substancial. Foi identificado um percentual de 74,6% de planos únicos votados em assembleia unificada para todas as recuperandas, número que variou significativamente conforme o nível de especialização. Nas varas especializadas, o percentual de consolidação substancial é de aproximadamente 89,1%, enquanto nas varas comuns ficou em torno de 79,7%.

Quadro 4 – Consolidação substancial nas varas comuns e nas especializadas (a análise considera apenas casos de litisconsórcio ativo que já tiveram alguma AGC)

tipo de vara	consolidação substancial	n.	%
comum	não	30	20,3%
comum	sim	118	79,7%
especializada	não	6	10,9%
especializada	sim	49	89,1%

Fonte: Relatório do Observatório da Insolvência

Segundo o estudo, a admissão do litisconsórcio é muito mais incontroversa, a ponto de ser quase unânime. Em 95,8% dos pedidos formulados por mais de um autor, o litisconsórcio foi admitido, índice que não variou significativamente das varas comuns para

as especializadas. Apenas a consolidação substancial é um ponto de negociação ou disputa por parte dos credores.

Quadro 5 – Taxas de litisconsórcios admitidos separadas pela especialização (a análise considera apenas casos de litisconsórcio ativo)

tipo de vara	litisconsórcios admitidos	n.	%
comum	não	7	3,9%
comum	sim	174	96,1%
especializada	não	3	5,1%
especializada	sim	56	94,9%

Fonte: Relatório do Observatório da Insolvência

O estudo observou ainda que existe uma menor taxa de consolidações substanciais nas varas comuns; além disso, na especializada existe um maior percentual de consolidações substanciais ocorridas sem a presença de decisão. Considerando apenas os casos nos quais houve consolidação substancial nas varas especializadas, houve uma decisão apreciando o ponto em apenas 8,0% dos casos (4 de 50). Já na comum, foram 12,4% (16 de 129).

Quadro 6 – Consolidação substancial e presença de decisão determinando a consolidação substancial

tipo de vara	tipo de consolidação	n.	%
comum	consolidação substancial com decisão	16	12,4%
comum	consolidação substancial sem decisão	113	87,6%
especializada	consolidação substancial com decisão	4	8,0%
especializada	consolidação substancial sem decisão	46	92,0%

Fonte: Relatório do Observatório da Insolvência

Os itens indicados no estudo do Observatório da Insolvência provavelmente não tiveram influência dos dispositivos que modificaram a LRF quanto à consolidação processual e substancial, visto que entraram em vigor em 24 de janeiro de 2021, mas, naturalmente, traduzem a tendência que, inclusive, ensejou a reforma da LRF.

Antes da publicação do Observatório da Insolvência, Sheila Neder Cerezetti e Francisco Satiro de Souza Junior¹²¹ promoveram estudo que analisou todos os procedimentos de recuperação judicial requeridos em litisconsórcio ativo nas duas varas especializadas da Comarca da Capital do Estado de São Paulo para avaliar sua consolidação substancial. O estudo abrangeu o período de setembro/2013 a outubro/2015 e constatou, em um universo de 41 procedimentos de recuperação requeridos em litisconsórcio ativo, que a consolidação substancial, em geral por inércia dos envolvidos, decorria da consolidação processual de maneira quase automática. Para justificar “a inércia”, o estudo revelou ser curiosa a percepção de que a maioria dos pedidos de recuperação analisados (25 de 41) foram acompanhados de relações de credores individualizadas. Segundo o estudo, inicialmente, as devedoras forneciam a correta informação, mas que esse tratamento individualizado, com o desenrolar do processo, se perdia, devido à adoção de práticas usualmente adotadas em processos de autoria única.

A tendência, com a recente reforma da LRF, é de se alterar esse quadro, conhecido pelo título do artigo que publicou os resultados do estudo como “a silenciosa consolidação substancial”, aceita sem manifestação expressa do magistrado ou dos credores.

As análises empíricas sobre o litisconsórcio ativo tanto em relação à sua mera existência, quanto em relação ao aumento significativo na taxa de deferimento das recuperações judiciais ensejaram alterações na LRF, introduzidas pela Lei n. 14.112/2020, que dedicou um título especial ao tratamento das consolidações processual e substancial, aplicáveis às recuperações judiciais requeridas por um grupo de sociedades.

Conforme será visto adiante, as recuperações judiciais requeridas por grupos de sociedades, na maioria dos casos, ensejaram debates a respeito da possibilidade de consolidação substancial das sociedades integrantes do grupo de fato, iniciando a discussão do tema discutido nessa dissertação.

3.3 Grupos de sociedades

Nas seções anteriores, tratou-se da recuperação judicial e indicou-se, por meio dos estudos empíricos realizados pelo Observatório de Insolvência, que é expressiva a quantidade de recuperações judiciais processadas em litisconsórcio ativo, requerido por um grupo de sociedades.

¹²¹ CEREZETTI, Sheila Neder; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 36, n. 131, p. 216-223, out. 2016.

As sociedades em grupo, de direito ou de fato, têm, naturalmente, interesses comuns, e a sua atuação coordenada faz com que, na maioria das vezes, a situação de crise de uma sociedade afete a outra. Há outros aspectos dos grupos societários, relacionados à sua personalidade jurídica, que têm pertinência com a consolidação substancial, motivo pelo qual o tema será abordado nesse trabalho.

Segundo Fran Martins, desde muito tempo as sociedades costumam se reunir, havendo interesses comuns. Sérgio Lazzarini¹²², ao analisar os grupos de sociedades por meio de estudos empíricos, constatou que “no Brasil, a maior parte dos grandes grupos parece se expandir em negócios relacionados, ao longo de cadeias verticais de produção ou atividades complementares ao carro-chefe”. O resultado de suas análises indica que grupos societários brasileiros com maior volume de receitas se expandiram em múltiplas atividades que têm, em geral, certa coerência estratégica. Segundo o autor, grupos de sociedades podem ser formas organizacionais eficientes na medida em que permitam reduzir custos de transação para a execução de um nexo de atividades produtivas:

Nesse ambiente de escassez de crédito e elevados custos de transação, determinados grupos podem desenvolver competências de gestão de contratos e manejo dos trânsitos legais para se estabelecerem operações produtivas. Os grupos podem também alocar recursos financeiros dos sócios para diversas unidades ou utilizar a sua reputação e seu peso no mercado como forma de conseguir empréstimos mais baratos. Criam, com isso, um *mercado de capitais interno*: alocações de capital que favorecem mutuamente diversos negócios sob o mesmo teto¹²³.

A Lei n. 6.404/1976 (“A Lei das S/A”), estabelece em seu art. 265 a possibilidade de a sociedade controladora e suas controladas constituírem um grupo de sociedades, mediante convenção, pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para realizarem os respectivos objetos, ou participarem de atividades ou empreendimentos comuns. A sociedade controladora deve ser brasileira¹²⁴ e exercer de modo permanente, direta ou indiretamente, o controle das sociedades filiadas. Esse controle pode ser exercido como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

¹²² LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. 2. ed. São Paulo: BEI Comunicação, 2018, p. 83.

¹²³ LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. 2. ed. São Paulo: BEI Comunicação, 2018, p. 85.

¹²⁴ BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.126.

A formação do grupo de sociedades, de acordo com a Lei das S/A¹²⁵, não prejudica a personalidade autônoma ou o patrimônio de cada sociedade, não obstante a relação de coordenação ou de subordinação que venha a ser estabelecida no instrumento que constituir o grupo societário. Tampouco gera, a criação do grupo de direito, uma “supersociedade”, com personalidade jurídica distinta daquela das sociedades que o compõem.

Viviane Muller Prado¹²⁶ explica que a legislação brasileira adotou o modelo dual, no qual os grupos podem ser de direito ou de fato. Os grupos de direito constituem-se mediante a referida convenção grupal firmada pelas sociedades e, em virtude do contrato, legitima-se a unidade econômica de todas elas. Já os grupos de fato decorrem do mero exercício do poder de controle, direta ou indiretamente, pela controladora nas sociedades controladas. Neste caso, entretanto, as sociedades recebem tratamento jurídico como se independentes fossem.

Rubens Requião¹²⁷ conceitua os grupos de fato como a junção de sociedades, sem a necessidade de exercerem entre si um relacionamento mais profundo, permanecendo isoladas e sem organização jurídica.

As sociedades de fato prescindem de qualquer convenção escrita entre seus participantes, mas devem dar publicidade a terceiros e ao Fisco a respeito de sua existência, por meio de notas explicativas em seu relatório anual e publicar balanços anuais consolidados mediante o critério de equivalência patrimonial¹²⁸. Assim, o balanço patrimonial da companhia deve indicar os investimentos em coligadas, controladas e em outras sociedades que integrem um mesmo grupo ou estejam sob controle comum.

No direito brasileiro, os grupos societários podem ser de coordenação ou de subordinação, estes últimos, de direito ou de fato. Exemplo de grupo de coordenação são os consórcios, previstos no artigo 278 e 279 da Lei das S/A., que permitem às sociedades a conjunção de esforços para a realização de um empreendimento comum, com cada sociedade mantendo a sua independência.

São grupos de subordinação aqueles criados na forma prevista na Lei das S/A., por convenção, ou os grupos de fato que, como dito, são aqueles estabelecidos a partir de relações

¹²⁵ Conforme artigo 266 da Lei das S/A.

¹²⁶ PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2- jun.-dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35227#:~:text=PASSADOS%2029%20ANOS%20DA%20VIG%C3%8ANCIA,NA%20FORMA%20DE%20GRUPOS%20ECON%C3%94MICOS>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹²⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. 26. ed. Atual. Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286.

¹²⁸ Arts. 247 e 248 da Lei das S/A.

de controle entre as sociedades. Para a finalidade deste estudo, a referência aos grupos societários será exclusiva aos grupos de subordinação, pois são estes tipos que poderão, eventualmente, se valer, em litisconsórcio, de um processo de recuperação judicial.

O grupo de sociedades constitui um “arranjo de administração comum”, seguindo uma diretiva política da sociedade líder ou de comando, a controladora, na visão de Rubens Requião¹²⁹.

Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho¹³⁰ entendem que a estrutura de poder nas sociedades pode ser estabelecida em três níveis distintos: o de participação no capital ou investimento acionário, o da direção e o controle. Explicam que, com base nessa distinção, o direito alemão concebeu a disciplina dos grupos de empresa, no modelo denominado *Konzern* que é, na verdade, um grupo de empresas, e não simplesmente um grupo societário, pois pode englobar também pessoas físicas e o próprio Estado. Concluem, contudo, que a unidade de direção é o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos, e não a unidade de controle, já que pode ocorrer situação na qual o acionista controlador não exerce a administração da sociedade.

Paula Forgioni¹³¹ explica que no grupo societário, a atividade econômica é desenvolvida por várias sociedades, que direta ou indiretamente possuem acionistas comuns, imprimindo-lhe uma direção econômica unitária. Salaria que nos grupos societários há muitas situações nas quais, além do interesse de cada empresa envolvida, há que se considerar aquele do grupo como um todo: “trata-se do chamado ‘institucionalismo grupal’, que substitui o combatido institucionalismo societário por aquele de ‘grupo’, defendendo-se a aplicação, aos grupos de fato, de uma disciplina semelhante à dos grupos de direito”.

Na mesma linha, para Fran Martins¹³², algumas vezes a formação de grupos de sociedades, ao buscar o atendimento de interesses do grupo, prejudica os interesses de algumas sociedades participantes. Para o autor, é um fenômeno de concentração de natureza econômica, resultante do desenvolvimento natural das atividades empresariais e que, de certo modo, caracteriza a evolução do comércio nos dias atuais.

¹²⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. 26. ed. Atual. Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

¹³⁰ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 42.

¹³¹ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 115.

¹³² MARTINS, Fran. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. v. 3: artigos 206 a 300. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Manoel Vargas pondera que uma sociedade do grupo pode funcionar no interesse das demais sociedades e que essa circunstância seria uma exceção ao princípio geral de que a sociedade deve ser administrada no seu melhor interesse¹³³.

A possibilidade de constituição dos grupos de sociedades, segundo Modesto Carvalhosa¹³⁴, atendeu à política econômica defendida pelo governo brasileiro à época de sua inserção na Lei das S/A, que almejava formar conglomerados financeiros, industriais e comerciais, entendendo que esse regime concentracionista seria importante para o desenvolvimento das atividades empresariais do setor privado nacional. De acordo com Modesto Carvalhosa, o modelo japonês, com o *Zaibatsu* e o modelo alemão, com os *Konzern*, inspiraram a iniciativa brasileira, não necessariamente pela sua estrutura jurídica, até porque o *Zaibatsu* não tinha um regramento específico, mas era resultado de privilégios de natureza feudal, e o *Konzern* pode constituir tanto um grupo de direito como um grupo de fato, sujeito à direção única.

Segundo Viviane Muller Prado, o embrião da ideia de grupo de direito ou contratual no Brasil, e da unidade de tratamento das empresas de um mesmo grupo, encontra origem no direito tributário alemão que, para evitar a tributação dos dividendos distribuídos nos vários níveis das sociedades pertencentes a um mesmo grupo, criou mecanismos contratuais para tratar de maneira unificada a empresa formada por várias sociedades, privilegiando os agrupamentos¹³⁵.

Na exposição de motivos da Lei das S/A., os redatores do seu anteprojeto, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira¹³⁶, justificam que o grupo é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante aprovação pelas assembleias gerais de uma “convenção de grupo”, dão origem a uma “sociedade de sociedades”. No grupo, uma sociedade pode trabalhar para as outras porque convencionam combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos ou para participar de atividades e empreendimentos comuns. Para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira: “o grupo são sociedades

¹³³ VARGAS, Manoel. Grupo de Sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.055.

¹³⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. v. 4. Arts. 243 a 300. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305-338.

¹³⁵ PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2- jun.-dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35227#:~:text=PASSADOS%2029%20ANOS%20DA%20VIG%C3%8ANCIA,NA%20FORMA%20DE%20GRUPOS%20ECON%C3%94MICOS>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹³⁶ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** (pressupostos, elaboração). v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 257.

associadas a caminho da integração, que se opera mediante incorporação ou fusão; mas, até lá, as sociedades grupadas conservam a sua personalidade jurídica, e podem voltar à plenitude da vida societária, desligando-se do grupo”.

Rubens Requião discorda dessa observação dos redatores da Lei das S/A a respeito da concepção do grupo como uma organização convencional transitória “a caminho da integração”. Segundo o autor¹³⁷, a conjuntura social e econômica moderna está demonstrando a tendência de agrupamento permanente de empresas, através de conglomerados, sem serem levadas à incorporação ou fusão.

Foi a Lei das S/A que disciplinou, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, os grupos societários de forma sistemática. Conforme lembra Manoel Vargas, antes da publicação da Lei das S/A, o Decreto-lei n. 2.627/1940 já dispunha que se a sociedade participar de uma ou mais sociedades, ou delas possuir ações, do balanço deverão constar rubricas distintas, o valor da participação ou das ações e as importâncias dos créditos concedidos a ditas sociedades, atribuindo aos diretores a obrigação de inserir em seus relatórios informações precisas sobre a situação das sociedades controladas e coligadas¹³⁸.

Conforme previsto na Lei das S/A¹³⁹, apenas os grupos de sociedade de direito podem utilizar a designação “grupo de sociedades” ou “grupo”. Conforme pontua Nelson Eizirik¹⁴⁰, não obstante a regra deste artigo e apesar de seu teor aparentemente cogente, a Lei das S/A não comina qualquer sanção expressa para a hipótese de determinado grupo de fato não observar esse comando. Ressalva, entretanto, que apesar da posição ser pacífica na doutrina, a Comissão de Valores Mobiliários se manifestou de forma divergente sobre a matéria¹⁴¹, ao concluir que companhias integrantes de grupo de fato não poderiam legalmente se intitular grupo.

Para Nelson Eizirik¹⁴², o uso da palavra “grupo” para identificar sociedade integrante de um grupo de fato pode fazer parecer a terceiros que ela integra uma sociedade de direito, sujeita ao regramento específico da Lei das S/A e, em vista disso, os credores e terceiros que negociem com essa sociedade podem, invocando a teoria da aparência, requerer o

¹³⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. 26. ed. Atual. Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

¹³⁸ VARGAS, Manoel. Grupo de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.054.

¹³⁹ Art. 267, § 1º, da Lei das S/A.

¹⁴⁰ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. Arts. 206 a 300. v. IV. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 515

¹⁴¹ PARECER CVM/SJU n. 011/1995. Disponível em:

https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/galerias/pareceres/1995/Parecer_11_1995.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁴² EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. Arts. 206 a 300. v. IV. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 517.

reconhecimento judicial de que sua vinculação com as demais companhias deveria acarretar os mesmos efeitos de um grupo de direito. Neste caso, o Poder Judiciário poderia reconhecer que as obrigações de determinada sociedade se estendem às demais integrantes do grupo, desconsiderando a personalidade jurídica das sociedades integrantes do grupo para reconhecer a responsabilidade solidária.

A despersonalização das sociedades integrantes de um grupo de direito ou de fato é aspecto fundamental do tema investigado nessa dissertação, já que é a partir dessa configuração que ocorrerá a consolidação substancial em recuperação judicial.

Importa ressaltar que os grupos de direito no Brasil são pouco utilizados. Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho criticam a posição do legislador pátrio de, seguindo o modelo alemão, distinguir os grupos de direito dos grupos de fato já que, no entendimento dos autores, “o reconhecimento da existência de um grupo econômico não pode depender da decisão dos próprios interessados”¹⁴³. Complementam a crítica, indicando que o direito grupal brasileiro enfrenta momento de séria crise:

Os grupos de direito são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira, em função sobretudo da inexistência de definição de regras de responsabilidade e da possibilidade de retirada em massa dos minoritários da sociedade quando da celebração da convenção de grupo. Já o por assim dizer direito dos grupos de fato flutua entre regras de responsabilidade mal definidas e disciplina de conflito de interesses de difícil aplicação¹⁴⁴.

Manoel Vargas¹⁴⁵ acrescenta que além do direito de retirada assegurado aos acionistas que discordem da formação do grupo de direito, a ausência de qualquer vantagem fiscal e a necessidade de prévia comunicação e aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), verificadas as hipóteses que determinam tal submissão, acabam por desincentivar a adoção do modelo de grupo de sociedade de direito.

A questão é alvo de estudo no direito societário, já que a ausência de regras de responsabilização dos administradores e da sociedade controladora nos grupos de fato por prejuízos causados às empresas grupadas são mal, ou pouco definidas. Ana Beatriz Margoni¹⁴⁶

¹⁴³ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 412.

¹⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 414.

¹⁴⁵ VARGAS, Manoel. Grupo de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.058.

¹⁴⁶ MARGONI, Ana Beatriz. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP). Disponível em:

alerta para o fato de que o descompasso entre a realidade econômica e a ausência de regras eficazes de responsabilidade na Lei das S/A acarretam falta de proteção efetiva a credores e acionistas minoritários e vem fazendo com que seja aplicada aos grupos de fato, com frequência, a desconsideração da personalidade jurídica, não obstante a previsão expressa, contida na Lei das S/A, quanto à preservação da personalidade e da autonomia patrimonial das sociedades participantes de um grupo de direito¹⁴⁷.

Modesto Carvalhosa, ao analisar essa disposição, defende que a integração dos fatores de produção entre as sociedades afeta substancialmente o seu próprio patrimônio, diante da integração dos seus resultados, seja a favor da direção do grupo, seja pela partição dos lucros entre elas, seja para a formação de um caixa único ou para compensar e equalizar os recursos entre sociedades prósperas e deficitárias. Entende, ainda, que as sociedades integrantes do grupo deixam de ser substancialmente independentes como pessoas jurídicas, afetando a sua autonomia social e patrimonial, e, portanto, a sua própria personalidade jurídica. Ressalta, contudo, que diante da expressa previsão legal, a análise de eventual desconsideração caberá ao magistrado.

Por sua vez, Viviane Muller Prado e Maria Clara Troncoso indicam que o grupo societário conjuga duas características antagônicas: unidade e diversidade. A unidade refere-se à organização econômica e ao centro decisório unificado, enquanto a diversidade relaciona-se à autonomia jurídica de cada sociedade que forma o grupo. Assinalam também que essas duas características coexistem, respectivamente, em razão de dois conceitos fundamentais do direito societário: poder de controle e personalidade jurídica. Ao abordarem a personalidade jurídica das sociedades, destacam:

Esta dependência econômica em razão do poder decisório unificado, todavia, não retira a personalidade jurídica de cada uma das sociedades que formam o grupo e, por consequência, elas permanecem com organizações e patrimônios independentes. É justamente a independência patrimonial e a não-confusão de responsabilidades da controladora e das demais sociedades controladas que fazem desta forma de concentração empresarial o instrumento para a redução dos riscos na expansão dos negócios¹⁴⁸.

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04072012-113122/publico/Dissertacao_Anna_Beatriz_Alves_Margoni_Versao_Simplificada.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

¹⁴⁷ Artigo 266 da Lei das S/A.

¹⁴⁸ PRADO, Viviane Muller; TRANCOSO, Maria Clara. **Grupos de empresas na jurisprudência do STJ**.

Direito FGV (*Working Paper*), nov. 2007, p. 5. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2771/WP1.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

Ampla é a discussão na doutrina societária a respeito do tema. Para Luiz Gastão de Paes de Barros Leães, um certo grau de confusão patrimonial é inerente aos grupos societários, carecendo de uma nítida separação entre interesse grupal e interesse das sociedades. É certo que, no grupo, a formação da vontade de uma sociedade é submetida ao permanente e incontestável poder de controle de outra pessoa jurídica¹⁴⁹.

Essa também é a visão de Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho¹⁵⁰, para os quais a confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo grupo econômico.

A razão de ser do grupo são os benefícios que podem resultar da ação conjunta das sociedades que o integram devendo, portanto, ser reconhecida a existência de um interesse do grupo como unidade econômica, além do interesse da sociedade, isoladamente considerado. Nelson Eizirik acrescenta que a Lei das S/A não proíbe o apoio mútuo, a colaboração e a cooperação entre sociedades integrantes do grupo de fato, visto que pode ser fonte de benefícios econômicos para as sociedades interessadas, mas que o limite a essa cooperação, necessário para proteger os credores e os acionistas minoritários, é a proibição de subordinação de interesses e de confusão ou transferência de resultados entre as sociedades¹⁵¹.

A questão é complexa. Viviane Muller Prado observa ser necessária a análise do grau de dependência permitido juridicamente em um grupo de fato e como a presunção legal da autonomia afeta os planos de negócios que consideram o grupo como um todo. Critica a afirmação de que somente os grupos de direito têm regras próprias estabelecidas, e defende que se a noção de autonomia da sociedade controlada for interpretada no seu extremo, é possível chegar a duas conclusões hipotéticas que explicam os grupos de fato no Brasil:

A primeira é que as empresas grupais brasileiras não funcionam como unidade econômica e cada sociedade do grupo é efetivamente gerida de forma independente. A segunda: as regras de direito societário não são aplicadas com o rigor que exige a completa autonomia das sociedades controladas. A primeira conclusão implicaria dizer que não há estruturas grupais com unidade de direção em nosso país. Já a segunda teria um cunho de ilegalidade, indicando que as empresas estruturadas em grupo teriam suas políticas de gestão muitas vezes consideradas à margem da nossa legislação. Pretender que alguma destas duas conclusões hipotéticas se verifique, entretanto, seria exigir o vencimento de um modelo sobre a realidade. A meu ver, elas estão no limite,

¹⁴⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004, p. 378.

¹⁵⁰ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

¹⁵¹ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. Arts. 206 a 300. v. IV. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 499.

são radicais e não representam um avanço no estudo do direito societário em confronto com a realidade dos grupos econômicos¹⁵².

A autora propõe que seja amenizado o estereótipo da sociedade completamente independente como único parâmetro para a concepção jurídica das sociedades pertencentes a grupos econômicos, já que nos grupos econômicos é inegável que o controlador tem interesses empresariais em todas as sociedades das quais participa.

Seguindo este raciocínio, os grupos societários existem quando, em uma relação de dependência entre sociedades, o conjunto forma um todo no qual se observa a ligação que ultrapassa o simples exercício do controle. Nos grupos, o controlador não tem apenas o interesse de obter os direitos relacionados à sua posição de sócio, mas também os exerceria de forma a coordenar as atividades de todas as empresas para atingir o melhor resultado global.

Finaliza a autora indicando ser necessário rever alguns conceitos que exigem que empresas organizadas em estruturas grupais guardem completa independência, merecendo um tratamento jurídico como se fossem autônomas economicamente. Ilustra a posição contraditória, afirmando que para a responsabilidade, reconhece-se a unidade; para a visão interna de exercício do poder, continua-se tratando as sociedades como se independentes fossem.

Situação diversa ocorre quando, no interior do grupo, as diversas personalidades jurídicas não são preservadas como centros de interesses autônomos, ainda que não se exija a separação absoluta, como visto, de pouca probabilidade em um grupo societário por sua própria natureza. A disciplina do grupo societário não é respeitada por quaisquer dos seus integrantes, que atuam conjuntamente, além da confusão patrimonial, unidade de gestão e de empregados e o prevalecimento de um interesse comum do grupo em detrimento dos interesses sociais das pessoas jurídicas.

Segundo Marcelo Sacramone, essa disfunção social pode apresentar consequências relacionadas à consolidação substancial, pois em face dos credores, essa atuação conjunta das pessoas jurídicas implica que, nas relações jurídicas celebradas, pode não ter havido a mensuração de risco de recebimento em razão apenas do patrimônio individual da contratante,

¹⁵² PRADO, Viviane Muller. **Grupos societários**: análise do modelo da Lei 6.404/1976. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2- jun.-dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35227#:~:text=PASSADOS%2029%20ANOS%20DA%20VIG%C3%8ANCIA,NA%20FORMA%20DE%20GRUPOS%20ECON%C3%94MICOS>. Acesso em: 03 nov. 2021.

mais sim de todo o grupo societário, que atuava unido para tutelar seus interesses comuns¹⁵³. O tema é recorrente no cenário brasileiro das empresas em crise.

A redação original da LRF não trazia um regramento específico à questão. Os juristas nacionais e a jurisprudência, ao longo do tempo, cuidaram de traçar algumas características comuns para determinar o tratamento de determinadas situações verificadas na recuperação judicial de sociedades agrupadas. Recentemente¹⁵⁴, a LRF foi alterada, e passou a ter um título especialmente dedicado ao tratamento da consolidação processual e da consolidação substancial.

A discussão interessa ao tema aqui abordado já que as situações mais prováveis para o tratamento da recuperação judicial de incorporadoras imobiliárias com patrimônio afetado serão vistas, como já o foram, em configuração de grupos societários, nos quais a medida recuperacional é requerida em litisconsórcio. Em outros casos, poderá ocorrer a determinação de consolidação substancial obrigatória. Nessa hipótese, mais adiante, as considerações a respeito da autonomia da personalidade jurídica e do patrimônio de sociedades agrupadas serão apresentadas trazendo contribuições valiosas à discussão no âmbito societário.

3.4 Litisconsórcio ativo – facultativo, necessário, comum e unitário

O litisconsórcio em uma recuperação judicial pode representar eficiência e redução de custos às sociedades em situação de crise. O processamento conjunto da recuperação judicial de duas ou mais empresas ligadas por laços societários representará otimização de custos e será eficiente; é possível contar com um único administrador judicial, com a possibilidade de reunião conjunta de comitê de credores, além de simplificar a apuração de créditos e facilitar a troca de informações entre as sociedades.

Conforme demonstrado pelos estudos do Observatório de Insolvência, o litisconsórcio em processos de recuperação judicial, de fato, aumenta as chances de deferimento do processo.

Para Sheila Neder Cerezetti, “a simples possibilidade de lidar com a crise em processo único pode gerar maior chance de sucesso e redução de custos¹⁵⁵.”

¹⁵³ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 199.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei n. 14.112/2020.

¹⁵⁵ CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupo de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Luiz Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Processo societário**. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 16.

A regra geral do litisconsórcio (art. 113 do Código de Processo Civil), permite que duas ou mais partes demandem conjuntamente, no mesmo processo, se entre elas houver comunhão de direitos ou obrigações e ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

A atuação em litisconsórcio não pressupõe a existência de uma relação jurídica formal, de um contrato entre as partes. Basta haver um ponto comum de fato e a legitimidade de todas elas para a demanda. Há litisconsórcio sempre que existir uma pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação processual.

Sem a pretensão de tratar o tema com a profundidade e as minúcias dedicadas pela doutrina processualista, no que se refere ao objetivo desse trabalho, ressaltam-se apenas as características fundamentais do litisconsórcio: facultativo ou necessário; comum ou unitário.

O litisconsórcio poderá ser facultativo ou necessário, no que se refere à sua formação. A primeira modalidade, conforme indica a própria denominação, resulta de mera conveniência dos litigantes. As partes poderiam obter decisões individuais, demandando individualmente. No caso da recuperação judicial de um grupo de sociedades, cada uma das sociedades poderia ingressar individualmente com o seu próprio pedido, mas preferem fazê-lo em conjunto, visando aos benefícios da economia processual.

Conforme sintetiza João Gilberto Gonçalves Filho, o princípio da economia processual é inerente a qualquer atividade humana e escora-se numa máxima de sabedoria que é de, sempre que possível, aumentar a relação custo-benefício e fazer mais com menos. Diminuir custos, diminuir etapas, diminuir esforços, sempre que essas diminuições não implicarem lesão a direitos das partes envolvidas¹⁵⁶.

Já o litisconsórcio necessário é uma imposição legal. Para Fredie Didier Jr.¹⁵⁷, a identificação dos casos nos quais o litisconsórcio é necessário depende do exame do direito positivo. A solução é normativa, não teórica. Cada ordenamento pode definir os casos nos quais se reputa indispensável a formação do litisconsórcio.

Segundo o autor, a doutrina convencionou chamar de legitimação conjunta o litisconsórcio necessário, já que a presença de todos os litisconsortes no processo é indispensável para o seu desenvolvimento válido, tornando impossível tratar a situação litigiosa

¹⁵⁶ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 58.

¹⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. Ano II, n. 2, maio 2013, p. 35. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/147593>. Acesso em: 26 set. 2021.

sem a presença de todos os interessados no processo, daí dizer-se nula ou anulável a decisão que o tenha desrespeitado.

Não havendo tal obrigatoriedade, o litisconsórcio será facultativo.

Sempre que houver litisconsórcio haverá pluralidade de causas ou poderá ocorrer situação em que as várias pessoas demandem como litisconsortes de uma causa só? A questão, levantada por Ovídio A. Baptista da Silva,¹⁵⁸ leva a uma distinção entre os efeitos do litisconsórcio que muito interessa ao estudo aqui desenvolvido, e indica a sua classificação, como comum ou unitário.

Se os litisconsortes discutem em juízo uma relação jurídica incindível, o litisconsórcio é unitário. De acordo com Fredie Didier Jr.¹⁵⁹, a discussão conjunta deve dizer respeito a uma única relação jurídica, indivisível, pois se os litisconsortes discutem conjuntamente mais de uma relação jurídica, não há litisconsórcio unitário. Por outro lado, tratando-se de uma relação jurídica indivisível, não há como a decisão sobre ela ser diferente para esses litisconsortes. Não obstante sejam vários, formem uma pluralidade, os litisconsortes serão tratados como se fossem um único sujeito; serão tratados como unidade.

Se houver mais de uma relação jurídica e esta não for indivisível, o litisconsórcio será comum, podendo haver decisões diferentes para cada um dos litisconsortes.

Todo litisconsórcio unitário será necessário, mas a recíproca não é correta. Nem todo litisconsórcio necessário será unitário. Isso porque a ideia de necessariedade está ligada ao pressuposto de formação do processo, e não à uniformidade da decisão.

Naturalmente, o litisconsórcio pressupõe a legitimidade para postular em juízo por todos os litisconsortes. Tratando-se de litisconsórcio em recuperação judicial, todos os postulantes devem atender, no mínimo, aos requisitos indicados no artigo 48 da LRF.

Na recuperação judicial, os efeitos do litisconsórcio ativo podem ser verificados de duas maneiras: o caso do litisconsórcio ativo comum, que implica a consolidação processual, ou o litisconsórcio necessário unitário, que será verificado nos casos de consolidação substancial, que pode iniciar-se como mero litisconsórcio facultativo mas, se aceito pelos credores, ou determinado pelo juiz, poderá tornar-se necessário e unitário.

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 252.

¹⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. Ano II, n. 2, maio 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/147593>. Acesso em: 26 set. 2021, p. 30.

3.5 Consolidação processual

Com a Lei n. 14.112/2020, a LRF modificada passou a prever uma seção especialmente dedicada ao tratamento das consolidações processual e substancial, constantes dos artigos 69-G a 69-K.

Previu expressamente que os devedores que atendam aos requisitos estipulados na LRF para requerer a recuperação judicial e que integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial em litisconsórcio ativo, também denominado consolidação processual (art. 69-G).

A alteração legislativa esclareceu, contudo, que a consolidação processual não implica necessariamente a consolidação substancial, mas apenas a coordenação de atos processuais, garantida a independência dos devedores, dos seus ativos e dos seus passivos (art. 69-I).

O dispositivo legal confirma o que já vinha sendo entendido pela jurisprudência, defendido pela doutrina antes da atualização da LRF, e consubstanciado no Enunciado n. 98 da 3ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em junho de 2019, prevendo a excepcionalidade da consolidação substancial:

A admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial. Isso porque, por interferir na autonomia patrimonial das pessoas jurídicas que compõem o grupo, a consolidação substancial é medida excepcional, que somente se admite quando o contexto fático assim exigir¹⁶⁰.

Será competente para deferir a recuperação judicial sob consolidação processual o juízo do local do principal estabelecimento entre os dos devedores, conforme indicado no § 2º do artigo 69-G, em consonância ao disposto no art. 3º da LRF.

Se deferida a recuperação judicial em litisconsórcio ativo – o que será verificado a partir da suficiência e análise da adequação da documentação de cada devedor integrante do grupo societário – nomeia-se um único administrador judicial e coordenam-se os atos processuais. Não obstante, será mantida a independência dos devedores, dos seus ativos e dos seus passivos, que deverão propor meios de recuperação independentes e específicos para a composição de seus passivos. Os credores de cada devedor deliberarão em assembleias-gerais independentes e

¹⁶⁰ CJF. Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Comercial é encerrada no CJF com aprovação de enunciados**. Publicado em: 11-06-2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados>. Acesso em: 28 jul. 2021.

autônomas, com atas específicas e quóruns de instalação e de deliberação verificados, exclusivamente, em referência aos credores de cada devedor.

Considerando a manutenção da independência dos devedores, a consolidação processual não atribui a mesma sorte aos recuperandos, de maneira que alguns devedores podem obter a concessão da recuperação judicial e outros podem ter a falência decretada, hipótese em que o processo será desmembrado em tantos processos quantos forem necessários. Trata-se, nesse caso, de litisconsórcio facultativo comum.

A alteração na LRF determinou, dentre os requisitos para a consolidação processual que cada devedor deverá apresentar individualmente a documentação exigida no artigo 51 da LRF.

Nesse aspecto, a Lei n. 14.122/2020 também determinou que a petição inicial da recuperação judicial passe a ser instruída com a descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito, ao introduzir o item “e” ao artigo 51 da LRF, que trata dos documentos que devem acompanhar a exordial.

Desse modo, tão relevante quanto a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; das demonstrações contábeis relativas aos 3 últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, acompanhadas de balanço patrimonial, demonstração de resultados acumulados, demonstração do resultado desde o último exercício social e relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção, passa a ser o organograma societário do devedor, com as sociedades de direito e de fato que compõem seu grupo societário, para permitir a análise da situação do devedor e de seu grupo societário, e verificar eventual ocorrência de situação que demande a aplicação dos dispositivos inseridos no artigo 69 e subitens seguintes da LRF, para tratamento de consolidação substancial.

A consolidação processual, conforme constatado nos estudos jurimétricos demonstrados em capítulo anterior, aumenta as chances de deferimento da recuperação judicial, portanto, as chances de soerguimento das empresas. Gilberto Deon¹⁶¹ salienta a evidente economia em se processarem em um único feito as recuperações judiciais de duas ou mais empresas ligadas por laços societários, todas em situação de crise econômico-financeira, em geral advindas das mesmas causas.

¹⁶¹ CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon. In: RIBEIRO, Horácio Halfeld Rezende; WAISBERG, Ivo (org.). **Temas de direito da insolvência** – estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho: anotações sobre a consolidação processual e a consolidação substancial no âmbito da recuperação judicial. São Paulo: IASP, 2017, p. 308.

3.6 Consolidação substancial

A consolidação substancial na recuperação judicial, muito debatida pela jurisprudência, e agora introduzida na LRF, nem sempre estará presente nas hipóteses de litisconsórcio ativo das sociedades recuperandas.

Com a reforma da LRF, passou a ser prevista a possibilidade de o próprio grupo de sociedades requerer a consolidação substancial, com o tratamento único de seus ativos e passivos como se pertencessem a um único devedor, mediante a apresentação de um plano único (art. 69-I, § 1º), o que pode ser denominado consolidação substancial facultativa.

Além da consolidação substancial facultativa, a alteração legislativa facultou ao juiz, em caráter excepcional e independentemente da realização de assembleia geral de credores, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos. (art. 69 -J). Além dos requisitos de interconexão e confusão patrimonial entre as sociedades, a autorização para a consolidação substancial deverá considerar ao menos dois dos seguintes elementos elencados no artigo 69-J, de forma cumulativa: (i) existência de garantias cruzadas; (ii) relação de controle ou de dependência; (iii) identidade total ou parcial do quadro societário; e (iv) atuação conjunta no mercado entre os postulantes.

De se notar que a faculdade prevista no art. 69-J pode ser exercida se a consolidação substancial for requerida pelo grupo de sociedades, provando a existência dos requisitos previstos no art. 69-J, independentemente de aprovação em Assembleia Geral de Credores (“...o juiz poderá autorizar”), ou se for constatado, independentemente de requerimento das sociedades nesse sentido, a ocorrência dos requisitos que determinam a consolidação substancial. No primeiro caso, igualmente seria hipótese de consolidação facultativa, requerida pelas próprias devedoras, mas autorizada sem manifestação dos credores em Assembleia Geral de Credores. A segunda hipótese, determinada pelo juiz, pode ser denominada consolidação substancial obrigatória.

Para um ou outro caso de consolidação substancial não consentida pelos credores em Assembleia Geral de Credores, deverão, portanto, ser observados os requisitos indicados no artigo 69-J.

Contudo, não obstante o inegável avanço na positivação do que de certo modo vinha sendo considerado pela doutrina e jurisprudência para a análise da consolidação substancial, a

falta de precisão dos requisitos indicados no artigo 69-I ainda demandará do Poder Judiciário e dos operadores do direito um esforço para comprovar o efetivo entrelaçamento dos negócios do grupo societário, em nível que recomende o afastamento de sua personalidade e a junção de seus patrimônios como se fossem um só.

Os requisitos formais a serem verificados – pelo menos dois – com a interconexão e a confusão patrimonial das sociedades, por si só, ainda que cumulados, podem, na prática, não serem suficientes para determinar a consolidação substancial. Ou, ao contrário, poderão ser utilizados quase como uma regra e não uma exceção, dado que os requisitos para a sua configuração estão presentes em quase todos os grupos societários¹⁶².

Com efeito, os requisitos elencados no artigo 69-I da LRF são comuns aos grupos societários. Como já visto, a organização das sociedades em grupos é prática corriqueira. Os grupos são formados, justamente, para ter uma atuação conjunta e otimizada. Diante disso, a atuação conjunta no mercado será verificada em quase todos os casos. Igualmente, a relação de controle, embora não necessariamente a relação de dependência, também será intrínseca ao grupo societário, de fato ou de direito.

Segundo Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho¹⁶³, a noção de influência dominante é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle em sua mais vasta generalidade, abarcando não só o controle interno (em todas as suas modalidades), como o externo: “Todavia, a expressão, mais alusiva do que descritiva, carece de precisão, constituindo simples diretriz ou indicação para o intérprete na análise dos elementos de fato”.

Um certo nível de confusão patrimonial, conforme abordado, também é inerente aos grupos societários, assim como certa interconexão entre seus negócios, aliás, razão da formação do grupo, de fato ou de direito.

A identidade total ou parcial do quadro societário também é elemento que usualmente permeia a composição e a organização dos grupos societários. Finalmente, a existência de garantias cruzadas também é observada com frequência nos grupos societários, nos quais a empresa economicamente mais viável “empresta” sua credibilidade e capacidade financeira às demais empresas do grupo, prestando garantias.

¹⁶² FONTANA, Maria Isabel. O passo em falso do legislador com relação à consolidação processual e substancial. In: (coord.) OLIVEIRA Filho, Paulo Furtado de. **Lei de Recuperação e Falência**. Pontos relevantes e controversos da reforma da Lei n. 14.112/20 Indaiatuba: Foco, 2021, p. 107.

¹⁶³ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

Desse modo, a caracterização da consolidação substancial, pela existência de interconexão e pela confusão patrimonial, ainda será de constatação casuística, não obstante o esforço do legislador em oferecer requisitos para a sua configuração.

Nas Cortes dos Estados Unidos, a consolidação substancial tem sido aceita nos casos em que se constata fraude ou confusão patrimonial de tal grau que o seu desentrelaçamento seja mais custoso aos credores. A afirmação é de Kara Bruce¹⁶⁴, ao avaliar que a determinação ou a autorização para consolidação substancial varia conforme as leis estaduais, e será sempre feita de forma casuística. Observa, ainda, que os tribunais tendem a permitir a consolidação substancial quando i) as partes estão tão relacionadas entre si que desembaraçar esse vínculo será mais custoso do que acolhê-lo; 2) quando os credores tenham considerado a capacidade de pagamento de todo o grupo societário para a concessão do crédito; 3) quando os ativos de uma sociedade tenham sido inapropriadamente utilizados por outra; 4) quando as sociedades integrantes do grupo sejam *alter egos* das outras.

Outro aspecto considerado pela doutrina norte-americana, adotada pelo legislador brasileiro, é a existência de uma “unidade excessiva” entre a controladora e as subsidiárias, donde se assume que, nesse formato, as subsidiárias não teriam uma existência independente¹⁶⁵. A consolidação substancial seria uma consequência da relação de dependência entre as sociedades.

Também nesse cenário, a análise deverá ser feita caso a caso, já que a relação de dependência entre as sociedades sempre estará presente nos grupos societários, em maior ou menor grau.

Embora reconhecida pela jurisprudência antes da reforma da LRF, a consolidação substancial era realizada sem critérios pré-determinados, o que gerava insegurança jurídica e falta de previsibilidade ao devedor. A possibilidade de litisconsórcio ativo calcava-se nos princípios gerais do processo civil. Já a consolidação substancial, costumava reunir alguns conceitos para sua configuração, semelhantes aos descritos no artigo 69-I da LRF: (i) interligação das empresas do grupo econômico; (ii) existência de garantias cruzadas e empréstimos entre as empresas do grupo econômico; (iii) atuação conjunta das empresas

¹⁶⁴ BRUCE, Kara J. Non-debtor substantive consolidation: a remedy built on rock or sand? (March 1, 2017). **Bankruptcy Law Letter**, march 2017, v. 37, Issue 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3035978>. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁶⁵ SPRAYREGEN, James H. M; GETTLEMAN, Jeffrey W.; FRIEDLAND, Jonathan P. **The sum and substance of substantive consolidation**. Disponível em: <https://www.kirkland.com/publications/article/2005/12/the-sum-and-substance-of-substantive-consolidation>. Acesso em: 07 nov. 2021.

integrantes do grupo econômico no mercado e (iv) coincidência de acionistas ou de composição societária.

Assim, os artigos 69-G a 69-L, introduzidos na LRF pela Lei n. 14.122/2021, positivaram medidas que já vinham sendo em certa medida aplicadas em relação ao tema e começaram a permitir expressamente que os devedores que atendam a determinados requisitos e integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial sob consolidação processual que, como dito, representa mero litisconsórcio ativo, o que por si só já pode representar economia de custos e tempo para o devedor.

A consolidação substancial facultativa, requerida pelo próprio devedor, e não autorizada pelo juiz conforme previsão do artigo 69-I da LRF, deverá ser aprovada em assembleia geral de credores, e ensejará o tratamento unitário dos ativos e passivos de devedores, como se pertencessem a um único devedor.

Caso a Assembleia Geral de Credores rejeite o plano unitário, os devedores poderão requerer, na mesma oportunidade, a concessão de prazo para a apresentação de novos planos, independentes e específicos, para cada litisconsorte. Alternativamente, o administrador judicial poderá, na mesma Assembleia Geral de Credores, submeter à votação dos credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação do plano de recuperação pelos credores. Embora a consolidação processual não impeça que alguns devedores obtenham a concessão da recuperação judicial e outros tenham a falência decretada, a hipótese de rejeição do plano de recuperação proposto (pelos devedores ou pelos credores), ensejará a decretação da falência das litisconsortes cujo plano tenha sido rejeitado.

Em qualquer dos casos de consolidação substancial (facultativa ou obrigatória), a consolidação substancial acarretará a extinção imediata de garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro, já que ativos e passivos passarão a ser tratados como se pertencessem a um único devedor, e não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular, conforme previsto na LRF, art. 69-K, §§ 1º e 2º.

Embora a LRF tenha introduzido os dispositivos específicos para tratar da consolidação substancial, possivelmente as lições extraídas da doutrina e da jurisprudência construída sobre o tema ainda continuarão norteando a sua aplicação, dada a pouca precisão dos requisitos previstos no artigo 69-J da LRF.

A confusão patrimonial é matéria amplamente debatida na doutrina do direito societário. João Pedro de Souza Scalzilli ilustra a controvérsia de forma bem-humorada, referindo-se a Francesco Galgano e sua parábola sobre a pessoa jurídica; consta que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, mas o homem, não querendo deixar por menos, brincou de Deus

criando, à sua imagem e semelhança, as suas próprias criaturas: as pessoas jurídicas: “Mas de tal monta foram os abusos perpetrados pelo homem e sua criação, que sob eles se abateu a ira e o castigo de Deus – sob a forma de desconsideração da personalidade jurídica”¹⁶⁶ (tradução livre).

A consolidação substancial significa o sacrifício e a abdicação do patrimônio individual das sociedades, se verificados requisitos que indiquem disfunção (“o abuso”), na condução das atividades do grupo societário de modo que a divisão patrimonial e a segregação das personalidades tenham que ser preteridas.

A consolidação substancial enseja a perda de autonomia entre o patrimônio das devedoras: os passivos e ativos de mais de um devedor são tratados de forma englobada, sem observar a individualidade patrimonial de cada devedor, conforme observa Gilberto Deon Corrêa Junior¹⁶⁷.

Anterior à reforma da LRF, e do tratamento específico e previsão da consolidação processual e substancial, esta última, quando determinada ou autorizada, calcava-se na previsão contida no artigo 50 do Código Civil¹⁶⁸, que admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho¹⁶⁹, ao tratarem do sentido e do valor da pessoa jurídica, indicam que o conceito não deve ficar limitado ao plano teórico, com explicações tradicionais mais ou menos viciadas de “essencialismo”. Alertam que no campo das soluções problemáticas avulta a corrente propugnadora do afastamento da separação patrimonial conforme as circunstâncias; em nome da equidade, “a personalidade jurídica cede o passo, na exata medida em que o controle ascende ao primeiro plano da problemática societária e comanda soluções específicas, incompatíveis com o absolutismo da separação patrimonial”.

¹⁶⁶ GALGANO, Francesco. La favolla dela persona giuridica in tutto il rovescio del diritto. Milano: Giuffrè, 2007, p. 28 *apud* SCALZILLI, João Pedro de Souza. **Confusão patrimonial das sociedades isoladas e nos grupos societários**: caracterização, constatação e tutela dos credores. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 13.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Horácio Halfeld Rezende; WAISBERG, Ivo (org.). **Temas de direito da insolvência** – estudo em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho: anotações sobre a consolidação processual e a consolidação substancial no âmbito da recuperação judicial. São Paulo: IASP, 2017, p. 321.

¹⁶⁸ BRASIL. Código Civil (2002). “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

¹⁶⁹ COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 319.

Os debates já produzidos no âmbito societário, notadamente as opiniões mais críticas a respeito da autonomia patrimonial das sociedades grupadas, também poderão contribuir para a avaliação do tema no âmbito recuperacional.

Sheila Christina Neder Cerezetti e Francisco Satiro de Souza Júnior salientam, em estudo já mencionado, a respeito da “silenciosa” consolidação substancial, a observação a respeito do reconhecimento e verdadeira confissão, feito pelas próprias recuperandas nos autos da recuperação judicial, de que suas práticas operacionais pré-concursais não respeitaram a autonomia patrimonial das sociedades. Alegavam existência de caixa comum e exercício de atividades sob a mesma unidade gerencial, indicando a sua pouca preocupação com os efeitos adversos que podem resultar do reconhecimento da confusão patrimonial, em especial o abuso de personalidade jurídica e a autorização para sua desconsideração pelo magistrado.

As circunstâncias fáticas de cada grupo empresarial podem justificar ou não a consolidação, que depende, evidentemente, de cada situação concreta, segundo Alberto Camiña Moreira¹⁷⁰, em manifestação na recuperação judicial do grupo de fato da Queiroz Galvão, no qual atuou como administrador judicial. Segundo Camiña, no caso em apreço, todas as sociedades integrantes daquele grupo deveriam estar presentes no procedimento, inclusive as sociedades que prestaram garantias cruzadas às demais, já que a existência da garantia cruzada não poderia servir, ao mesmo tempo, de argumento para justificar a atuação coordenada, e para eximir a garantidora de se submeter aos efeitos do procedimento recuperacional, autorizando-a a negociar privadamente com seus credores, fora do concurso. Outros elementos a serem considerados na análise é a confiança dos credores ao negociar com o grupo de sociedades, pois a sociedade que gerou confiança para a concessão do crédito não poderia se esconder no momento da consolidação e do entrelaçamento dos negócios, de tal maneira que a confusão patrimonial seja intransponível, inseparável, contraproducente e prejudicial aos próprios credores

Mesmo que o caso citado tenha ocorrido antes da reforma da LRF, nota-se que os elementos ali indicados estão presentes na mudança legislativa que previu expressamente a consolidação processual e substancial nas recuperações judiciais, e poderá servir de norte para a análise e constatação dos requisitos indicados no artigo 69, I, da LRF, autorizadores da consolidação substancial, seja aquela solicitada voluntariamente pelos litisconsortes, e consentida pelo magistrado independentemente de assembleia de credores, ou a consolidação

¹⁷⁰ Manifestação exarada nos autos do pedido de recuperação judicial da Queiroz Galvão Energia S/A, formulado perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP. Processo n. 112016611-2018.8.26.0100, p. 12.137-12.201

substancial coercitiva, determinada pelo magistrado sempre que notar a presença dos requisitos que recomendam, em prol dos credores, a consolidação substancial.

Assim, a consolidação substancial deve ser analisada a cada caso, notadamente quando ocorrer confusão patrimonial intransponível, cuja separação seja mais gravosa aos credores do que a manutenção da personalidade jurídica de cada sociedade – é o denominado entrelaçamento intransponível. A análise casuística, com a redação atual da LRF, poderá ser guiada pelos critérios indicados no artigo 69, I, com a constatação de pelo menos dois dos requisitos objetivos. No entanto, o legislador ainda deixou margem para certa discricionariedade, visto que esses requisitos devem ser cumulados com a análise da situação fática das sociedades, para constatação da efetiva interconexão de seus negócios e a confusão entre ativos ou passivos, de maneira que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos.

Em caso de fraude ou abuso de direito, a consolidação substancial pode ser utilizada como ferramenta para combater estes artifícios que prejudicam os credores. Nessas situações, a consolidação substancial será obrigatória, ensejando litisconsórcio necessário unitário, ou seja, a decisão será uniforme e todas as sociedades do grupo devem integrar o polo ativo, sob pena de nulidade da decisão.

Conforme o entendimento de Luiz Gastão de Paes de Barros Leães, trata-se de utilização abusiva da personalidade jurídica se a sociedade, com intenção de furtar-se de uma obrigação legal ou estatutária, leva aos credores um prejuízo. O uso indevido da personalidade autoriza que seja preterida a separação entre sócios e sociedade. Alerta, contudo, que a desconsideração da pessoa jurídica, como técnica excepcional de modificação de centro de imputação, deve ser de aplicação restrita, como exceção à regra geral de separação patrimonial¹⁷¹.

Essa era a orientação do tribunal paulista a respeito do assunto antes da reforma da LRF: Ao apreciar o Agravo de Instrumento n. 2050662-70.2019.8.26.0000172, tirado contra decisão proferida em recuperação judicial que tramitava na Comarca de Campinas, e que determinou a inclusão de empresa do mesmo grupo econômico no polo ativo da demanda, dada a demonstração de confusão patrimonial e da existência de movimentação de recursos entre as empresas, indicando ser obrigatória a consolidação substancial, “após a apuração de dados que

¹⁷¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004, p. 376.

¹⁷² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento n. 2050662-70.2019.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravante: FR ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. Agravado: Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campinas. Rel. Cesar Ciampolini, São Paulo, j. 07-08-2019.

indiquem disfunção societária na condução dos negócios das sociedades grupadas, normalmente identificada em período anterior ao pedido de recuperação judicial”.

Também nesse sentido, versou o acórdão proferido em agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juiz Marcelo Barbosa Sacramone¹⁷³, na 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital de São Paulo, que determinou a inclusão, no polo ativo, de empresa integrante de grupo de fato das sociedades devedoras sob pena de indeferimento da petição inicial por falta de litisconsórcio ativo necessário.

Essas decisões, como mencionado, são anteriores à reforma da LRF, que previu e autorizou a consolidação substancial, mas servirão como referência para o uso da medida, notadamente nos casos em que for determinada pelo juízo, sem qualquer requisição por partes dos litisconsortes.

3.7 A consolidação substancial das sociedades incorporadoras com patrimônio de afetação

Quando se avolumaram os pedidos de recuperação judicial de sociedades imobiliárias, no período de crise experimentado pelo mercado imobiliário entre os anos de 2014 e 2019, levantou-se a possibilidade de o incorporador pleitear a consolidação substancial de patrimônio afetado, em recuperação judicial. A discussão a respeito da consolidação substancial, nesses casos, antecipou-se à discussão da possibilidade de recuperação judicial, por sociedades com patrimônio afetado.

A LRF, no entanto, não traz um tratamento específico para os patrimônios de afetação em situação de recuperação judicial, limitando-se a fazê-lo em relação à falência do empresário; entende-se, porém, pela desnecessidade desse regramento específico, dadas as características próprias da afetação e da provisória indisponibilidade dos bens até o cumprimento da finalidade para a qual foi instituído.

Para Melhim Chalhub, jamais poderia prevalecer qualquer decisão que invertesse a posição dos adquirentes; em situações em que houvesse de se solucionar o conflito, deveria prevalecer sempre as normas que assegurassem a limitação dos riscos dos adquirentes, dada a incomunicabilidade inerente à afetação, única forma de proteger os valores sociais visados pela

¹⁷³ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento n. 2172093-71.2019.8.26.0000. Agravante: Ecoserv – Prestação de Serviços de Mão de Obra Ltda. Agravados: União (Fazenda Nacional) e Estado de São Paulo. Rel. Mauricio Pessoa. São Paulo, 30-01-2020.

lei; até porque a lógica do razoável recomenda que se considere não escrita a disposição “que possa produzir resultados opostos aos pretendidos pela norma”¹⁷⁴.

Na ocasião, em defesa da possibilidade de consolidação substancial em recuperação judicial de sociedades incorporadoras imobiliárias com patrimônio afetado, integrantes de grupo societário, Sheila Neder Cerezetti sustentou que as regras de preservação do patrimônio separado (art. 119, X, da LRF), teriam sido concebidas para um cenário de falência ou insolvência do incorporador, com emprego de meios liquidatórios e que, em um ambiente de recuperação judicial, a preservação do patrimônio de afetação deveria ser afastada, já que a recuperação judicial almeja preservar a empresa: “sacrifício a interesses individuais faz parte da lógica da recuperação. Não se pode esperar nem mesmo que benesses atribuídas sob o instituto falimentar sejam as mesmas encontradas na recuperação”¹⁷⁵.

Esse posicionamento é anterior à reforma da LRF pela Lei n. 14.112/2020, quando ainda não havia uma previsão específica a respeito da consolidação processual e dos requisitos para a consolidação substancial.

Entretanto, embora não incluído no rol exaustivo dos direitos reais de garantia, até por recair sobre um acervo de bens e não sobre um imóvel específico, e beneficiar credores não identificados individualmente, o patrimônio de afetação contém características que muito o assemelham a um direito real de garantia, mostrando-se presentes, nos seus elementos constitutivos e caracterizadores, os conceitos de prioridade da constituição, publicidade e efeito *erga omnes*.

O patrimônio de afetação submete o acervo de bens afetados ao cumprimento de uma determinada finalidade, de maneira que os recursos afetados só responderão por dívidas relacionadas à finalidade que causou a afetação, e os recursos recebidos pela atividade relacionada ao patrimônio serão destinados à consecução dessa mesma finalidade.

O patrimônio de afetação deve ser constituído pela forma prevista na lei que o instituiu, tornando-se público, visível e oponível aos credores que com o devedor do patrimônio afetado contratarem. Sejam os credores que se beneficiem da afetação, sejam os credores que poderiam requerer a sua desconsideração, tornando-se medida de diligência de credores, ao contratar, verificar esse aspecto.

¹⁷⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 137.

¹⁷⁵ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Parecer a respeito da aplicação da consolidação substancial em processo de recuperação judicial do Grupo Viver, Processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, requerente Inpar Projeto 112 SPE Ltda. e outros, outubro de 2016, p. 22.

O patrimônio de afetação relaciona-se com a limitação de responsabilidade, que diminui custos e preços. Paula Forgioni¹⁷⁶ reforça que o princípio da responsabilidade limitada se funda na oportunidade de facilitar determinadas atividades por meio da limitação da responsabilidade, que por sua vez, traduz-se na diminuição de custos e preços.

Ressalta-se que a constituição do patrimônio de afetação, em quaisquer dos casos em que é facultado¹⁷⁷, deve ser realizada na forma prevista na lei que o instituiu, acompanhado da devida publicidade, a partir de quando passa a ser de conhecimento incontestável dos credores da devedora – sejam aqueles credores que devem ser protegidos pela afetação, sejam os credores que poderiam ser beneficiados com a reunião de ativos.

Abordada com frequência, em defesa da consolidação substancial, é a percepção dos credores, de estarem lidando com um grupo, como se fosse um único ente, a justificar a reunião dos ativos e passivos.

No parecer exarado na recuperação judicial do Grupo Viver, Sheila Neder Cerezetti, ao defender a consolidação substancial de sociedades imobiliárias com patrimônio afetado, pondera que as funções exercidas pelas *holdings* beneficiavam todas e cada uma das sociedades controladas, refletindo administração em que os empreendimentos e propósitos das operacionais não eram vistos em sua individualidade, mas como um projeto do grupo todo:

A presença de unidade financeira e indissociável complementaridade da atividade empresarial, que passa apenas a ser pensada como um todo, reflete malfadada realidade ordinária dos grupos societários brasileiros, em que, não obstante a máxima legal da autonomia patrimonial, ativos e passivos são manejados à luz do propósito grupal, afastando-se os interesses específicos de uma ou outra sociedade. A estratégia empresarial, a sua administração e o seu relacionamento com terceiros passam todos a ser concebidos com vistas ao desempenho de uma atividade única – a incorporação e construção de imóveis – independentemente de, em termos societários, existirem diversas pessoas jurídicas desempenhando os atos que, ao final, contribuem para esta atividade conjunta¹⁷⁸.

Conforme abordado no capítulo dedicado aos grupos societários, um certo grau de confusão é inerente. Viviane Muller Prado alerta que, sob o aspecto organizacional, a estrutura

¹⁷⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2019. p. 112.

¹⁷⁷ Há outros casos de patrimônio afetado, alguns tratados neste trabalho, como os bens da herança, a massa falida e o regime de bens do casamento, que são corolário do próprio instituto e não uma faculdade do seu instituidor. Nessas hipóteses, a forma de instituição e a publicidade não são regra.

¹⁷⁸ CEREZETTI, Sheila Neder. **Parecer a respeito da aplicação da consolidação substancial em processo de recuperação judicial do Grupo Viver**, Processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, requerente Inpar Projeto 112 SPE Ltda. e outros, outubro de 2016, p. 18.

administrativa do grupo também representa um gasto que pode ser substituído pela sociedade *holding*, mantendo a sua função de ter a visão geral do grupo e de estabelecer as diretrizes de condução dos negócios das sociedades controladas¹⁷⁹.

A administração comum também estará presente em todos, ou em quase todos os grupos. A própria razão de ser do grupo, para otimizar seus negócios, leva naturalmente a essa configuração.

Haverá casos de fraude e de total desrespeito à autonomia, ao patrimônio e aos interesses das sociedades; a partir da reforma da LRF, a consolidação substancial obrigatória poderá ser decidida pelo magistrado, ou requerida pelas sociedades, se com isso concordarem seus credores. Contudo, na organização de sociedades imobiliárias, existirá, por certo, algum compartilhamento de decisões entre a *holding* e as controladoras, ou a utilização de estruturas operacionais em comum. Esse compartilhamento, inerente ao grupo societário, não poderá, contudo, indicar automaticamente a perda da autonomia patrimonial, sinalizando fraude na constituição do patrimônio de afetação que qualifique a sua desconstituição.

Ao tratar da personalidade jurídica e da responsabilidade das sociedades integrantes de grupo, Manoel Vargas lembra que a exposição de motivos do Projeto da Lei das S/A absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ter patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco. Segundo o autor, a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção de seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade se assim o desejar¹⁸⁰.

Ademais, a publicidade inerente à constituição do patrimônio de afetação dá a conhecer essa situação a todos os credores que contratam com o grupo societário, que não poderão, posteriormente, alegar desconhecimento e pretender a consolidação como se fosse um único grupo. E assim também não pode pretender a *holding* que requer a consolidação.

A estrutura de documentos desenvolvida pelos financiadores, instituições financeiras, fundos de investimento imobiliário ou securitizadoras de recebíveis imobiliários, ao analisar um projeto imobiliário desenvolvido em sociedade de propósito específico ou com patrimônio afetado, é semelhante ao que se costuma denominar *project finance*, no qual a sociedade, individualmente considerada, terá recursos suficientes para pagar o financiamento. A análise

¹⁷⁹ PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. **Revista Direito GV** n. 2, v. 1, jun.-dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35227#:~:text=PASSADOS%2029%20ANOS%20DA%20VIG%C3%8ANCIA,NA%20FORMA%20DE%20GRUPOS%20ECON%C3%94MICOS>.

¹⁸⁰ VARGAS, Manoel. Grupo de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.062.

de viabilidade do projeto imobiliário, segundo as práticas de mercado, deve considerar, para seu financiamento que com, sem ou apesar da incorporadora, o projeto será viável e os recursos serão devolvidos ao financiador.

Recentemente, por meio da Lei da Liberdade Econômica¹⁸¹, foi introduzido o artigo 49-A ao Código Civil, para reforçar que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores, e que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

No parecer exarado pelo administrador judicial Alberto Camiña Moreira, a respeito do pedido de consolidação substancial formulado na recuperação judicial da Queiroz Galvão Energia S/A¹⁸², foi mencionada essa consideração, a respeito da avaliação do projeto em si e sua comparação a um *project finance*. Na ocasião, reproduziu-se o entendimento de Luís Ferreira Xavier Borges e Viviana Cardoso de Sá e Faria segundo os quais o *project finance* pode ser assim compreendido:

captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, razão de ser das SPEs (Sociedades de Propósito Específico). Neste caso, os provedores de recursos vêm o fluxo de caixa e/ou ativos do projeto como fonte primária de recursos para atender ao serviço da dívida (juros), mais a amortização do principal, a fim de fornecer um retorno compatível sobre o capital investido. [...] Uma das características que distingue o *project finance* das demais modalidades de financiamento é a concessão de crédito a uma entidade jurídica segregada¹⁸³.

A segregação de riscos e, conseqüentemente, de recursos entre os participantes torna essa estrutura de financiamento mais atrativa. As garantias do *project finance* são precipuamente aquelas relativas aos ativos do projeto, os quais espelham a sua rentabilidade:

Tem-se, em síntese, a concepção de sociedades de propósito específico com a finalidade de captar recursos com maior facilidade, dada a segregação de riscos e a possibilidade de satisfação do crédito por meio de recursos gerados pelo próprio empreendimento financiado. Essa separação, jurídica e econômica, foi levada em consideração no momento do financiamento e da

¹⁸¹ BRASIL. Lei n. 13.874/2019.

¹⁸² Processo n. 112016611-2018.8.26.0100 da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo, sendo requerente Queiroz Galvão Energia S/A. e outros.

¹⁸³ BORGES, Luis Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. *Project finance*: considerações sobre aplicação em infraestrutura no Brasil. **Revista do BNDES**, v. 9, n. 18, dez. 2002, p. 244.

constituição das empresas de produção de energia do Grupo Queiroz Galvão¹⁸⁴.

Segundo Alberto Camiña Moreira, o isolamento dos riscos, por meio da constituição de sociedades de propósito específico, contribuiu para a obtenção de recursos; tudo estava isolado na origem, tudo estava segregado, de modo consciente, pelos empreendedores e financiadores. Conclui-se que, nesse cenário, a consolidação substancial representa o movimento inverso ao inicial, com a mistura de todos os empreendimentos como se fossem um só, o que “destrói as bases que fundamentam o cálculo do risco envolvido nos negócios”¹⁸⁵. A análise de riscos na concessão de créditos imobiliários tem impacto em toda a economia. O Banco Central, por meio da Resolução n. 4.676/2018, disciplina o direcionamento obrigatório, a outros financiamentos habitacionais, de pelo menos 65% dos recursos captados em depósitos de poupança pelas entidades integrantes do sistema brasileiro de poupança e empréstimo (SBPE). Trata-se de uma política pública, que prevê vários critérios para a concessão de crédito imobiliário, incluindo disposições a respeito da constituição das garantias imobiliárias.

Por todos esses motivos, a manutenção da segurança jurídica do patrimônio de afetação é essencial ao bom desenvolvimento do setor imobiliário e de outros setores agraciados com essa previsão, como o do agronegócio, no que se refere ao patrimônio de afetação do imóvel rural, para o qual a Lei 13.986/20 especialmente previu a sua não submissão ao procedimento de recuperação judicial do proprietário do imóvel rural¹⁸⁶.

Para Paula Forgioni, os contratos empresariais só podem produzir riqueza em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas: quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas:

na dicção de Irti, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado sabe que o seu agir [e o agir do outro] é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro. Aquele que prever ou antever, onde um sujeito confia no agir de outrem. A ordem diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente típicos e calculáveis pelas partes.

¹⁸⁴ BORGES, Luis Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. *Project Finance: Considerações sobre aplicação em infraestrutura no Brasil*. **Revista do BNDES**, v. 9, n. 18, dez. 2002, p. 244.

¹⁸⁵ CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon. A consolidação substantiva no direito americano. *Revista Ajuris*, 73, p. 2 *apud* Alberto Camiña no Processo n. 112016611-2018.8.26.0100 da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo, sendo requerente Queiroz Galvão Energia S/A e outros.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei 13.986/20, art. 10, § 4º, I.

A máxima *pacta sunt servanda* se coloca como um dos principais pilares da economia de mercado porque, fosse dado ao agente desvencilhar-se do vínculo que voluntariamente assumiu, o tráfico não poderia seguir¹⁸⁷.

No caso do patrimônio de afetação, os apontamentos de Paula Andrea Forgioni se encaixam com perfeição: o próprio incorporador afetou o seu patrimônio ao atendimento de uma determinada finalidade, renunciando à sua livre disposição, obtendo com isso vantagens na comercialização de unidades, na obtenção de crédito e em um regime tributário beneficiado. Não pode o mesmo incorporador, posteriormente, retratar a opção, ao pretender a consolidação substancial com outras sociedades de seu grupo ou com o restante de seu patrimônio, afrontando direito dos adquirentes, fornecedores e financiadores da obra. Não parece razoável ou de boa prática que um credor desse mesmo devedor, ao conceder-lhe crédito, se fiasse na capacidade econômica de todo o grupo, incluindo a sociedade com patrimônio afetado – não estaria agindo com a diligência exigida do homem médio e probo.

Assim, de um lado, o devedor não poderia renunciar à afetação; de outro, os credores do grupo societário não poderiam ter considerado o patrimônio afetado e a análise de risco de crédito ao conceder crédito para outras empresas do grupo, ou mesmo o magistrado não estaria agindo bem ao afastar coercitivamente o patrimônio afetado da sociedade incorporadora, consolidando-o substancialmente, e frustrando os objetivos e a função social da incorporação imobiliária e de toda a coletividade de adquirentes e credores.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, é com esta separação do patrimônio de afetação que se permitirá a determinados credores a segurança de terem o destaque no patrimônio do devedor de um mínimo para responder pelas obrigações assumidas, sem precisar competir, por exemplo, com credores de outros empreendimentos: “A destinação de certos bens ou certo núcleo patrimonial a determinada finalidade importa em reservá-los a certo grupo de credores, mediante vinculação do respectivo ativo para satisfação dos créditos desses credores, com exclusão dos demais credores do patrimônio geral do devedor”¹⁸⁸.

Assim, ainda que inexistente previsão legal específica determinando a manutenção do patrimônio de afetação em caso de recuperação judicial, a natureza do instituto e as características da afetação naturalmente determinam a sua preservação, dispensando qualquer reforço para que esse tratamento seja adotado.

¹⁸⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2019, p. 151.

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021, p. 277.

Os bens sujeitos ao patrimônio de afetação perdem a sua disponibilidade para outros fins que não sejam aqueles vinculados à afetação, prevenindo a sua negociação ou disposição, pelo devedor, em um cenário de recuperação judicial para o qual a disposição se mostra imprescindível ao acordo a ser proposto aos credores. Embora não seja uma garantia real típica, o patrimônio de afetação é ônus que impede a livre disposição do acervo afetado.

Segundo Richard Posner¹⁸⁹, se for impossível determinar a solução “mais justa” em cada caso concreto, é social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre os indivíduos seja realizada pelo mercado, e não pelo direito. A tomada de decisões na sociedade deve ser feita conforme o critério econômico da eficiência alocativa, que reverterá sempre em prol do bem-estar do consumidor. Sua adoção eliminaria o problema da incerteza do direito – a indeterminação da linguagem no sistema positivista clássico deixaria espaço para interpretações divergentes, na análise econômica.

Assim, o aplicador do direito deve manter o patrimônio de afetação das incorporadoras imobiliárias, em processos de recuperação judicial, sem submeter o acervo a tratamento que desrespeite as regras previstas na Lei n. 4.591/1964 para a utilização dos recursos afetados.

3.8 A recuperação judicial das sociedades incorporadoras com patrimônio de afetação

Conforme sustentou-se no capítulo anterior, a consolidação substancial em recuperação judicial de incorporadoras imobiliárias com patrimônio afetado é absolutamente incompatível com a natureza do instituto, e representaria um golpe mortal a uma conquista tão importante do mercado imobiliário. A reunião de ativos e passivos desconsideraria a destinação funcional do patrimônio ao cumprimento de sua finalidade.

Contudo, aspecto diverso diz respeito à possibilidade de recuperação judicial das sociedades incorporadoras de propósito específico com patrimônio de afetação.

Ao ensejo da discussão da possibilidade de consolidação substancial em procedimentos de recuperação judicial de grupos de sociedades dentre as quais havia incorporadoras com patrimônio de afetação, a discussão, na maioria das vezes, sequer abordou a legitimidade dessas sociedades (as incorporadoras com patrimônio de afetação), para requerer a sua recuperação judicial. Nos casos citados, a ênfase das discussões ocorreu envolvendo a consolidação substancial. Por esse motivo, tratamos da consolidação substancial anteriormente à própria possibilidade de recuperação judicial das sociedades incorporadoras.

¹⁸⁹ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 8. ed. New York. Aspen Publisher, 2011.

Impõe-se então abordar, finalmente, a possibilidade de uma sociedade imobiliária de propósito específico, com patrimônio afetado, ingressar com pedido de recuperação judicial, visando reequacionar suas dívidas. Serão tratadas aqui exclusivamente as SPE, por ser este o formato mais usual verificado no mercado imobiliário atual.

Preliminarmente, importa reforçar que a Lei n. 4.591/1964, art. 31-F, prevê a manutenção do patrimônio de afetação em caso de decretação de falência ou insolvência civil do incorporador. Determina, ainda, que os efeitos desses eventos não atingem os patrimônios de afetação constituídos, e que não integrarão a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. Portanto, a afetação é preservada até que seja cumprida a sua finalidade – entrega das unidades vendidas, individualizadas, e o pagamento das dívidas da incorporação. Os bens e direitos afetados não se misturam com os demais bens do falido, permanecendo separados até que se atinja a sua finalidade.

Assim, de acordo com a Lei n. 4.591/1964, falindo o incorporador, os adquirentes poderão¹⁹⁰, nos 60 dias seguintes à decretação da falência, realizar assembleia geral para: i) ratificar o mandato da Comissão de Representantes ou eleger novos membros; ii) instituir o condomínio da construção e; iii) deliberar sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação. O quórum a ser observado é o de maioria simples para a eleição ou ratificação do mandato dos membros da Comissão de Representantes, e será de dois terços dos adquirentes em primeira convocação, ou maioria absoluta dos adquirentes para os demais itens.

A convocação da assembleia aqui referida poderá ser feita i) pela Comissão de Representantes ou, na sua falta, ii) por um sexto dos titulares de frações ideais, iii) por determinação do juiz prolator da decisão falimentar ou iv) pela instituição financiadora, caso a construção tenha financiamento contratado.

Na hipótese de falência do incorporador, a Comissão de Representantes ficará investida de poderes para firmar com os adquirentes das unidades o contrato definitivo de transferência do domínio da unidade imobiliária adquirida, transmitindo posse, direitos, ações e respondendo pela evicção. A Comissão de Representantes também fica investida dos demais poderes para promover todos os atos necessários, se for o caso, à liquidação do patrimônio separado.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei n. 4.591/1964, art. 31-F, § 1º.

Em qualquer dos casos (*continuação das obras ou liquidação do patrimônio separado*), a Comissão de Representantes passa a ser a administradora da incorporação¹⁹¹, podendo receber valores devidos pelos adquirentes e promover medidas de cobrança destas parcelas, devendo aplicá-las na incorporação. Eventuais valores em atraso, devidos pelos adquirentes, deverão ser cobrados e recebidos pela Comissão de Representantes, que deve manter os valores afetados.

Os adquirentes, se decidirem pela continuação das obras, ficam sub-rogados em todos os direitos, obrigações e encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver, e responsáveis individualmente pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades, se outro critério de rateio não for deliberado em assembleia geral por dois terços dos votos dos adquirentes.

Para assegurar o prosseguimento das obras ou a liquidação do patrimônio de afetação, a Comissão de Representantes poderá, em até 60 dias a contar da assembleia de adquirentes que deliberar por uma ou outra alternativa, promover a venda, por leilão público ou outra forma estabelecida pelos adquirentes na assembleia que deliberou por essa providência, das unidades imobiliárias em estoque, ou seja, aquelas que ainda não tiverem sido alienadas pelo incorporador, até a data da decretação da falência.

Não mais sendo possível prosseguir com as obras, o patrimônio de afetação será liquidado, passando a ter como finalidade o pagamento das dívidas da incorporação na seguinte ordem de prioridade, conforme artigo 31-F, § 18: i) pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação¹⁹²; ii) reembolso aos adquirentes das quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações referidas no item anterior; iii) reembolso à instituição financiadora da quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas; iv) reembolso ao condomínio do valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador na proporção do valor obtido na venda; v) pagamento ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 4.591/1964, art. 31-F, § 12, II.

¹⁹² A Lei n. 4.591/1964, em seu art. 31-F, § 20, exclui das obrigações tributárias do patrimônio de afetação as obrigações relativas, de maneira direta ou indireta, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com a incorporação afetada.

da pessoa do incorporador, do valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal; e vi) entrega, à massa falida, do saldo que porventura remanescer¹⁹³.

Se, no procedimento de liquidação do patrimônio separado, o resultado líquido da venda dos bens do acervo afetado devido aos adquirentes, observada a prioridade de pagamentos estabelecida na Lei n. 4.591/1964, não seja suficiente para repor os aportes efetivados pelos adquirentes, reajustados na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador¹⁹⁴.

Como visto, a massa falida será a última beneficiada com os recursos que eventualmente sobejarem na liquidação do patrimônio de afetação. E assim também serão os demais credores da incorporação, não listados na ordem de preferência indicada na Lei 4.591/1964, artigo 31-F, § 18, que contempla tão somente os créditos trabalhistas, previdenciários, tributários, dos adquirentes, de financiamento contraído para a construção, reembolso ao condomínio e finalmente, a massa falida, na qual os credores não incluídos nessa relação receberiam conforme a LRF.

Em síntese, em caso de falência do incorporador, a Lei n. 4.591/1964 assegura aos adquirentes de unidades imobiliárias com patrimônio afetado dois caminhos: a continuidade das obras ou a liquidação do patrimônio afetado, mediante a venda dos bens e direitos que o compõem e a partilha do produto líquido dessa alienação entre os respectivos adquirentes, após o pagamento dos demais credores indicados na Lei 4.591/1964, artigo 31-F, § 18

Em ambos os casos, a Lei atribui à Comissão de Representantes direitos e poderes para implementar as respectivas providências. Caso a decisão seja pela continuidade das obras, os adquirentes ficarão automaticamente sub-rogados nos direitos, obrigações e encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver, e deverão arcar com os custos adicionais para a construção, se houver.

Também é imputado aos adquirentes, se deliberada a continuidade das obras após a falência da incorporadora, a obrigação de pagamento de todas as obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador.

Essa obrigação de pagamento deverá ser cumprida em até um ano da deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior, sob pena de perda de eficácia

¹⁹³ Lei n. 4.591/1964, art. 31-F, §18, VI.

¹⁹⁴ Lei n. 4.591/1964, art. 43, VII.

da deliberação pela continuidade da obra¹⁹⁵. A perda de eficácia, nesse caso, ensejaria a liquidação do patrimônio separado.

Em um cenário de falência da incorporadora, o patrimônio de afetação será preservado até o cumprimento de sua finalidade, que será a continuidade das obras, ou a sua liquidação, se assim deliberado pelos adquirentes. Pode-se dizer que a deliberação dos adquirentes pela liquidação do patrimônio separado altera a finalidade dos bens afetados, que passarão a responder exclusivamente pelas dívidas da incorporação, aí incluídos os reembolsos a serem feitos aos adquirentes pelo que tenham desembolsado ao incorporador. Seja no caso de continuidade das obras ou em caso de liquidação do patrimônio separado, ao final, eventual saldo voltará a integrar o patrimônio do incorporador, incorporando-se à massa falida eis que, cumprida a finalidade, a afetação deixa de existir.

A liquidação do patrimônio de afetação significa, portanto, a venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação para pagamento das dívidas da incorporação, na ordem estabelecida na Lei n. 4.591/1964. Embora o artigo 31-E indique como hipótese de extinção do patrimônio de afetação a liquidação deliberada pelos adquirentes, entendemos que a efetiva extinção do patrimônio de afetação somente ocorrerá depois de concluído o processo de venda dos bens e direitos integrantes do acervo afetado, quando se atingirá a sua finalidade, assim configurada após a deliberação dos adquirentes em assembleia.

A esse respeito, vale salientar que o artigo 31-E determina que o patrimônio de afetação também será extinto pela averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento. A requerimento das partes, o patrimônio de afetação poderá ser extinto parcialmente, após a averbação da conclusão das obras, conforme forem sendo registrados os títulos de domínio e averbado o cancelamento do termo de quitação da dívida contraída junto ao financiador das obras.

Importante mencionar que os procedimentos previstos na Lei n. 4.591/1964 para preservar o patrimônio de afetação e os interesses de adquirentes e credores na hipótese de falência do incorporador, incluindo a possibilidade de continuação das obras ou a liquidação do patrimônio separado, também são possíveis¹⁹⁶ em caso de imotivada paralisação das obras, por

¹⁹⁵ BRASIL. Lei n. 10.931/20, art. 9º.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei n. 4.591/1964, art. 31-F, § 2º.

mais de 30 (trinta) dias, ou retardo excessivo de seu andamento, nesse caso, independentemente de falência do incorporador.

A LRF válida, no seu artigo 119, IX, o tratamento conferido pela Lei n. 4.591/1964 ao patrimônio de afetação, em caso de falência do incorporador, reiterando que o tratamento será aquele determinado na legislação respectiva, devendo ser mantidos separados dos bens do falido, até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, os bens, direitos e obrigações do patrimônio afetado, dispondo que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

Embora clara a respeito do tratamento a ser conferido aos patrimônios de afetação em relação ao falido, tanto a Lei n. 4.591/1964 quanto a LRF são silentes em relação à recuperação judicial, mesmo após a sua reforma recente. A razão mais simples para a ausência de regramento é cronológica, já que em 2001, quando da edição da Medida Provisória n. 2.221, que inaugurou o tratamento do patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, ou em 2004, quando da edição da Lei n. 10.931, ainda não estava em vigor a LRF, que introduziu a recuperação judicial no ordenamento brasileiro, de maneira que, naturalmente, a Lei n. 4.591/1964 não poderia prever tal situação.

De todo modo, resta claro o intuito presente na lei falimentar de preservar o patrimônio afetado, ainda que só se refira às hipóteses de falência.

Entretanto, é necessário ter clareza quanto ao tratamento a ser conferido aos patrimônios afetados, sob a perspectiva dos credores da sociedade desenvolvedora de projetos imobiliários, já que segundo Ivo Waisberg¹⁹⁷, a dinâmica concursal, tanto na recuperação judicial da empresa como da falência, gira em torno da capacidade de pagamento dos ativos do devedor para solver as suas dívidas. É sobre esse patrimônio que os credores calcularão as chances de recuperar seus créditos.

Em uma incorporação sujeita a regime de afetação, o propósito da atividade empresarial é específico e delimitado, notadamente se desenvolvido em uma SPE.

Como visto, a recuperação judicial tem nítido viés negocial, de maneira que os credores, reunidos em assembleia geral, possuem a faculdade de: (i) aprovar o plano apresentado pela sociedade e seguir com a recuperação judicial, ou (ii) rejeitar o plano apresentado e optar pela

¹⁹⁷ RIBEIRO, Horácio Halfeld Rezende; WAISBERG, Ivo (org.). **Temas de direito da insolvência** – estudo em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho: anotações sobre a consolidação processual e a consolidação substancial no âmbito da recuperação judicial. São Paulo: IASP, 2017, p. 494.

saída mais drástica, a falência do devedor. Apenas em segundo plano a LRF visa à extinção da atividade empresarial que não tenha condições de sobrevida.

Atendendo ao princípio da preservação da empresa, busca-se recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, a manutenção de empregos e os interesses de terceiros, especialmente dos credores. A preservação da empresa é a força nuclear do sistema recuperacional, é o objetivo supremo que privilegia o interesse da empresa, em detrimento, se necessário, do interesse do empresário, afastando-o, se for o caso, para manter a fonte produtiva, o empreendimento e o emprego dos trabalhadores.

A força nuclear do patrimônio de afetação é a entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes e o pagamento dos credores que contribuíram para aquela incorporação, em detrimento, se necessário, da incorporadora, afastando-a, se for o caso, para manter o andamento da obra e assegurar a entrega das unidades aos adquirentes e o pagamento dos credores, para o que a Lei n. 9.514/64 prevê os devidos mecanismos.

Pode-se dizer que o patrimônio de afetação se coaduna com o princípio da preservação da empresa; esta última, no caso das incorporações imobiliárias, é a conclusão de sua finalidade, a conclusão do empreendimento imobiliário, a entrega das unidades contratadas e o pagamento aos credores, conforme previsto pela Lei n. 4.591/1964, antes mesmo da inserção do patrimônio de afetação no ordenamento brasileiro.

Após algumas explicações a respeito do patrimônio de afetação feitas ao longo desta pesquisa, parece ser razoável sustentar a desnecessidade de previsão específica para tratar do patrimônio de afetação em um cenário de recuperação judicial. A preservação seria de rigor, dada a separação dos ativos do patrimônio geral da sociedade, e a sua destinação ao cumprimento da finalidade para o qual foi afetada. Os bens integrantes do patrimônio de afetação não podem ter a sua destinação desviada para outras finalidades, estranhas ao cumprimento de seu desiderato. Preservar o patrimônio de afetação, portanto, significa manter a sua finalidade, e destinar todas as receitas, bens e direitos vinculados à incorporação ao pagamento das dívidas da própria incorporação.

Contudo, questiona-se: e se a recuperação judicial da incorporadora com patrimônio afetado respeitasse os limites do patrimônio de afetação sem desviar a sua finalidade e os limites de utilização de seus recursos? E se o patrimônio de afetação se coadunasse com os termos de sua recuperação?

Para Francisco Satiro de Souza Junior, há incompatibilidade lógica entre as normas da Lei n. 4.591/1964 e a Lei n. 11.101/2005, pois os adquirentes das unidades imobiliárias não possuem crédito submetido nem terão voz ou participação na recuperação judicial já que não são titulares de créditos pecuniários contra a incorporadora. A situação inverteria a lógica de proteção que os teriam levado a adquirir as unidades, aplicando um golpe fatal no regime de proteção da Lei n. 4.591/1964. Em outras palavras, seria transformar os adquirentes de “condutores” a “passageiros” do processo de solução da crise do empreendimento.

O simples fato de que nem incorporador, nem seus credores pecuniários possuem poder para definir os destinos do patrimônio de afetação é suficiente para afastar qualquer possível legitimidade para decisão de adotar o regime da recuperação judicial – modelo de negociação exclusivo entre devedor e alguns credores pecuniários – ainda mais em conjunto com outras empresas também marcadas pela segregação de patrimônio. Considerando-se que os adquirentes não possuem crédito submetido, nem terão voz ou participação na recuperação judicial, permitir-se um pedido de recuperação judicial da SPE com patrimônio de afetação – ainda mais em consolidação processual – é inverter completamente a lógica de proteção que os teriam levado a adquirir as unidades, aplicando um golpe fatal no regime de proteção da Lei 4.591/64. Em outras palavras, é transformar os adquirentes de “condutores” a “passageiros” do processo de solução da crise do empreendimento, em rigorosa contradição com o regime previsto para incorporação imobiliária¹⁹⁸.

Entendemos, entretanto, que essa alternativa é possível desde que observados os limites do patrimônio de afetação. Implica dizer que, se protegido o patrimônio de afetação e sua finalidade, a incorporadora poderia propor aos seus credores a reestruturação de seu passivo – o passivo do patrimônio afetado – que deveria ser pago com as receitas decorrentes do mesmo patrimônio afetado, por alguma modalidade dentre aquelas permitidas no artigo 50 da LRF, que não ferissem a finalidade da afetação e fossem com ela compatíveis.

De fato, os adquirentes não teriam voz no procedimento, pois não são legitimados a votar na Assembleia Geral de Credores¹⁹⁹. Mas, e se seus interesses continuassem preservados, com a aderência das receitas da incorporação afetada ao pagamento de suas próprias despesas

¹⁹⁸ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Incorporação de imóveis. Patrimônio de afetação por meio de SPE. Recuperação judicial da incorporadora. Consolidação substancial das SPEs incabíveis. Contrato de investimento formalizado por meio de sociedade em conta de participação. Simulação. **Parecer proferido a pedido de LAB Empreendimentos Imobiliários Eireli, nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda.** Processo n. 1132473-02.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo p. 5.181-5.185.

¹⁹⁹ Não obstante o artigo 51, III, da LRF determine que a petição inicial da recuperação judicial seja acompanhada de relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos.

e atendimento do cronograma físico das obras, de forma a assegurar o prazo de entrega contratado?

Os credores legitimados a votar o plano de recuperação são aqueles admitidos pela LRF que não incluem os adquirentes das unidades – credores de uma obrigação de fazer – mas incluiria fornecedores, trabalhadores e o financiador com garantia real. É prática comum no mercado imobiliário a outorga de hipoteca para garantir o financiamento à produção ao invés da alienação fiduciária, que não se submeteria à recuperação judicial, pois a garantia fiduciária, por sua natureza e pela perda da propriedade plena pelo fiduciante, representa alguns óbices no processo de comercialização das unidades imobiliárias.

A afetação atende à necessidade de conferir tutela especial a todos quanto contribuíram para a realização da obra, sejam aqueles que tenham contribuído para erigir o edifício com seu esforço pessoal – os trabalhadores – ou aqueles que a financiaram com seus recursos – os adquirentes e as entidades financiadoras – e, ainda, os credores preferenciais por créditos previdenciários e fiscais vinculados ao negócio. Portanto, a afetação visa a garantir que as receitas de cada incorporação sejam rigorosamente aplicadas na realização do respectivo empreendimento, impedindo o desvio de recursos de um empreendimento para outro ou para as obrigações gerais da empresa incorporadora, estranhas às obrigações vinculadas ao empreendimento afetado²⁰⁰.

Diante disso, a recuperação judicial poderá ser a melhor solução para a situação de crise da incorporação, para preservar a empresa, os empregos, os credores, o interesse dos adquirentes em receberem as suas unidades prontas e acabadas. Com isso, o incorporador estaria satisfazendo à obrigação legal de promover todos os atos necessários à boa administração e preservação do patrimônio afetado, inclusive mediante a adoção de medidas judiciais²⁰¹.

A *contrario sensu*, o plano de recuperação da incorporadora com patrimônio afetado não poderia prever forma de pagamento que desviasse a finalidade do patrimônio de afetação. Não é permitido à incorporadora considerar que os bens e direitos que compõem o acervo afetado se prestem ao pagamento de outras dívidas da mesma sociedade, ou de outras sociedades de seu grupo, em caso de consolidação substancial. A liberdade de dispor dos seus bens, pela incorporadora, foi restringida pela afetação, de maneira que qualquer proposta de

²⁰⁰ CHALHUB, Melhim Namem. A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação – a teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à Medida Provisória 2.221, de 04.09.2001. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 55, p. 62. São Paulo: RT, jul. 2003.

²⁰¹ BRASIL. Lei n. 4.591/1964, Art. 31-D, I.

reequacionamento de dívidas do patrimônio afetado estará sempre delimitada pelos contornos de sua finalidade. O patrimônio está onerado com a afetação.

Constatada ofensa ao patrimônio afetado no plano de recuperação apresentado pela incorporadora, isso poderá ser objeto de manifestação contrária pelos credores quando da deliberação em Assembleia Geral de Credores, ou pelo próprio magistrado, por afrontar a Lei n. 4.591/1964. Nesse sentido é a opinião de Marcelo Sacramone ao comentar o controle jurisdicional a respeito das decisões tomadas em Assembleia Geral de Credores:

A apreciação jurisdicional é restrita à legalidade das deliberações. O mérito da deliberação foge do controle jurisdicional, o qual, entretanto, deve assegurar a regularidade do procedimento de convocação, os quóruns de instalação e deliberação conforme a Lei. Outrossim, a deliberação que afrontar Lei poderá ser invalidada pelo Magistrado²⁰².

A lição reforça o Enunciado do CJF²⁰³, da I Jornada de Direito Comercial que dispõe: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

A recuperação judicial, eventualmente, pode ser a melhor solução para evitar a falência da incorporadora, possibilitando-a cumprir, por si mesma, a obrigação de entregar as unidades e pagar os credores.

Entende-se, nesta pesquisa, que qualquer plano de recuperação não poderá prejudicar os termos contratados com os adquirentes, tal como a prorrogação do prazo de entrega das obras, por exemplo, já que a proteção específica da Lei n. 4.591/1964 deve prevalecer sobre qualquer outra disposição.

Francisco Satiro de Souza Junior observa que, aos adquirentes é garantida autonomia para decidir sobre o destino do patrimônio de afetação nos casos de falência do incorporador ou paralisação das obras ou atraso excessivo e que, portanto, a Lei n. 4.591/1964 prevê um regime especial, excepcional, aplicável ao caso de crise econômico-financeira que afete o empreendimento constituído sobre patrimônio afetado²⁰⁴. Com efeito, a Lei n. 4.591/1964 prevê

²⁰² SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 153.

²⁰³ CJF. Enunciado n. 44. “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/69>. Acesso em: 25 out. 2021.

²⁰⁴ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Incorporação de imóveis. Patrimônio de afetação por meio de SPE. Recuperação judicial da incorporadora. Consolidação substancial das SPEs incabíveis. Contrato de investimento formalizado por meio de sociedade em conta de participação. Simulação. **Parecer proferido a pedido de LAB Empreendimentos Imobiliários Eireli, nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora**

um regime especial para o tratamento de soluções de crise, quando a situação já está em estado crítico – seja em caso de falência ou atraso das obras que autorize a substituição do incorporador.

Caso os adquirentes deliberem pela continuidade das obras, deverão contribuir proporcionalmente, com os recursos necessários à sua finalização, ao pagamento do financiador, e ao pagamento dos créditos trabalhistas, previdenciários e tributários no prazo de um ano, sob pena de revogação da possibilidade de prosseguimento das obras.

Por outro lado, se decretada a falência do incorporador e os adquirentes deliberarem pela liquidação do patrimônio separado, os credores fornecedores receberão somente ao final, se for o caso, no âmbito da falência do incorporador, com o que sobejar após a distribuição do produto da venda do acervo afetado aos beneficiados indicados na Lei n. 4.591/1964.

O próprio incorporador tem interesse em terminar as obras e pagar os credores para que, ao final, extinto o patrimônio de afetação, possa receber os valores livres. Adicionalmente, em caso de liquidação do patrimônio separado, os créditos devidos aos adquirentes não satisfeitos após a venda do acervo afetado, passam a ser privilegiados na falência, e atingem os bens pessoais do incorporador.

Desse modo, caso o reequacionamento das dívidas do patrimônio seja viável economicamente, e desde que respeitada a finalidade do patrimônio de afetação, os próprios adquirentes podem preferir essa solução para a crise do empreendimento, mantendo a incorporadora, com sua expertise, na administração da incorporação e das obras ao invés de assumir uma situação na qual a incorporadora é substituída, paralisando as obras e sujeitando a gestão do empreendimento à Comissão de Representantes, que nem sempre poderá ter a prática ou a disponibilidade necessária para lidar com esse cenário de crise. A preservação da empresa (o empreendimento imobiliário), nesse caso, poderia ser melhor atendida por meio da recuperação judicial em comparação aos procedimentos previstos na Lei n. 4.591/1964 para a crise do incorporador.

Qualquer desvio do cumprimento do plano de recuperação poderá ser alegado pelos credores e pelos próprios adquirentes, como terceiros interessados, o que poderá levar à decretação da falência do incorporador, reclamando o tratamento específico previsto na Lei n. 4.591/1964 para essa hipótese. O mesmo ocorreria em caso de reprovação do plano de recuperação apresentado pela incorporadora imobiliária.

Assim, caso a falência da incorporadora seja decretada no curso da recuperação judicial, entendemos que as regras na Lei n. 4.591/1964 devem prevalecer em relação às regras da LRF para o caso de falência, inclusive a ordem de preferência de pagamento quando da liquidação do patrimônio separado.

A recuperação judicial ou extrajudicial pode ser um remédio utilizado pelo incorporador para o soerguimento de um empreendimento imobiliário viável, mas com dificuldades de fluxo de caixa.

Esse foi o entendimento manifestado na decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial da FCA Incorporação e Construção Ltda. que, juntamente com outras sociedades integrantes de seu grupo de fato, a Sociedade Incorporadora Residencial Miami Center S/A e Miami Center Participações S/A buscou essa solução. O banco financiador insurgiu-se contra a decisão, alegando que a Sociedade Incorporadora Residencial Miami Center S/A contava com patrimônio de afetação e que, não obstante a conclusão das obras, o credor financiador ainda não havia sido pago, persistindo a afetação, de maneira que as receitas da SPE deveriam responder tão somente pelas obrigações relacionadas àquele empreendimento.

Em sede de agravo de instrumento interposto pela instituição financeira, a Desembargadora Fátima Rafael, da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, afirmou que a decisão agravada resguardou o patrimônio afetado, de forma que pudesse cumprir suas obrigações, mantendo a decisão de incluir o patrimônio de afetação na recuperação judicial, sem consolidação substancial, desde que não houvesse qualquer desvio das receitas para outros empreendimentos.

Ressalta-se, abaixo, excerto do acórdão mencionado:

O legislador, quando editou as Leis 4.591/1964 e 11.101/2005, mostrou preocupação em garantir a separação dos direitos e obrigações da SPE em caso de falência. A norma indica que o patrimônio de afetação deverá se manter apartado do patrimônio do incorporador. Diante desta diretriz legal, a decisão agravada atendeu expressamente as exigências legais para manter em apartado o processamento da recuperação judicial do patrimônio afetado. Demonstrando, assim, preocupação em afastar a possibilidade de confusão patrimonial. Deste modo, o processamento da recuperação judicial, nos moldes deferidos na instância *a quo*, demonstra a preocupação com o patrimônio dos adquirentes e também visa resguardar os direitos atinentes ao agravante. Ora, se resguarda o direito do recorrente, o que leva ao inconformismo apontado?²⁰⁵

²⁰⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Terceira Turma Cível. Agravo de Instrumento n. 0705074-95.208.8.07.0000. Agravante: Banco do Brasil SA. Agravados: FCA Incorporação e Construção LTDA, Sociedade Incorporadora Residencial Miami Center SA e Miami Center Participações SA. Rel. Des. Fátima Rafael. Distrito Federal, 20 set. 2018. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 12 out. 2021.

Posteriormente, em sede de embargos de declaração interpostos contra a decisão que julgou improcedente o agravo de instrumento, a Desembargadora Fátima Rafael assim se manifestou:

Sucede que a legislação de regência não impede a recuperação judicial da SPE, mas, sim, a comunicação do patrimônio afetado.

No caso, constata-se que esta Relatora claramente afirmou que a recuperação judicial não altera a regra da separação patrimonial, pois os patrimônios afetados, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados, até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, de modo que as Agravadas devem cumprir todas as obrigações concernentes ao patrimônio de afetação.

Assim, ao contrário do que sustenta o Embargante, a decisão do d. Magistrado *a quo* não coloca em risco o chamado patrimônio de afetação vinculado aos referidos empreendimentos, pois confere a incomunicabilidade e autonomia ao patrimônio afetado.

Na espécie, definiu-se que o **processamento da recuperação judicial não confere uma aparente discricionariedade para as empresas agirem de forma diversa da pactuada**, ainda que sob o pretexto da preservação do seu patrimônio. Em verdade, o patrimônio de afetação não sofre interferência na recuperação judicial, de modo a ser preservado integralmente.

Esse também foi o entendimento manifestado pelo Juiz Paulo Assed Estefan, da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, ao decidir a respeito do processamento da recuperação judicial da João Fortes Engenharia S.A. e de outras 62 sociedades de seu grupo de fato, todas atuantes do setor imobiliário. Entendeu o magistrado pela possibilidade da recuperação judicial das SPE com patrimônio de afetação, manifestando sua ciência a respeito da controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, nos seguintes termos:

Quanto às SPEs com patrimônio de afetação, ciente da controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, há de prevalecer o deferimento. Isso porque o direito da insolvência no Brasil optou pelo paradigma da preservação da atividade produtiva, de sorte que a interpretação de suas regras deve se dar com vistas a esse norte. Além disso, o legislador cuidou de excepcionar os personagens que não quis ver atendidos pelo processo recuperacional, valendo frisar que o artigo 2º da Lei 11.101/05 não faz referência a sociedades com patrimônio de afetação.

Mas, não é só. A afetação do patrimônio visa a proteger os adquirentes, financiadores, trabalhadores e tantos outros credores vinculados ao respectivo empreendimento contra eventuais tropeços externos da incorporadora, de modo a que isso não lhes atinja. Ou seja, a aposta desses atores se dá sobre aquela iniciativa específica, ficando imune a derrotas porventura sofridas pela sociedade noutras investidas empresariais. Na verdade, a proteção conferida pela Lei 4.591/64 refere-se, portanto, a perigos externos, não a riscos da

própria unidade em construção. Isso quer dizer que, internamente, a evolução dos negócios entre incorporadora e seus credores se dá de forma ordinária, podendo, nessa trilha, ser resolvido pelas formais legais conferidas aos demais mercados, inclusive através do pedido de recuperação judicial, guardada a ausência de comunhão patrimonial.

Sendo assim, mantida a segregação substancial com relação às empresas com patrimônio afetado, inclusive com apresentação de planos de recuperação distintos e, portanto, observada a regra da incomunicabilidade, não há razão para obstaculizar o caminho do soerguimento. Insta salientar, portanto, que, com relação às requerentes com patrimônio de afetação, a consolidação é apenas processual, não substancial²⁰⁶.

Tanto a decisão proferida nos autos da recuperação judicial da FCA Incorporações e Construções quanto a decisão proferida na recuperação da João Forte Engenharia foram objeto de recurso, e até a data desta pesquisa, ainda não foram definitivamente apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça. A decisão proferida na recuperação judicial da João Forte Engenharia foi revertida em segunda instância, mas o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, do Superior Tribunal de Justiça, concedeu efeito suspensivo ao recurso especial da recuperanda, sob os seguintes argumentos:

No caso, a questão central posta a desate cinge-se à definição, à luz da interpretação da legislação infraconstitucional invocada no apelo nobre interposto pela primeira requerente, a respeito da possibilidade de que as Sociedades de Propósito Específico (SPEs) que compõem um mesmo grupo empresarial, ainda que possuam patrimônio de afetação, possam ser submetidas ao processo de recuperação judicial.

Pesquisando a base jurisprudencial desta Corte Superior, observa-se que o tema ventilado ainda não foi objeto de exame no âmbito do STJ, não havendo o registro de nenhum precedente específico.

Assim, verificada a razoabilidade da tese ventilada, bem como a plausibilidade, ao menos em tese, do direito invocado no apelo nobre interposto, deve ser reconhecida a presença do pressuposto relacionado ao *fumus boni iuris* na hipótese vertente.

Paralelamente, em relação ao perigo da demora, constata-se que a existência da designação de leilões judiciais visando à expropriação do patrimônio das sociedades empresariais requerentes demonstram, de forma concreta, a urgência do provimento jurisdicional reclamado, caracterizando, também, a presença do *periculum in mora*.

Assim, presentes, de forma concomitante, os pressupostos para a concessão do efeito suspensivo pleiteado, o pedido formulado deve ser deferido²⁰⁷.

²⁰⁶ BRASIL. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0085645-87.2020.8.19.0001. Recuperação Judicial. Repte: João Fortes Engenharia S.A. e outros. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004E89C7C83DF7078A1592655A5AAF84E13C50C2E453E56>. Acesso em: 21 out. 2021.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Tutela Provisória n. 3572 – RJ (2021/0265210-4), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 23-08-2021.

No caso da FCA Incorporações, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) foi admitida como *amicus curiae*²⁰⁸ no recurso especial interposto pelo Banco do Brasil, que insurge-se contra a possibilidade de recuperação judicial de sociedades incorporadoras com patrimônio afetado, alegando, em síntese, que a novação operada pela recuperação judicial importará em desvinculação do crédito originário à afetação constituída na forma dos artigos 31-A, §§ 1º e 6º da Lei n. 4.591/1964, permitindo que os efeitos da recuperação judicial atinjam as obrigações que compõem o patrimônio de afetação.

Normalmente, os financiamentos bancários para a produção de empreendimentos imobiliários contam com garantia hipotecária, de forma que o crédito do financiador sujeita-se aos efeitos da recuperação judicial.

Entretanto, embora seja possível tecnicamente, a recuperação judicial de incorporadoras com patrimônio afetado, dadas as limitações inerentes ao instituto, que restringem o viés negocial do incorporador, encontra empecilhos de ordem prática, diante da dinâmica do setor imobiliário.

Isso porque, em uma incorporação imobiliária, o credor mais relevante costuma ser o agente financiador que, adotando as melhores práticas do setor, libera os recursos financiados para a incorporadora contra a comprovação de cumprimento de cronograma físico das obras.

Desse modo, a interrupção dos pagamentos dos encargos devidos ao financiador, a fornecedores ou a trabalhadores que comprometa o fornecimento desses materiais e, por consequência, o andamento das obras, levaria o financiador a suspender a liberação dos recursos do financiamento, o que naturalmente poderia acarretar a interrupção das obras.

Habitualmente os créditos decorrentes da compra e venda das unidades imobiliárias são objeto de cessão fiduciária, como garantia do financiamento, somada à hipoteca. Embora a constituição da propriedade fiduciária transfira a titularidade do crédito para o fiduciário, permitindo-lhe efetuar a cobrança direta²⁰⁹ aos adquirentes, normalmente o incorporador conserva essa função, passando-a ao financiador somente em caso de inadimplemento contratual. O inadimplemento, nesse caso, levaria o financiador a reter os valores pagos pelos adquirentes do empreendimento, piorando a situação de liquidez do incorporador. Nesse caso, por se tratar de garantia fiduciária, os valores não estariam sujeitos ao procedimento de recuperação judicial²¹⁰.

²⁰⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. PET no Recurso Especial n. 1819363 – DF (2019/0164491-3), Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 16-08-2021.

²⁰⁹ BRASIL. Lei n. 9.514/1997, Arts. 18 e 19.

²¹⁰ Conforme artigo 49, § 3º, da LRF.

Nesse cenário, em caso de atraso ou de paralisação das obras, o incorporador se sujeitaria às penalidades decorrentes desse evento, incluindo a possibilidade de sua destituição e adoção de providências pela Comissão de Representantes. Em todo caso, a sociedade incorporadora que requerer a sua recuperação judicial, deve demonstrar a possibilidade de honrar suas dívidas, provar a suficiência de recursos financeiros ou patrimoniais para quitar as dívidas do patrimônio separado, momentaneamente afetadas por falta de liquidez²¹¹.

Demonstrada a viabilidade do empreendimento, os adquirentes, financiador e os próprios fornecedores poderiam ver vantagens em reequacionar a dívida da incorporadora com patrimônio afetado *vis a vis* enfrentar um cenário de falência, com a liquidação do patrimônio separado, ou mesmo a substituição da incorporadora por outra, que enfrentaria vários percalços até inteirar-se do estágio das obras e assumir todas as funções sem custo adicional aos adquirentes. Vale lembrar que, nessa hipótese, todas as dívidas trabalhistas, previdenciárias e tributárias devem ser pagas no prazo máximo de um ano, sob pena de revogação da decisão de prosseguimento.

A maioria da doutrina brasileira e estadunidense preceitua que a empresa em funcionamento pode ser mais valiosa para os credores do que o desmantelamento e a liquidação do patrimônio do devedor²¹². No caso das incorporações imobiliárias, a dinâmica do setor confirma essa observação.

Ao final, vale abordar a possibilidade de uma sociedade de propósito específico ingressar com pedido de recuperação judicial, dadas algumas posições doutrinárias contrárias a essa hipótese, sob a alegação de que lhe faltaria o conceito de empresarialidade visto que a entidade não visa ao lucro para distribuição²¹³ de forma que a incorporadora imobiliária organizada sob a forma de uma sociedade de propósito específico, sob esse ponto de vista, não teria interesse de agir para requerer a sua recuperação judicial.

Entendemos, no entanto, que as incorporadoras imobiliárias, ainda que constituídas em forma de sociedade de propósito específico, mantêm o seu interesse e empresarialidade já que, cumprida a finalidade do patrimônio de afetação, os valores remanescentes pertencem à

²¹¹ Conforme artigo 51, § 6º, I, da LRF.

²¹² CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais:** contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p. 47.

²¹³ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Incorporação de imóveis. Patrimônio de afetação por meio de SPE. Recuperação Judicial da Incorporadora. Consolidação Substancial das SPEs incabíveis. Contrato de investimento formalizado por meio de sociedade em conta de participação. Simulação. **Parecer proferido a pedido de LAB Empreendimentos Imobiliários Eireli, nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda.** Processo n. 1132473-02.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, p. 5.171.

incorporadora, que deles poderá dispor da maneira que melhor lhe aprouver. É de seu total interesse maximizar esse resultado. Não se concebe a estruturação de um negócio imobiliário sem o objetivo de resultado positivo, ainda que este resultado seja distribuído ao incorporador apenas após assegurar o custo de construção e o pagamento da instituição financiadora. Não se trata, evidentemente, de atividade filantrópica ou assistencialista.

Desse modo, a recuperação judicial de sociedades imobiliárias com patrimônio afetado pode ser possível, desde que respeitados os limites do patrimônio de afetação, sua finalidade, assumindo-se que o plano de recuperação proposto não prejudicará tal finalidade e que não se desviem os recursos decorrentes da incorporação afetada para o pagamento de outras dívidas da sociedade, vedada a consolidação substancial.

Após a extinção das obrigações vinculadas ao patrimônio separado, os valores que sobejarem serão reincorporados ao patrimônio geral da sociedade, e poderão ser utilizados sem restrição, inclusive para o pagamento de outros credores, não vinculados ao extinto patrimônio de afetação.

A aplicação prática dessa possibilidade dependerá das circunstâncias de cada caso, da viabilidade de se adequar as limitações decorrentes da afetação, e da utilização de seus bens e direitos, ao plano de recuperação proposto.

Caso a incorporadora não cumpra o plano de recuperação, sua falência poderá ser decretada, hipótese em que o acervo afetado deverá ser liquidado na forma prevista pela Lei n. 4.591/1964, se os adquirentes decidirem por não prosseguir as obras.

Desse modo, a possibilidade de recuperação judicial das incorporadoras com patrimônio de afetação não exclui o regramento ou as proteções previstas na Lei n. 4.591/1964.

4 CONCLUSÃO

Constatada a importância da propriedade no ordenamento jurídico e na sociedade, e o importante papel desempenhado pelas atividades imobiliárias na economia brasileira, especialmente aquelas relacionadas às incorporações imobiliárias, a possibilidade de constituição de patrimônio separado nas incorporações imobiliárias representou uma importante conquista para o mercado imobiliário, para os adquirentes de imóveis e para todo o setor de construção civil, que tanto impulsiona a economia brasileira. Preencheu lacuna até então existente na Lei n. 4.591/1964, que já possui, desde a sua edição original, contornos protetivos aos adquirentes de unidades ainda em construção e aos recursos daí captados pelo incorporador, considerados como sendo de economia popular, a justificar a proteção especial do Estado.

Outros exemplos de patrimônio separado, como o das securitizações imobiliárias e o patrimônio de afetação do imóvel rural, também são mecanismos que conferem segurança jurídica aos credores que contratam com esses proprietários, e são essenciais para essas estruturas de concessão de crédito e captação de recursos pelos setores beneficiados.

Assim, além de beneficiar financiadores, fornecedores das obras e adquirentes com as proteções inerentes ao patrimônio separado, nas incorporações imobiliárias, a sociedade incorporadora também se beneficia com custos de captação de recursos mais baratos, maior apelo para a venda das unidades aos consumidores e regime de tributação especial.

Entende-se, após terem sido abordados os conceitos de patrimônio e, especialmente o patrimônio de afetação, que a recuperação judicial das sociedades incorporadoras imobiliárias é possível, desde que observados todos os limites impostos pelo patrimônio de afetação, de forma que o plano de pagamento proposto não desvie os bens e receitas vinculados à incorporação para finalidades estranhas à incorporação. A Lei n. 4.591/1964 não impede a recuperação judicial da sociedade incorporadora com patrimônio afetado, mas, sim, a comunicação do patrimônio afetado.

Dessa forma, os ativos que compõem um patrimônio afetado, funcionalmente destacado do patrimônio comum da sociedade, não podem ser utilizados livremente, em caso de recuperação judicial, serem reunidos com os bens gerais da sociedade ou mesmo com os bens de outras sociedades de seu grupo, desconsiderando o patrimônio previamente afetado. É portanto, imprópria, também qualquer tentativa de submissão do patrimônio de afetação à consolidação substancial na recuperação judicial de um grupo societário, de direito ou de fato.

A recuperação judicial da incorporadora com patrimônio afetado poderá se revelar a melhor solução para a situação de crise do incorporador e para a retomada e conclusão (o soerguimento) do empreendimento imobiliário, desde que observados os ditames da Lei n. 4.591/1964 e a proteção dos adquirentes e credores almejada pela lei, importante conquista do mercado imobiliário.

REFERÊNCIAS

- AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 02 nov. 2021.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMEIDA, Amador Paes de. Os direitos trabalhistas da recuperação judicial e da falência do empregador. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, v. 2, n. 07, p. 67-80. Porto Alegre: Magister, 2004. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000719658. Acesso em: 02 nov. 2021.
- AMARAL, Fernanda Costa Neves do; ROCHA, Mauro Antonio (coord.). **Alienação fiduciária de bem imóvel – 20 anos da Lei n. 9.514/9197**: São Paulo, aspectos polêmicos. Não extinção legal da dívida após o segundo leilão negativo do imóvel. São Paulo: Lepanto, 2018.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas Bookseller, 2001.
- BAIRD, Douglas G. Loss distribution, forum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren. **U. Chi. L. Rev.** n. 54, 1987.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/tiposemprestimo>. Acesso em: 27 jul. 2021.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direitos das coisas**. v. 2. Brasília: Senado Federal, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 2001.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil**: parte general. t. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- BORGES, Luis Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá e. *Project finance*: considerações sobre aplicação em infraestrutura no Brasil. **Revista do BNDES**, v. 9, n. 18, dez. 2002.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 2.732/1965.** Disponível em: http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5BE17725E7793787C30C68B7BD9E26DD.proposicoesWebExterno2?codteor=1196652&filename=Dossie+-PL+2732/1965. Acesso em: 21 jun. 2020

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei n. 8.668/1993.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0h1nvjvks6ff81ebfkul3dbg7a19287351.node0?codteor=1139600&filename=Dossie+-PL+2204/1991. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Processo n. 2041079-66.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31-10-2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** AI 2048229-98.2016.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 15-08-2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** AI 2041079-66.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31-10-2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,** AI 2048229-98.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 15-08-2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,** Agravo de Instrumento n. 2050662-70.2019.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravante: FR Assessoria Empresarial Ltda. Agravado: Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Campinas. Rel. Cesar Ciampolini, São Paulo, 07-08-2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Agravo de Instrumento n. 2172093-71.2019.8.26.0000. Agravante: Ecoserv – Prestação de Serviços de Mão de Obra Ltda. Agravados: União (Fazenda Nacional) e Estado de São Paulo. Rel. Mauricio Pessoa. São Paulo, 30-01-2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Agravo de Instrumento n. 2052507-11.2017.8.26.0000. Origem: Comarca de Taubaté. Rel. Claudio Godoy, DJ 27-11-2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Agravo de Instrumento n. 2193933-11.2017.8.26.0000. Origem: 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Rel. Alexandre Marcondes, DJ 12-11-2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Agravo de Instrumento n. 2007654-14.2017.8.26.0000. Origem: 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Rel. Fabio Tabosa, DJ 12-06-2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Terceira Turma Cível. Agravo de Instrumento n. 0705074-95.208.8.07.0000. Agravante: Banco do Brasil SA. Agravados: FCA Incorporação e Construção LTDA, Sociedade Incorporadora Residencial Miami Center SA e Miami Center Participações SA. Rel. Des. Fátima Rafael. Distrito Federal, 20 set. 2018. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro**. Processo n. 0085645-87.2020.8.19.0001. Recuperação Judicial. Repte: João Fortes Engenharia S.A. e outros. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004E89C7C83DF7078A1592655A5AAF84E13C50C2E453E56>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Pedido de Tutela Provisória n. 3572 – RJ (2021/0265210-4), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 23-08-2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. PET no Recurso Especial n. 1819363 – DF (2019/0164491-3), Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 16-08-2021.

BRASIL. **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro**. Processo n. 19515.720261/2019-96. Acórdão 12-114.511, 6ª Turma. Interessado SPE Empreendimentos Imobiliários Ltda, 28-fev-2020.

BRUCE, Kara J. Non-debtor substantive consolidation: a remedy built on rock or sand? (March 1, 2017). **Bankruptcy Law Letter**, march 2017, v. 37, Issue 3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3035978>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAMBLER, Everaldo Augusto. O sistema financeiro imobiliário e a execução extrajudicial no âmbito da Lei n. 9.514/1997. In: AMORIM, José Roberto Neves (coord.). **Direito imobiliário: questões contemporâneas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Arts. 243 a 300. v. 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASO ENCOL. Imóveis quitados pelos compradores, mas sem escritura, podem ser inventariados como patrimônio da empresa. Falência traz risco para ex-mutuários. **Folha de S. Paulo**. Publicado em: 10 jan. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/imoveis/ci10019907.htm>. Acesso em: 2 jul. 2021.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupo de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Luiz Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti. **Processo societário**. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **Parecer a respeito da aplicação da consolidação substancial em processo de recuperação judicial do Grupo Viver**. Processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, requerente Inpar Projeto 112 SPE Ltda. e outros, out. 2016.

CEREZETTI, Sheila Chritina Neder; SATIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 36, n. 131, out. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. Função social da propriedade. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

CHALHUB, Melhim Namem. A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação – a teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à Medida Provisória 2.221, de 04.09.2001. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 55, p. 62. São Paulo: RT, jul. 2003.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Comercial é encerrada no CJF com aprovação de enunciados**. Publicado em: 11-06-2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados>. Acesso em: 28 jul. 2021.

CJF. **Enunciado n. 44**. “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/69>. Acesso em: 25 out. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – direito de empresa**. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – direito de empresa**. v. 3. 18. ed. Paulo: RT, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORRÊA F. *et al.* ABJ. **Associação Brasileira de Jurimetria**. Observatório da Insolvência. São Paulo, PUC-SP, jun. 2017. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/insolvencia/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon. In: RIBEIRO, Horácio Halfeld Rezende; WAISBERG, Ivo (org.). **Temas de direito da insolvência** – estudos em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho: anotações sobre a consolidação processual e a consolidação substancial no âmbito da recuperação judicial. São Paulo: IASP, 2017.

CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon. A consolidação substantiva no direito americano. Revista Ajuris n. 73, p. 2 *apud* Alberto Camiña. **Processo n. 112016611-2018.8.26.0100**. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo. Requerente: Queiroz Galvão Energia S/A. e outros.

COSTA, Thiago Dias. **Recuperação judicial e igualdade entre credores**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRETELLA NETO José. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CVM. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2020/sdm0820.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

CVM. **Instrução n. 602, de 27 de agosto de 2018**. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst602.html>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CVM. **Memorando n. 17/2017-CVM/SER**. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2017/20171219/0882.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 205, jan-mar. 2015, p. 23-38. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509941/001032607.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jun. 2021.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. Ano II, n. 2, maio 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/147593>. Acesso em: 26 set. 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 347. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1714631/mod_resource/content/1/Dinamarco%20-%20Litisconsorcio.pdf. Acesso em: 02 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio unitário**. Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: RT, 2016.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. Arts. 206 a 300. v. IV. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FABIAN, Christoph. **Fidúcia**. Negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Sucessões**. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FONTANA, Maria Isabel. O passo em falso do legislador com relação à consolidação processual e substancial. In: (coord.) OLIVEIRA Filho, Paulo Furtado de. **Lei de Recuperação e Falência**. Pontos relevantes e controversos da reforma da Lei n. 14.112/20 Indaiatuba: Foco, 2021.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GALGANO, Francesco. **La favolla dela persona giuridica in tutto il rovescio del diritto**. Milano: Giuffrè, 2007.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**. 2. ed. Barueri: Manole, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – direito das coisas. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (*Ebook*).

GUERREIRO, Carolina Dias (coord.). Direito empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2013 *apud* PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. Direito das empresas em crise. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus des droits. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. Rio de Janeiro, **Revista dos Tribunais Online**, 2018. Disponível em: goo.gl/J2EtHU. Acesso em: 03 nov. 2021.

LACERDA, Paulo Maria de. **Da fallencia no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Nacional, 1931.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** (pressupostos, elaboração). v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. 2. ed. São Paulo: BEI Comunicação, 2018.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004.

LÉGIFRANCE. **La service public de la diffusion du droit**. Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 5 jul. 2021.

LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBATO, Moacyr. **Falência e recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil** – direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (*Ebook*).

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006.

MARGONI, Ana Beatriz. **A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04072012-113122/publico/Dissertacao_Anna_Beatriz_Alves_Margoni_Versao_Simplificada.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

MARTINS, Fran. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas** – Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Arts. 206 a 300. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARTINS, Glauco Alves. **A recuperação extrajudicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MATTOS, Eduardo da Silva; PROENÇA, José Marcelo Martins. **Recuperação de empresas** – (in)utilidade de métricas financeiras e estratégias jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MEZZARI, Mario Pazzuti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil** – direito das coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 08 nov. 2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos**. v. 3. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (*Ebook*).

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil: direitos patrimoniais e reais**. v. IV. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PARECER. **CVM/SJU n. 011/1995**. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/galerias/pareceres/1995/Parecer_11_1995.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei n. 11.101/2005 – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/>. Acesso em: 18 jul. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russel, 2003.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Manual do Código Civil brasileiro**. v. VIII: direito das coisas da propriedade. (coord.) Paulo Lacerda. 2. ed. histórica atual legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PETRECHEN, Lígia Caram. **O patrimônio de afetação e a sociedade de propósito específico nas incorporações imobiliárias**. 2016. 144 p. Dissertação (MBA em Real Estate). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016. Disponível em <http://poli-integra.poli.usp.br/library/pdfs/43908e001c8f13b7fa1d5ffdcf656317.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: direito das sucessões**. v. 55. São Paulo: RT, 2012.

PORTAL UOL. O Estado do Paraná. **Tribuna**. Publicado em: 19-01-2013. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/caso-encol-parte-i/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 8. ed. New York. Aspen Publisher, 2011.

PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei n. 6.404/1976. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, jun.-dez. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35227#:~:text=PASSA DOS%2029%20ANOS%20DA%20VIG%C3%8ANCIA,NA%20FORMA%20DE%20GRUP OS%20ECON%C3%94MICOS>. Acesso em: 03 nov. 2021.

PRADO, Viviane Muller; TRANCOSO, Maria Clara. Grupos de empresas na jurisprudência do STJ. **Direito FGV (Working Paper)**, nov. 2007, p. 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2771/WP1.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas – direito das empresas em crise. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. 26. ed. Atual. Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Horácio Halfeld Rezende; WAISBERG, Ivo (org.). **Temas de direito da insolvência** – estudo em homenagem ao professor Manoel Justino Bezerra Filho: anotações sobre a consolidação processual e a consolidação substancial no âmbito da recuperação judicial. São Paulo: IASP, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985400/>. Acesso em: 18 jul. 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. **Revista dos Tribunais Online**, 2018. Disponível em: goo.gl/3udNJj. Acesso em: 03 nov. 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe. Aspectos gerais da lei de recuperação de empresas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 23. ed. Atual. Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil** – direito das coisas. v. VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

SCALZILLI, João Pedro de Souza. **Confusão patrimonial das sociedades isoladas e nos grupos societários**: caracterização, constatação e tutela dos credores. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo (USP), 2014.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário** – teoria e prática. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SEIXAS, Renato. Estruturação societária e proteção patrimonial em empreendimentos imobiliários. In: AMORIM, José Roberto Neves (coord.). **Direito imobiliário**: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 5 v. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 44, 2004.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Incorporação de imóveis. Patrimônio de afetação por meio de SPE. Recuperação Judicial da Incorporadora. Consolidação Substantial das SPEs incabíveis. Contrato de investimento formalizado por meio de sociedade em conta de participação. Simulação. **Parecer proferido a pedido de LAB Empreendimentos Imobiliários Eireli, nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda**. Processo n. 1132473-02.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JR., Walfrido; GUERREIRO, Carolina Dias (coord.). *Direito empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 *apud* PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. *Direito das empresas em crise*. **Revista do Advogado**, ano XXXVI, n. 131.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JR., Walfrido, GUERREIRO, Carolina Tavares. **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin; São Paulo, 2013.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCAZILLI, João Pedro. **Recuperação extrajudicial de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SPRAYREGEN, James H. M; GETTLEMAN, Jeffrey W.; FRIEDLAND, Jonathan P. **The sum and substance of substantive consolidation**. Disponível em: <https://www.kirkland.com/publications/article/2005/12/the-sum-and-substance-of-substantive-consolidation>. Acesso em: 07 nov. 2021

TERRA, Marcelo; PERES, Tatiana Bonatti; DIAS, José Guilherme Gregori Siqueira (coord.). **Alienação fiduciária de bem imóvel e outras garantias**. Indaiatuba: Foco, 2020.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles; PUGLIESI, Adriana Valéria. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Insolvência e crise das empresas**. Tratado de direito empresarial. v. V. São Paulo: RT, 2016

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017 (*Ebook*).

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2011.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Comentários à Lei de Falências. 4. ed. Atual. J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. In: OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARGAS, Manoel. Grupo de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org.). **Direito das companhias**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIVAN, Danilo. **O fim da crise no radar das empresas**. Disponível em: <https://abeciprevista.org.br/o-fim-da-crise-no-radar-das-empresas/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, 2011.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação