

Penhora de edifícios em construção sob regime de incorporação: uma análise mais detida dos casos envolvendo prosseguimento de obras após a destituição do incorporador imobiliário

Beatriz Porto dos Santos¹

Resumo:

O presente estudo tem por finalidade analisar a aplicação da regra de impenhorabilidade descrita no inciso XII, do art. 833, do CPC/15. A intenção é trazer, inicialmente, o escopo da sua inserção no novo diploma processual, diante da preocupação evidente do legislador quanto à proteção da viabilidade das obras de edifícios em construção, ao prever a impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades em regime de incorporação imobiliária. Para que, em seguida, possa ser analisada especialmente a aplicabilidade desta regra protetiva nos casos de prosseguimento de obra pelos promissários compradores, após a destituição do incorporador imobiliário, como medida de garantir a conclusão do empreendimento, propiciando a entrega das unidades prontas e regularizadas.

Palavras-chave:

Impenhorabilidade. Incorporação. Destituição. Prosseguimento das obras. Empreendimento deficitário.

Abstract:

The purpose of this study is to analyze the application of the unseizability rule described in item XII, of Art. 833, of CPC/15. The intention is to bring, initially, the scope of its insertion in the new procedural law in view of the legislator's patent concern regarding the protection of the viability of the works of building under construction, When determining the unseizability of credits arising from the sale of units under the incorporation regime real estate. So that, then, the applicability of this protective rule can be specially analyzed in cases of continuation of work by the promissory buyers, after the removal of the real estate developer, as a guarantee

¹ Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pós-graduanda em Processo Civil pela mesma instituição de ensino. Atuação em direito imobiliário, especificamente na área de recuperação de projetos imobiliários.

measure in order to guarantee the completion of the project, culminating in the consequent delivery of units.

1. Introdução

De forma bastante elucidativa, Eduardo Arruda Alvim, Daniel William Granado e Eduardo Aranha Ferreira², fazendo referência as obras dos doutrinadores Marcelo Abelha, Araken de Assis e Humberto Theodoro Junior, conceituam o termo penhora, a saber:

Penhora é ato de constrição judicial que constitui medida executiva direta, ou subrogatória¹, afinal objetiva que se realize aquilo que caberia ao executado realizar, isto é, a entrega de dinheiro. Por intermédio, com efeito, ocorre a afetação de determinado(s) bem(ns) ou direito(s) do executado, que passará(ão) a se vincular à sorte do processo executivo², o que significa dizer que os bens alcançados pela penhora ficarão à disposição do juízo, com a finalidade de satisfazer a obrigação³.

Desta feita, após efetivada a penhora de determinado bem, este ficará vinculado ao cumprimento daquela obrigação, isto é, o bem penhorado sairá da esfera de disponibilidade do devedor ou responsável patrimonial.

O artigo 789 do CPC, além de trazer a regra da responsabilidade patrimonial do devedor, o qual responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, também estabelece que haverá restrições a esta responsabilidade e serão prescritas em lei. Neste sentido, complementa o art. 832 do CPC ao estabelecer que não estão sujeitos à execução os bens que a lei considere impenhorável ou inalienável. Por sua vez, o art. 833, do mesmo diploma legal, elenca os bens considerados impenhoráveis.

Neste passo, as regras de impenhorabilidade existentes no CPC/15 fundamentam-se especialmente nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. O cerne da sua existência é a proteção daquela universalidade de bens e direitos tidos como essenciais ao executado.

Todavia, tal interpretação deve ser tomada com bastante cautela, pois não são todos os bens e direitos essenciais que devem ser revestidos de impenhorabilidade, como afirmam

² ALVIM, Eduardo Arruda, Daniel William Granado e Eduardo Aranha Ferreira. Direito Processual Civil. Saraiva Jur, 2019. 6ª Ed..

Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas³, mas apenas aqueles “que estejam desempenhando, imune de dúvidas e concretamente, uma função social [...]”.

Neste sentido, como será tratado no próximo tópico, o CPC/15 traz como grande novidade a possibilidade expressa no inciso XII, do art. 833, no tocante à impenhorabilidade dos créditos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação, vinculados à execução da obra.

A inclusão desta hipótese protetiva visou, desde o início do processo legislativo, trazer segurança jurídica aos promissários compradores de boa-fé, adquirentes de unidades autônomas, de que as parcelas do preço do contrato por eles pagas serão investidas na conclusão das obras, e não para pagamento dos demais passivos do incorporador.

Será também abordada a divergência doutrinária e jurisprudencial no tocante à regra de impenhorabilidade, se há ou não restrição da sua aplicabilidade apenas aos empreendimentos afetados.

Por fim, será feita análise da regra disposta no inciso XII, do art. 833 do CPC/15, quando aplicada nos casos de prosseguimento de obras pelos promissários compradores, após a destituição do incorporador imobiliário. Nesta linha, também será tratada a questão da penhorabilidade dos estoques, previstas nos parágrafos 3º e 4º, do art. 862, do CPC/15, especialmente nos casos de empreendimentos deficitários.

2. Breve histórico do processo legislativo: escopo da norma desde a sua origem

Durante o processo legislativo, o texto atualmente constante do inciso XII, do artigo 833, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), foi incluído pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei nºs 6.025, de 2005, 8.046, de 2010, e aos seguintes Projetos de Lei apensados: 1.824, de 1996; 491, de 1999; 4.386, de 2004; 6.025, de 2005; 212, 2.139 e 2.500, de 2007; 3.387, 3.839 e 3.919, de 2008; 5.748, 6.178 e 6.649, de 2009; 8.046, de 2010; 1.628, 1.650, 1.956 e 2.627, de 2011; e 3.743 e 4.110, de 2012.

Tratava-se do artigo 859, inciso XII, do referido Substitutivo, apresentado pela “Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto

³ CABRAL, Antonio de Passo e Ronaldo Cramer. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei nº 5.869, de 1973)”.

Durante o processo de tramitação na Câmara dos Deputados, houve a apresentação de quatro de emendas modificativas ao Projeto de lei nº 8.046, de 2010.

Os Deputados Federais Nelson Marchezan Júnior, Paes Landim, Benjamin Maranhão e Paulo Avi-Ackel, ao apresentarem justificativas acerca das Emendas 100, 153, 194 e 465 de 2011, respectivamente, foram unânimes em fundamentarem suas justificativas na necessidade de que as receitas da incorporação ficassem vinculadas à consecução do empreendimento imobiliário, desta forma, sendo consideradas impenhoráveis, como medida de proteção do consumidor.

A redação final do Substitutivo foi assinada pelo Deputado Paulo Teixeira, da “Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei Nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do ‘Código de Processo Civil’ (revogam a Lei nº 5.869, de 1973)”. Em sede do parecer apresentado, foram aprovadas as emendas mencionadas, incluindo no rol de impenhorabilidades do art. 790 do Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias sob o regime de incorporação imobiliária vinculadas à execução da obra, nos seguintes termos, conforme folhas 424/425 do referido parecer:

Emendas nºs 100 (Dep. Nelson Marchezan Júnior), 153 (Dep. Paes Landim), 194 (Dep. Benjamim Maranhão) e 465 (Dep. Paulo Abi-Ackel), de 2011.

Tratam as emendas mencionadas, que são de mesmo teor, de incluir no rol de impenhorabilidades do art. 790 do Projeto de Lei no 8.046, de 2010, os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias sob o regime de incorporação imobiliária vinculados à execução da obra.

O Relator Parcial Deputado Arnaldo Faria de Sá opinou, no mérito, pela aprovação das emendas aludidas nos termos de subemenda por ele proposta, entendendo ser judicioso, à vista da sistemática já existente quanto ao regime de afetação patrimonial com afetação patrimonial de que tratam os artigos 31-A e 31-F da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Lei das Incorporações Imobiliárias), que se acolha o teor de tais emendas, mas com adaptação para adequada explicitação de enunciado de modo que se preveja a impenhorabilidade dos “créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias sujeitas ao regime de incorporação imobiliária com afetação patrimonial vinculados à execução da obra”.

Manifestando concordância com considerações feitas pelo do referido relator-parcial, somos, no mérito, pela aprovação das emendas mencionadas com a subemenda referida, porém nos termos do substitutivo ora proposto.

Da forma como incluído, permaneceu pelo restante da tramitação e, ao final do processo legislativo, restou aprovado.

Assim, com a edição do CPC/15, restou estipulada a regra da impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra (art. 833, XII).

Como expendido nas linhas anteriores, o escopo desta inclusão teve como cerne a preservação e proteção dos direitos dos adquirentes de unidades imobiliárias, para que estes terceiros não venham a ser prejudicados com pedidos de penhora formulados por credores da incorporadora, já que, eventuais restrições daí decorrentes, têm potencial para inviabilizar o término do empreendimento.

Por outro lado, também há uma proteção para as próprias incorporadoras, de modo a, caso apresentem dificuldades financeiras, esta situação não culmine na penhora dos créditos oriundos da alienação das unidades imobiliárias, e tais recursos fiquem protegidos para serem aplicados na consecução do projeto, para possibilitar a entrega das unidades, com vistas à satisfação da função social da incorporação.

Nesse aspecto, destacam-se os comentários acerca do referido dispositivo legal, de autoria de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros⁴, em sede dos quais fica evidente a intenção do legislador com a inovação em comento:

Como se vê, a intenção foi a de proteger a viabilidade financeira do empreendimento e sua construção, impedindo que a penhora de crédito oriundos da alienação de unidades e afetados à consecução da obra, pudessem atrasar ou mesmo inviabilizar o empreendimento, em prejuízo dos consumidores adquirentes destes imóveis.

Por oportuno, há de se considerar a preocupação em se proteger o direito à moradia (Art. 6º da CF), constitucionalmente garantido, a fim de que os promissários compradores de unidades imobiliárias não tenham o seu patrimônio dilapidado por dívidas da incorporadora, e que tais débitos não inviabilizem a entrega do empreendimento.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. – 2. Ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Importante aqui ressaltar que, embora a intenção do legislador tenha sido a de dar prevalência ao direito dos promissários compradores de unidades autônomas, para trazer a segurança jurídica necessária ao término de obra e conclusão dos empreendimentos imobiliários, tal circunstância não exclui o direito dos demais credores da incorporadora, pois estes poderão se valer do patrimônio geral desta ou, finalizado o empreendimento, utilizar todos os valores excedentes, para o pagamento dos passivos. De todo modo, o que se deve garantir é que esses consumidores, adquirentes de boa-fé, não sofram os prejuízos decorrentes da má-gestão administrativa e financeira da incorporadora e tenham assegurada a finalização do empreendimento.

Diante do breve histórico da tramitação para inclusão deste inciso, não há dúvida que a intenção do legislador para sua inclusão é a notória preocupação quanto à proteção dos direitos destes adquirentes de boa-fé, a fim de garantir que os pagamentos por eles realizados sejam investidos necessariamente na conclusão do empreendimento.

3. Abrangência da proteção normativa: empreendimentos submetidos ou não ao regime do Patrimônio de Afetação

De início, sem a intenção de adentrar as especificidades da matéria, mas tão somente sinalizar suas particularidades naquilo que se faz importante para a compreensão do tema posto em análise, necessário elucidar do que se trata a afetação patrimonial em empreendimentos imobiliários.

A criação deste sistema protetivo se deu com o advento da Lei 10.931/04, a qual incluiu os artigos 31-A e seguintes, na Lei 4.591/64. O Patrimônio de Afetação, conforme dispõe o *caput* do art. 31-A, da Lei 4.591/64, dá-se quando, a critério do incorporador (art. 31-B), o terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliárias e os demais bens e direitos a ela vinculados ficam apartados do patrimônio do incorporador com a finalidade de viabilizar a incorporação e a entrega das unidades. Neste sentido, esclarece Melhim Namem Chalhub⁵:

O “patrimônio de afetação” visa proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, visando a que seus eventuais insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada.

⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 85.

Por efeito da afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes ficam afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades.

Trata-se da afetação patrimonial de determinado empreendimento, para delimitar os seus próprios recursos, para que não se confundam com o patrimônio geral do incorporador. Caso este opte por submeter a incorporação a este sistema protetivo, o qual somente ocorre após a devida averbação na matrícula imobiliária (art. 31-B da Lei 4.591/64), todos os recursos oriundos desta obra afetada devem necessariamente serem nela utilizados, para pagamentos de seus passivos, visando a finalização do empreendimento. A intenção do legislador, ao prever esse sistema de vinculação de receitas, foi trazer maior segurança jurídica aos adquirentes de unidades imobiliárias na planta.

Neste sentido, importante contextualizar sua edição, que veio a ocorrer após a grande quebra da incorporadora Encol S/A, a qual teve sua falência decretada em 1999, deixando quase 700 (setecentas) obras paralisadas por todo o território brasileiro.

Entende-se que a situação chegou neste limite pelo chamado “efeito dominó”, ou seja, a incorporadora finalizava determinado empreendimento com recursos advindos do lançamento de outro projeto imobiliário. Contudo, com o passar dos anos, diversos empreendimentos lançados, cujos recursos foram utilizados na conclusão de outras obras, que já estavam em andamento, foram totalmente paralisados pela crítica situação financeira da incorporadora, o que prejudicou milhares de promissários compradores, com a não entrega das unidades.

Dentro deste contexto, que gerou uma grande insegurança aos adquirentes de unidades na planta, instituiu-se o chamado regime de Patrimônio de Afetação, nos termos da Lei 10.931/04, com a finalidade de criar mecanismos para blindar os recursos de determinado empreendimento, objetivando, especialmente, trazer viabilidade para a conclusão das obras e entrega das unidades.

Desta feita, pelo seu próprio conceito, atém-se que a afetação patrimonial torna incomunicável o acervo correspondente à incorporação, vinculando-o à satisfação dos créditos a ela vinculados⁶. Espera-se, dentro deste sistema de vinculação de receitas, que seja assegurada

⁶ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 86.

a viabilidade necessária para o término das obras, com a consequente entrega das unidades aos adquirentes.

Trazido de forma breve do que se trata o chamado regime de Patrimônio de Afetação, impõe agora considerar a existência de entendimentos doutrinários díspares no tocante à aplicabilidade da proteção instituída no art. 833, XII do CPC/15: doutrina e jurisprudência dividem-se, enquanto alguns doutrinadores e magistrados entendem pela aplicabilidade da regra da impenhorabilidade em toda e qualquer incorporação imobiliária, por outro lado, há entendimento de que esta regra é aplicável exclusivamente nos casos em que haja a submissão ao Patrimônio de Afetação.

Neste passo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷ entendem que essa proteção ao empreendimento, decorrente da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades, estaria restrito somente aos empreendimentos submetidos ao regime do Patrimônio de Afetação, vejamos: “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.”.

Contudo, esta não foi a intenção do legislador, ao trazer tal inovação quando da edição do CPC/15. Para tanto, necessário observar que, em sede do parecer, por meio do qual o Deputado Paulo Teixeira apresentou o Substitutivo ao Plenário da Câmara dos Deputados, transcrito no tópico anterior, constou expressamente a discordância com que a impenhorabilidade em comento se restringisse aos casos com afetação patrimonial.

Ao afirmar que além de não restringir a aplicabilidade do inciso XII, do artigo 833, do CPC/15, aos empreendimentos submetidos ao regime do Patrimônio de Afetação, o intuito do legislador foi no sentido de reafirmar o propósito deste regime, que é o cumprimento da função social da incorporação, protegendo a viabilidade da consecução do projeto imobiliário, a fim de garantir a entrega das unidades aos promissários compradores de boa-fé.

Neste sentido, ao proceder com a interpretação teleológica da norma, somada, ainda, à própria intenção do legislador descrita acima, não há qualquer justificativa que fundamentasse

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Comentários ao Código de Processo Civil. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1828.

a necessidade de o empreendimento ser submetido ao referido regime, para poder ser beneficiado pela impenhorabilidade prevista no inciso XII, do artigo 833, do CPC/15.

Outro argumento que se soma, é a própria inutilidade prática da regra de impenhorabilidade prevista no inciso XII, art. 833 do CPC/15, caso sua aplicabilidade estivesse vinculada apenas aos patrimônios afetados, visto que nestes casos necessariamente já há a vinculação de receitas daquele empreendimento para o próprio projeto, sendo que a afetação se dá especificamente para proteger o patrimônio daquela determinada obra, impossibilitando que o próprio empreendimento viesse a responder por dívidas da incorporadora. Sendo assim, sendo o próprio patrimônio de afetação uma regra de impenhorabilidade, prevista em legislação especial, defender que a regra de impenhorabilidade prevista no Código de Processo Civil somente se aplica nos casos afetados, seria o mesmo que defender sua inutilidade prática, pois para estes casos, a regra especial seria, em tese, suficiente para a proteção e viabilidade da entrega das unidades.

Desta feita, impor qualquer condicionante de forma deliberada, e sem qualquer previsão legal, acabaria por contrariar o próprio escopo da criação do dispositivo, que é a proteção aos empreendimentos em construção. Assim sendo, a inexistência de submissão ao regime do Patrimônio de Afetação não pode ser vista como um óbice para a aplicação da regra da impenhorabilidade prevista no artigo ora em comento. De modo que, sua aplicação é irrestrita para toda e qualquer incorporação imobiliária.

Inclusive este é o entendimento de Melhim Namem Chalhub⁸ :

A impenhorabilidade instituída pelo CPC/2015 é regra geral de preservação dos recursos oriundos das vendas, aplicável a toda e qualquer incorporação, mesmo àquelas não submetidas ao regime de afetação, e, dado seu caráter cogente, veio preencher importante lacuna da Lei no 4.591/64, pois enquanto esta prevê a afetação apenas como uma faculdade do incorporador, o artigo 833, XII, do CPC/15 importa em afetação compulsória das receitas das vendas de toda e qualquer incorporação imobiliária [...].

⁸ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 116-117.

Cumpra salientar que Melhim Namem Chalhub, ao elaborar parecer⁹ ao Projeto de Lei no 5.092/2013, fez constar a natural vocação de toda incorporação imobiliária à segregação patrimonial, nos seguintes termos:

A natural vocação da incorporação imobiliária à segregação patrimonial levou o legislador do Código de Processo Civil, também por iniciativa do IAB, a incluir no art. 833, XII, entre os bens impenhoráveis, “os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. [...]”.

Na obra de Caio Mário da Silva Pereira, atualizada por Melhim Namem Chalhub e Sylvio Capanema de Souza¹⁰, também há menção quanto à possibilidade da aplicação do art. 833, XII do CPC/15, para toda e qualquer incorporação imobiliária¹¹. Inclusive, os atualizadores se posicionam no sentido de que a limitação do campo de incidência trazida pelos patrimônios afetados foi compensada, em certa medida, com essa inovação no CPC/15, que estendeu a regra de preservação dos recursos destinados à obra para qualquer empreendimento, independentemente da submissão ao regime do Patrimônio de Afetação.

Neste sentido, destaca-se o entendimento de Paulo Henrique Figueiredo de Araújo¹², Procurador do Distrito Federal e Especialista em Direito pela Universalidade Federal do Rio Grande do Norte:

⁹ CHALHUB, Melhim Namem. Parecer ao Projeto de Lei no 5.092/2013. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/pareceres/por-comissao/comissao-de-direito-imobiliario/download/632_5c3592890fc588fc5869653923c0a984. Acesso em 01/11/2017.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 262.

¹¹ NAMEM, C. M. Incorporação Imobiliária. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530987053. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 11 Jun 2021: “A impenhorabilidade instituída pelo CPC/2015 é regra geral de preservação dos recursos oriundos das vendas, aplicável a toda e qualquer incorporação, mesmo àquelas não submetidas ao regime da afetação, e, dado seu caráter cogente, veio preencher importante lacuna da Lei nº 4.591/1964, pois enquanto esta prevê a afetação apenas como uma faculdade do incorporador, o art. 833, XII, do CPC/2015 importa em afetação compulsória das receitas das vendas de toda e qualquer incorporação, vinculando-as à execução da obra, independentemente de o incorporador ter ou não optado pela constituição de um patrimônio de afetação para a incorporação imobiliária em questão.”

¹² ARAÚJO, Paulo Henrique Figueiredo de. O sistema de impenhorabilidades no código de processo civil de 2015: inovações e reiteração da (in)eficácia do modelo executivo anterior. Brasília. Revista de Doutrina e Jurisprudência. Ano jun. 2015, v. 106 (2), n. 50, p. 446-459, acesso em 24.06.21. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/41448/o%20sistema%20de%20impenhorabilidades%20no%20c%3%B3digo%20de%20processo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 jun. 2021.

Para reconhecer uma adequada aplicabilidade da impenhorabilidade do art. 833, inciso XII, do CPC-2015, deve-se entender que os valores comprovadamente vinculados à incorporação, mesmo antes da criação do patrimônio de afetação, ou quando esse não se revela constituído, encontram-se protegidos em face da pretensão executiva dos credores do incorporador. Caso contrário, não haveria sentido na impenhorabilidade, pois, nas hipóteses de patrimônio de afetação averbado, esse, por si só, já impediria a penhora do patrimônio vinculado à execução da obra.

Em decisão acerca da recuperação judicial do Grupo Viver, em acórdão¹³ proferido pela 2ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Fabio Tabosa, com voto convergente do Desembargador Cláudio Godoy, apesar de não tratar especificamente sobre penhora de créditos oriundos de alienação de unidades em incorporação imobiliário, houve interessante análise quanto à existência ou não da submissão de determinado empreendimento ao regime do patrimônio de afetação, que se alinha em muito ao raciocínio construído nas linhas pretéritas.

O ponto fulcral de análise deste julgado foi a proteção aos adquirentes de unidades, veja-se:

[...] [diante] do complexo de relações jurídicas e do círculo de direitos e obrigações que determinam em função exclusivamente do seu objeto, um microcosmo a ser necessariamente considerado em separado para efeitos recuperacionais, com total inconveniência de que sejam inseridos os credores, sobretudo os adquirentes, num cenário de universalização, imiscuindo-se com os credores e adquirentes de outros empreendimentos, ou mesmo com credores gerais do incorporador.

Dentro desta perspectiva, a linha de raciocínio formada no julgado acima pode ter sua aplicação para além dos casos de recuperação judicial ou falência, pois sua ideia central, de que a incorporação imobiliária, vinculada a cada empreendimento, deva ser vista como um conjunto de direitos e obrigações, serve também para justificar a necessidade de que haja uma proteção especial a esta relação jurídica, existente entre incorporador e promissários compradores, independentemente da afetação ou não.

¹³ TJSP – AI: 22367728520168260000 SP 2236772-85.2016.8.26.0000, Relator: Fabio Tabosa, Data de Julgamento: 12/06/2017, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 20/06/2017

Ao seguir esta ideia, seria consequência direta a proteção trazida pelo novo código, quanto à impenhorabilidade, que não tem outra finalidade, senão a proteção da viabilidade da execução das obras, como forma de assegurar o direito à entrega da unidade pelo adquirente.

Pode-se afirmar que a inovação trazida pelo CPC/15 presta importante avanço no que diz respeito à Lei 4.591/64, pois a legislação especial faculta ao próprio incorporador proceder com a submissão ao regime protetivo e, somente após a averbação ocorrida na matrícula imobiliária, a critério único e exclusivo do incorporador, o patrimônio do empreendimento ficará incomunicável com os demais direitos e obrigações do patrimônio geral. Noutro turno, o art. 833, XII, do CPC/15 determina essa segregação de maneira compulsória, desde o lançamento da incorporação imobiliária, prevendo a impenhorabilidade de eventuais créditos decorrentes da alienação das unidades para garantir a viabilidade financeira da consecução da obra.

Sendo assim, o nosso novo diploma processual visou assegurar que o sistema protetivo de vinculação de receitas, não ficasse restrito apenas aos patrimônios afetados, pois este decorre da vontade única e exclusiva do incorporador (art. 31-B da Lei 4.591/64), para que toda e qualquer incorporação imobiliária tenha naturalmente esta incomunicabilidade, pois a finalidade da norma é a proteção do adquirente de unidade, que não possui nenhuma ingerência quanto à opção do incorporador ao proceder com a submissão ao regime de afetação.

4. Regime geral de proteção dos recursos vinculados à execução da obra: finalidade precípua de viabilizar o término das obras

Como já dito nas linhas anteriores, dispõe o inciso XII, do art. 833, do CPC/15, que são impenhoráveis os créditos oriundos de alienação de unidades, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. E, como também exposto, este dispositivo veio instituir regra geral de proteção dos recursos necessários ao pagamento das obrigações vinculadas à conclusão da obra, em toda e qualquer incorporação imobiliária, mesmo que não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação.

Nesta toada, todas as receitas provenientes das vendas das futuras unidades autônomas devem respeitar este regime de vinculação geral, previsto no artigo em comento, como forma a privilegiar a incomunicabilidade de tais recursos.

A finalidade desta proteção é garantir a viabilidade financeira do empreendimento, de modo a impedir que eventual penhora de créditos, decorrentes das alienações das unidades,

prejudicasse o andamento da obra. Sendo assim, ao ter os recursos vinculados ao empreendimento protegidos, estar-se-ia trazendo maior segurança ao adquirente de unidade, no tocante à conclusão das obras.

Infere-se que a preocupação deste dispositivo não é primordialmente a proteção do incorporador imobiliário, que também seria afetado com a penhora de tais créditos, mas, precipuamente, o promissário comprador, pois inviabilizaria a execução do projeto, ao permitir que a penhora de tais créditos fossem utilizados para satisfação dos demais credores. A efetivação de tais penhoras acabaria por atingir o direito destes terceiros promissários de boa-fé, que não teriam dado causa ao inadimplemento da incorporadora.

Resta claro que a finalidade da criação deste dispositivo, para além de proteger a relação jurídica individual entre cada adquirente para com a sua unidade, visa principalmente a proteção do interesse coletivo de viabilidade da consecução do projeto imobiliário, de modo a cumprir sua função social com a conclusão da incorporação e entrega das unidades autônomas.

Assim entendem Elias Marques Medeiros Neto e André Medeiros Toledo¹⁴: “O objetivo dessa modalidade é evitar que dívidas do incorporador possam consumir os recursos que seriam utilizados na realização da obra, em prejuízo dos adquirentes de unidades autônomas”.

Vale ressaltar que a impenhorabilidade persistirá até a conclusão do empreendimento, após a entrega das unidades prontas e acabadas. Sendo que, eventual saldo existente em razão do pagamento dos valores contratuais poderá ser posteriormente penhorado, nos termos do que dispõe o art. 834 do CPC/15. Nesta linha, fica clara a intenção do legislador na proteção dos direitos dos promissários compradores e não do incorporador imobiliário, pois a impenhorabilidade não será um fim em si mesmo, mas apenas um mecanismo de proteção dos recursos vinculados ao empreendimento até a sua conclusão.

Em arremate, a Lei de Condomínios e Construções foi criada para trazer maior segurança jurídica para aquelas pessoas que adquirissem imóveis na planta, trazendo a possibilidade, desde a sua edição, de os promissários compradores, diante do atraso injustificado das obras ou sua paralisação, pudessem, em assembleia geral, deliberarem pelo seu prosseguimento, após a notificação do incorporador faltoso, nos termos do art. 43, VI.

¹⁴ NETO, Elias Marques Medeiros, TODELO, André Medeiros. A dignidade da pessoa humana e o novo código de processo civil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17 (32): 357-407, jan-jun 2017, ISSN Impresso: 1676-529-X, p. 388.

Denota-se a clara preocupação quanto ao interesse coletivo da incorporação imobiliária, para que se garanta a entrega das unidades.

Deste modo, a própria legislação já garantia a viabilidade do término das obras, facultando aos promissários compradores o seu prosseguimento. De modo que, a previsão da impenhorabilidade prevista no inciso XII, do art. 833 do CPC, serve para complementar esta proteção já existente, para o fim de trazer maior viabilidade para este prosseguimento, com a proteção dos recursos vinculados ao empreendimento.

Há, portanto, uma convergência de ideias, entre as proteções dadas pela legislação especial e a regra de impenhorabilidade trazida como inovação no CPC/15, como forma de garantir a viabilidade da consecução do projeto imobiliário.

5. Proteção em casos de destituição do incorporador imobiliário: análise do art. 862, parágrafos 3º e 4º, do CPC/15 sob a perspectiva da limitação da responsabilidade do adquirente em casos de incorporação deficitária

O artigo 862, em seus parágrafos 3º e 4º, do CPC/15, trata também sobre a penhora de edifícios em construção em regime de incorporação imobiliária, matéria sobre a qual o CPC/1973 não tratava de maneira expressa. Neste sentido, estipula-se que a penhora apenas poderá recair sobre “as unidades imobiliárias não comercializadas pelo incorporador”.

Cumprе ressaltar que esta inovação está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que vem reconhecendo a prevalência dos interesses dos promissários compradores de unidades em regime de incorporação imobiliária, protegendo-os de eventuais dívidas do promitente vendedor.

Neste sentido, retratam muito bem tal posicionamento os verbetes sumulares 84 e 308 do STJ. O primeiro, que legitima o promitente comprador a defender a posse de sua respectiva unidade, ainda que não haja o registro do compromisso de compra e venda na matrícula. O segundo, que protege o adquirente de eventual hipoteca firmada entre o incorporador e agente financeiro, independentemente de sua ciência.

A ideia base sobressalente nestes dois enunciados é de evitar que o adquirente de unidade venha a perder sua posse e/ou propriedade por dívidas contraídas pela incorporadora.

O doutrinador Melhim Namem Chalhub¹⁵ tratou especificamente sobre a penhorabilidade das unidades não comercializadas (estoques), fazendo a ressalva necessária de que, em casos de retomada das obras pelos próprios promissários compradores (hipóteses dos artigos 31-F, 43, incisos III e VI da Lei 4.591/64), deve ser feita uma análise específica do caso concreto, pois constatado que aquela incorporação seja deficitária, ou seja, os seus recursos não são suficientes para a finalização do projeto, necessariamente todos os ativos do empreendimento deverão ser destinados à consecução das obras, concluindo que:

“Essa interpretação é coerente com a regra de impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas, instituída pelo art. 833, XII, do CPC/15; afinal, a penhora de unidades importa em rompimento da blindagem patrimonial da incorporação e suprime parte do lastro capaz de gerar os créditos considerados impenhoráveis pelo CPC, podendo comprometer a realização da incorporação, em prejuízo da coletividade de adquirentes.”

Após a destituição do incorporador imobiliário, nas hipóteses elencadas nos artigos 31-F e 43, incisos III e VI da Lei 4.591/64, os promissários compradores assumem os direitos e obrigações inerentes ao prosseguimento das obras paralisadas, de modo a minimizar os prejuízos decorrentes do abandono do empreendimento.

Para a viabilidade da consecução do projeto imobiliário, todas as receitas, traduzidas pelos valores das parcelas a receber, venda de estoque e novo rateio, a serem assumidas pelos promissários compradores, devem ser contabilizadas para fazer frente aos valores necessários para a finalização do projeto paralisado pelo incorporador, com a conseqüente regularização documental, para permitir, enfim, a entrega das unidades e outorga das escrituras, possibilitando que o empreendimento cumpra sua função social.

Necessário evidenciar a situação de extrema vulnerabilidade destes adquirentes, que em decisões assembleares, nos termos do art. 49, da Lei 4.591/64, terão que decidir quanto ao prosseguimento das obras por eles próprios, pois muitas das vezes este é o único caminho a ser escolhido como forma de minimizar os prejuízos decorrentes da não entrega do empreendimento, visto que ao chegar ao ponto de paralisar as obras, as incorporadores não mais possuem recursos para devolução de valores aos adquirentes de unidades em eventuais ações de rescisão contratual.

¹⁵ CHALHUB. Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. São Paulo: Forense, 4. ed., p. 100, 2017.

Nestes casos, ao deliberarem pelo prosseguimento das obras, os adquirentes de unidades terão que arcar, além do custo necessário para o término das obras, demais gastos inerentes ao imóvel, como tributos e emolumentos cartorários, para a viabilidade do empreendimento, incluindo os quitados com o preço do contrato. Isto porque, tem-se que, em muitas das vezes, ao estarmos diante de empreendimentos deficitários, aquilo que foi pago à incorporadora, não foi aplicado integralmente no projeto, gerando este déficit a ser assumido por todos.

Dentro deste contexto, apesar de o nosso diploma processual estipular que poderão ser penhoradas apenas as unidades não comercializadas, em casos de prosseguimento de obra, nos termos do art. 43, III e VI da Lei 4.591/64, verificado tratar-se de empreendimento deficitário, necessário que a proteção sob o manto da impenhorabilidade seja também estendida às unidades estoques, para serem alienadas pelo grupo de adquirentes, de modo a viabilizar a conclusão do empreendimento.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento¹⁶, ao julgar diversos casos envolvendo a incorporadora falida Encol S/A, quanto à possibilidade de transferência das unidades estoques para a Comissão de Representantes, que poderia alinear-las para fazer frente aos custos para conclusão do empreendimento. Ao permitir a exclusão do patrimônio da incorporadora falida e a respectiva transmissão para a Comissão de Representantes das unidades de propriedade do empreendimento, o intuito era minimizar os prejuízos decorrentes da paralisação das obras, privilegiando o interesse coletivo desta massa de adquirentes, bem como cumprir a função social da incorporação:

Processual civil e imobiliário. Incorporação. Falência Encol. Término do empreendimento. Comissão formada por adquirentes de unidades. Contratação de nova incorporadora. Possibilidade. Sub-rogação da nova incorporadora nos direitos e obrigações da Encol. Inexistência. Na hipótese dos autos, diante do inadimplemento da Encol, parte dos adquirentes de unidades do empreendimento se mobilizou e criou uma comissão objetivando dar continuidade às obras (...). 2. Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir o patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes. 3. Apesar

¹⁶ STJ – Resp: 111605 RJ 2009/0004408-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/04/2011 – T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2011.

de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei n 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada por adquirentes das unidades, cujas decisões, tomadas em assembleia, serão soberanas e vincularão a minoria.

Neste sentido, aproveitando novamente o fatídico caso Encol, o Poder Judiciário¹⁷ se manifestou de forma unânime no sentido de:

[...] conferir aos condôminos devidamente constituídos e localizados em diferentes partes do país, a transferência das unidades estoques e dos não aderentes, a fim de darem continuidade às obras paralisadas com a falência da Encol. Tais decisões têm sido, em sua quase sua totalidade, confirmadas por esta Corte de Justiça.

Apesar de a jurisprudência dominante ter se manifestado em casos de empreendimentos Encol, dentro de um contexto de recuperação judicial e falência, tal proteção, em relação aos estoques de empreendimentos deficitários, deve também ser estendida para os casos de prosseguimento de obra previsto no art. 43, VI da Lei 4.591/64. Necessário que se compreenda que o prosseguimento das obras somente será viável se o grupo de promissários compradores puder utilizar dos ativos do empreendimento, para empregá-los na conclusão das obras paralisadas pela incorporadora, ou seja, além dos recebíveis contratuais, novo rateio entre o grupo (caso identificado o déficit), também a venda dos estoques.

Nesta linha de raciocínio, apesar de o nosso diploma processual excluir da regra de impenhorabilidade as unidades estoques, insta ressaltar que especialmente nos casos de empreendimentos deficitários, haverá que se proteger este ativo, pois será crucial para a viabilidade da retomada das obras pelo grupo de adquirentes.

Assim, a leitura do art. 862, parágrafos 3 e 4º, do CPC/15, deve ocorrer privilegiando esta interpretação benéfica ao promissário comprador, o que coaduna com a intenção do legislador ao prever a regra da impenhorabilidade previsto no inciso XII, art. 833 do CPC/15. Neste aspecto, necessário que haja uma separação em dois planos díspares de relação jurídica, após a destituição do incorporador: a primeira entre credores e incorporadora, que não deve ser confundida, sequer prejudicar, a relação decorrente da destituição do incorporador, quanto às

¹⁷ STJ – Resp:1049370 GO 2008/0085182-8, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 17/08/2017, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2017.

obrigações e direitos decorrentes da retomada das obras, pelos próprios promissários compradores, nos termos da Lei 4.591/64, em seu art. 43, inc. VI.

Neste sentido, a previsão da regra de impenhorabilidade do inciso XII, do art. 833, do CPC/15, dialoga com esta limitação de responsabilidade, uma vez fundamentada na proteção do empreendimento imobiliário, de modo a garantir a consecução do projeto.

Desta forma, este primeiro plano de relação jurídica, que engloba credor e a incorporadora, não irá se extinguir com a sua destituição, pois neste plano ainda persiste a responsabilidade dela, perante todos aqueles em relação aos quais ela inadimpliu as obrigações contraídas, inclusive, os próprios adquirentes de unidades, mesmo aqueles que optarem por prosseguirem nas obras. Tanto que o art. 43, II, da Lei 4.591/64 é expresso ao prever a responsabilidade quanto à indenização pela não conclusão da edificação.

Conforme trazido, há no judiciário evidente preocupação no tocante à proteção destes promissários compradores, lesados com a não entrega da obra da forma contratada, que ainda terão a necessidade de aportar recursos, para viabilizar a entrega da sua unidade.

Destaca-se acórdão de Apelação Cível 1.0024.12.267102-7/002¹⁸, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual houve o entendimento de que apenas há a transferência da administração do empreendimento aos condôminos lesados, sem que a incorporadora fique isenta de suas responsabilidades contratuais assumidas antes da destituição. Em outras palavras, nenhum título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial, existente em face do incorporador, poderá ter o seu cumprimento imposto aos ativos do empreendimento e, por consequência, aos adquirentes de unidade, visto que, após a destituição do incorporador imobiliário, a responsabilidade por estes está limitada à consecução do projeto de retomada das obras e regularização jurídica, especialmente ao estarmos diante de empreendimento deficitário, que muitas das vezes há considerável déficit a ser assumido pelos adquirentes.

Pela via transversa, entender possível onerar estes adquirentes com as obrigações inadimplidas pela incorporadora, possibilitando penhora das unidades estoques, seria responsabilizá-los pelos valores estipulados em seus contratos, somado ao déficit verificado para a conclusão do empreendimento e, ainda, ao passivo do incorporador. Ou seja, inviabilizaria por completo a possibilidade da retomada das obras, fazendo morta a letra da lei

¹⁸ TJ-MG 100240813696470011 MG 1.0024.08.136964-7/001(1), Relator: ARMANDO FREIRE, Data de Julgamento: 29/09/2009, Data de Publicação: 27/10/2009

que prevê esta possibilidade como forma não somente de minimizar os prejuízos suportados por esta coletividade, mas também para que se cumprir a função social da incorporação.

Nesta perspectiva, necessário que todos os ativos do empreendimento, incluindo as unidades não comercializadas, ou seja, os estoques, bem como eventuais saldos contratuais (art. 833, XII), sejam contabilizados para compor os valores necessários para a finalização do projeto com a consequente regularização documental.

Em outro julgado¹⁹, ainda que relativo a empreendimento afetado, o Douto Relator João Francisco Moreira Viegas analisou especialmente a situação de prosseguimento de obra pelos próprios promissários compradores, focando especialmente na proteção dos terceiros de boa-fé, para que penhoras requeridas pelos credores da incorporadora, possam inviabilizar a conclusão do empreendimento:

Ademais, esse condomínio/associação instituído nada mais que uma universalidade sem personalidade jurídica formada exclusivamente a partir da conjugação dos interesses dos titulares de direitos aquisitivos sobre as unidades autônomas com a única finalidade de concluir as obras, e que, ao fazê-lo, nenhum lucro auferiram, muito pelo contrário, permanecem realizando aportes de recursos para terminar a construção de suas unidades.

Não se olvida de que a incorporação de imóveis é revestida de interesse social. Bem por isso, há proteção legal conferida aos bens que visem à conclusão do empreendimento por meio da afetação. O que se visa é garantir a consecução da obra, sem que os terceiros envolvidos sejam prejudicados por eventuais dívidas da incorporadora.

Assim, a redação estabelecida pelo artigo 862, parágrafos 3º e 4º do CPC/15, deve ser interpretada de maneira integrada com a previsão disposta no art. 833, XII e art. 43, VI da Lei 4.591/64, para que o dispositivo não seja utilizado de forma a inviabilizar o prosseguimento das obras pelos promissários compradores. Daí vem a justificativa para que estes adquirentes tenham o imóvel protegido contra eventuais pedidos de penhoras requeridos por credores da incorporadora destituída.

Nesta perspectiva, ao se defender que os débitos da incorporadora destituída deveriam ser suportados pelos ativos da incorporação, em outras palavras, estaria legitimando que esta responsabilidade recaísse sobre todos os promissários compradores, os quais além de serem

¹⁹ TJ-SP – AI: 20239171920208260000 SP 2023917-19.2020.8.26.0000, Relator: Moreira Viegas, Data de Julgamento: 06/03/2020, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2020)

prejudicados com a paralisação das obras, optaram pelo seu prosseguimento, com a necessidade de aportar recursos significativos.

De modo que, somente ao final da entrega do empreendimento, na hipótese de sobra de ativos, ao identificar que a incorporação era superavitária, estes passam a responder, por consequência, com eventuais saldos contratuais existentes aos credores da incorporadora.

A linha de raciocínio dispendida nas linhas anteriores converge para o espírito da Lei de Condomínios e Construção, atribuindo primazia ao interesse da coletividade dos adquirentes, especialmente em situações de prosseguimento de obra, em que o grupo de adquirentes terá que assumir a consecução do projeto, muitas vezes deficitário, importando em arrecadações complementares, além dos valores previstos contratualmente.

Esta dinâmica busca também privilegiar os princípios da boa-fé e equilíbrio contratual, dado que possibilitar a penhora dos poucos recursos a serem destinados para a conclusão do empreendimento, seria possibilitar que os prejuízos decorrentes da má-gestão do incorporador pudessem ser repassados aos adquirentes de boa-fé, inviabilizando, por completo, o seu direito de prosseguirem nas obras para a entrega das unidades autônomas.

6. Conclusão

Conclui-se então que o núcleo de proteção dos dispositivos acima mencionados é a função social da incorporação, que se satisfaz com a entrega das unidades habitacionais aos promissários compradores de boa-fé.

Desta feita, em casos de destituição do incorporador imobiliário, optando os promissários compradores pelo prosseguimento das obras, necessário se faz a proteção dos ativos da incorporação, sejam estes estoques ou recebíveis contratuais, revestindo-os de impenhorabilidade, para que se garanta a viabilidade da consecução do projeto, tornando eficaz a função social da incorporação, com a conclusão das obras e entrega das unidades habitacionais aos adquirentes de boa-fé.

Por fim, necessário que o disposto no artigo 862, parágrafos 3º e 4º do CPC/15 seja interpretado conjuntamente com a previsão do sistema protetivo das impenhorabilidades, especialmente o disposto no art. 833, XII, e do prosseguimento das obras, previsto no art. 43, VI da Lei 4.591/64, para que a possibilidade da penhora das unidades estoques não seja utilizada

de forma a inviabilizar a consecução do projeto imobiliário pelos promissários compradores, após a destituição do incorporador.