

**Insper Instituto de Ensino e Pesquisa
LLC em Direito Empresarial**

Aline da Silva Gomes

**ENQUADRAMENTO DAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)
COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE
INCORPORADORA IMOBILIÁRIA**

São Paulo

2016

Aline da Silva Gomes

**ENQUADRAMENTO DAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)
COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE
INCORPORADORA IMOBILIÁRIA**

Monografia apresentada ao Programa de LLC em Direito Empresarial do Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para a obtenção do título de pós-graduação *Latu-Sensu* em Direito; Insper; Direito Empresarial.

Orientadora: Prof. Pâmela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

São Paulo

2016

Gomes, Aline da Silva

Enquadramento das Sociedades de Propósito Específico (Spe) com Patrimônio de Afetação na Recuperação Judicial de Incorporadora Imobiliária. /

Aline da Silva Gomes. – São Paulo, 2016.
20 f.

Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito Empresarial – LLC) – Insper, 2016.

Orientadora: Pâmela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

1. Sociedades de Propósito Específico. 2. Patrimônio de Afetação. 3. Recuperação Judicial. 4. Mercado imobiliário. I. Aline da Silva Gomes. II. Enquadramento das Sociedades de Propósito Específico (Spe) na Recuperação Judicial de Incorporadora Imobiliária.

Aline da Silva Gomes

**ENQUADRAMENTO DAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)
COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE
INCORPORADORA IMOBILIÁRIA**

Monografia apresentada ao Programa de LLC em Direito Empresarial do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduação em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

Prof. Pâmela Gabrielle Romeu Gomes Roque

Orientadora

Insper

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Guilherme Mariano, meu namorado, por todos os conselhos, pelo apoio, o amor e a paciência desde a escolha definitiva do curso até a entrega do presente trabalho final.

Aos meus pais e minha irmã por sempre estarem do meu lado e incentivarem a minha evolução acadêmica.

Aos colegas de sala que tornaram esses meses mais divertidos e por toda a experiência compartilhada.

E, por fim, ao Insper, que demonstrou um alto padrão de profissionalismo, estrutura e qualidade no ensino, resultando em uma profissional mais qualificada.

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar as características específicas que individualizam e determinam a existência das Sociedades de Propósito Específico (“SPE”) do ramo imobiliário e confrontar com os ideais e princípios que regem o regime jurídico recuperacional. Para isso, faz-se o estudo das legislações específicas existentes sobre o tema, suas principais características, bem como a análise dos casos práticos atuais existentes nos principais tribunais do país. Em seguida, com base nessa inicial introdução serão confrontados os dois institutos objeto do presente estudo, a fim de indicar os pontos de harmonia e confronto apurados nos casos práticos e na análise da legislação atual. Ao final, discute-se as consequências da aplicação de cada regramento sobre os institutos jurídicos analisados, enfatizando o cenário paradigmático sobre o tema.

Palavras-chave: Sociedades de Propósito Específico. Patrimônio de afetação. Recuperação Judicial. Mercado imobiliário.

ABSTRACT

This paper has the purpose of analyzing the characteristics that individualize and determine the existence of the Special Purpose Vehicles (SPV) on the Real Estate market and to confront with the principles and ideals that govern the Chapter Eleven on the Brazilian law regime. In order to achieve this goal, we've studied the existing legislation on the subject, its main characteristics, as well as the analysis of the current cases in the main courts of Brazil. Then, based on this initial introduction, the two institutes of the present study are confronted, in order to indicate the points of harmony and confrontation found in the cases and in the analysis of the legislation. Finally, we discuss the consequences of applying each rule on the analyzed legal institutes, emphasizing the paradigmatic scenario on the subject.

Keywords: Specific Purpose Societies. Patrimony of affectation. Judicial Recovery. Chapter Eleven. Brazilian Real Estate market.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SPE(s) – Sociedade(s) de propósito específico;

LRF – Lei nº 11.101/05, Lei de Recuperação Judicial e Falência;

Grupo Viver – pluralidade de empresas que realizaram o pedido de recuperação judicial em conjunto. Formado pela Viver Incorporadora e Construtora S.A e mais 64 sociedades (Inpar Associados Ltda. (Antiga Viver Vendas Ltda.); Viver Desenvolvimento Imobiliário Ltda; Viver Empreendimentos Ltda; Plarcon Incorporações Imobiliárias S.A.; Viver Desenvolvimento e Construção Imobiliária Ltda; Inpar Projeto 112 Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Rio Claro Village Spe 67 Ltda; Inpar Projeto 84 Spe Ltda; Projeto Imobiliário Viver Castanheira Spe 85 Ltda; Projeto Residencial Viver Ananindeua Spe 40 Ltda; Projeto Residencial Sports Garden Batista Campos Spe 61 Ltda; Projeto Residencial Marine Home Resort Spe 66 Ltda; Projeto Imobiliário Spe 65 Ltda; Inpar Projeto Residencial Sports Garden Leste Spe Ltda; Inpar Projeto 109 Spe Ltda; Projeto Imobiliário Spe 103 Ltda; Projeto Imobiliário Residencial Zona Sul Spe 62 Ltda; Projeto Imobiliário Condomínio Park Plaza Spe 52 Ltda; Projeto Imobiliário Canoas Happiness Spe 72 Ltda; Inpar Projeto Wave Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Quatro Estações Ltda; Inpar Projeto Residencial Grand Jardins Spe Ltda; Projeto Imobiliário Residencial Esporte & Vida Condomínio Gravataí Spe 53 Ltda; Inpar Projeto 50 Spe Ltda; Viver Desenvolvimento e Construção Imobiliária Spe 141 Ltda; Inpar Projeto 77 Spe Ltda; Inpar Projeto 79 Spe Ltda; Inpar Projeto 76 Spe Ltda; Projeto Imobiliário Residencial Viver Reserva Spe 127 Ltda; Inpar Projeto Residencial Venâncio Alves Spe Ltda; Jmt Propriedade Imobiliária Ltda; Inpar Projeto Unique Spe 93 Ltda; Inpar Projeto Samoa Spe 75 Ltda; Inpar Projeto Residencial Von Schilgen Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Viver Morumbi Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Viver Mooca Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Vinhedo Spe Ltda; Inpar Investimentos II S.A.; Projeto Imobiliário Barra Bali Spe 99 Ltda; Projeto Imobiliário Spe 46 Spe Ltda; Inpar Projeto 71 Spe Ltda; Projeto Imobiliário Altos do Umarizal Spe 64 Ltda; Inpar Projeto Residencial Calógero Calia Spe Ltda; Inpar Projeto Lagoa dos Ingleses Spe Ltda; Projeto Imobiliário Residencial Línea Spe 96 Ltda; Inpar Projeto 126 Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Condomínio Wellness Resort Spe 42 Ltda; Inpar Projeto 90 Spe Ltda; Inpar Projeto 116 Spe Ltda; Inpar Projeto 113 Spe Ltda; Inpar Projeto 111 Spe Ltda; Inpar Projeto 108 Spe Ltda; Inpar Projeto 105 Spe Ltda; Inpar Projeto 44 Spe Ltda; Inpar Projeto 87 Spe Ltda; Inpar Projeto 86 Spe Ltda; Inpar

Legacy Empreendimentos Ltda; Inpar Projeto Viver Bosque Sjp Spe 91 Ltda; Inpar Projeto 94 Spe Ltda; Inpar Projeto Residencial Nova Lima Spe Ltda; Inpar Projeto 45 Spe Ltda; e Inpar Projeto Residencial Condomínio Ereditá SPE Ltda).

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	ESTRUTURA SOCIETÁRIA E PATRIMONIAL UTILIZADA NO MERCADO IMOBILIÁRIO	13
2.1.	Patrimônio de afetação	14
2.2.	Sociedades de propósito específico	18
3.	PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	19
3.1	Objetivos da recuperação judicial. Princípio da preservação da empresa	19
3.2	A falência e o patrimônio de afetação	21
4.	ANÁLISE DO CONFLITO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO NO SETOR IMOBILIÁRIO	23
4.1	Litisconsórcio ativo. Existência de grupo econômico. Patrimônio de afetação	23
5.	CONCLUSÃO	26
	REFERÊNCIAS	29
	DOCUMENTOS JURÍDICOS	31

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tornou-se notória as consequências da atual crise econômico-financeira do país sobre o setor imobiliário, o que implicou no aumento dos pedidos de recuperação judicial de incorporadoras e construtoras¹ deste mesmo setor devido à redução da disponibilidade de liquidez ofertada a estas empresas.

Nesse sentido, o site direcionado especificamente para a área de negócios de incorporação e construção divulgou pesquisa realizada pela KPMG Internacional Cooperative no Brasil, apontando o aumento de pedidos de recuperação judicial de empresas dessa área em 2014, devido às dificuldades econômicas enfrentadas por este setor².

Cabe ressaltar que os mecanismos que geraram o impacto negativo nas empresas do setor imobiliário se deram por uma conjuntura de fatores, sendo os mais importantes: (i) a redução da oferta de crédito, dado o aumento na taxa de juros nos últimos três anos; (ii) a diminuição da renda disponível dos consumidores para o consumo de produtos de ticket e prazo elevado, como imóveis, que demandam altos desembolsos iniciais e compromissos com financiamento de longo-prazo (que chegam a dezenas de anos); e (iii) o excesso de oferta de unidades imobiliárias³.

O mercado imobiliário brasileiro viveu um momento de aceleração de 2006 a 2012, impulsionado pelo aumento da oferta de crédito ao setor. Este aumento na demanda gerou uma grande expansão na oferta de imóveis em todo o país, com diversos investidores adquirindo várias unidades simultaneamente. Isso porque, quando os imóveis eram entregues pelas incorporadoras os investidores que haviam adquirido os imóveis na planta obtinham lucros substanciais.

¹ VALOR. Pedidos de recuperação judicial batem recorde em 2015, aponta Serasa. **Valor Econômico**, São Paulo, 11 jan. 2016. Brasil. Macroeconomia. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4386032/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2015-aponta-serasa>> Acesso em: 21 maio 16

² AMORIM, Kelly. Setores imobiliário e de construção civil devem ter mais dificuldades econômicas nos próximos anos, diz KPMG. **Portal PINIweb**. São Paulo, jun 2014. Negócios. Disponível em: <<http://construcaomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/negocios/setores-imobiliario-e-de-construcao-civil-devem-ter-mais-dificuldades-313606-1.aspx>> Acesso em: 21 maio 16.

³ HESSEL, Rosana. Entidades do setor imobiliário negociam aumento do teto na compra com FGTS. **Correio Braziliense**. Brasília, set. 2016. Economia. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/09/17/internas_economia.549136/e_nidades-do-setor-imobiliario-negociam-aumento-do-teto-na-compra-com.shtml> Acesso em: 25 set 16.

Durante este período, ficou famosa a imagem dos investidores que especulavam no mercado imobiliário, chamados de “flippers”, os quais compravam os imóveis na planta e os vendiam assim que as chaves eram entregues⁴.

Tais fatores em conjunto geraram uma desaceleração no mercado que foi retroalimentada ao longo dos últimos anos. O mecanismo de retroalimentação mercadológica se deu pela seguinte via/lógica: (i) redução da demanda por novas unidades gerou um aumento nos estoques de imóveis; (ii) aumento nos estoques gerou redução de preços, o que foi visível aos olhos dos compradores dada as promoções das incorporadoras; e (iii) os consumidores, vendo a redução dos preços e a queda do seu poder aquisitivos, foram indiretamente estimulados a distratar a compra de imóveis, seja substituindo-os por unidades de menor preço, ou simplesmente cancelando a compra das unidades para ressarcimento dos valores previamente pagos.

Outrossim, dado a regulamentação que trata do distrato de imóveis, que obriga as incorporadoras a devolver aos consumidores de 90% a 100% dos valores efetivamente pagos⁵, em conjunto com o cenário no qual o preço de mercado dos imóveis está abaixo do valor de compra, os consumidores se viram em posição de: (i) barganhar pela redução no preço das unidades já adquiridas; (ii) distratar a compra dos imóveis; ou (iii) assumir o prejuízo com a compra das unidades acima do valor de mercado.

Diante desse cenário econômico-financeiro do setor imobiliário verificou-se o aumento dos pedidos de recuperação judicial dessas empresas, o que levanta o questionamento sobre como suas sociedades de propósito específico, criadas individualmente para cada empreendimento, com um patrimônio de afetação separado do patrimônio da incorporadora, seriam tratadas dentro da recuperação judicial.

Alguns questionamentos sobre o tema que surgem atualmente são, de forma exemplificada: seria o caso de realizar uma recuperação judicial para cada sociedade de propósito específico (SPE), uma vez que possuem patrimônio de afetação e credores próprios que não podem ser confundidos com outras SPEs dentro do mesmo

⁴ UCHA, Danilo. Adequações no setor imobiliário. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre, jan. 2005. Painel Econômico. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=184403&codPai=50>> Acesso em: 24 out 16

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Súmula nº 543. 31 agosto 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27543%27>> Acesso em: 24 out 16.

grupo econômico? Ou seria o caso de incluir as sociedades de propósito específico como ativos da incorporadora imobiliária, podendo até ser classificada como Unidade de Produção Individual (UPI) da recuperanda? Ou, por outro lado, deveriam ser incluídas no polo ativo do pedido de recuperação judicial da incorporadora imobiliária, entendendo-se tratar de um grupo econômico, consubstancialmente e processualmente constituído?

Em síntese, cada sociedade de propósito específico é criada para um certo empreendimento imobiliário possuindo um patrimônio de afetação distinto do pertencente à incorporadora, com o intuito de evitar o desvio e a confusão entre ativos com outros empreendimentos, possibilitando a separação dos riscos associados a cada empreendimento e de seus credores.

A extinção da sociedade de propósito específico e de seu patrimônio de afetação ocorre com o adimplemento de todas as obrigações naquele empreendimento, as quais envolvem o término da obra, a averbação da construção, o registro dos proprietários de cada unidade e a quitação com os financiamentos bancários eventualmente obtidos para a conclusão do empreendimento, conforme disciplina o artigo 31-E da Lei nº 4.591/64.

Assim, o objetivo com a criação da sociedade de propósito específico e o patrimônio de afetação é a separação de credores, riscos e patrimônio da incorporadora e demais SPEs, a fim que de um empreendimento não pague pelo risco dos demais, procurando, ao final, a conclusão das obrigações com a obra e entrega das unidades para a sua efetiva extinção.

De outro lado, a Lei de Recuperação Judicial (LRF) apresenta em seu artigo 47 o objetivo de seu pedido, qual seja: a preservação da atividade da empresa, a fim de que permaneça a produzir riqueza e gerar empregos. Assim, a legislação criou esse instituto para que as empresas que pretendam continuar com as suas atividades empresariais, porém que se encontram em situação financeira debilitada, possam buscar seu reerguimento financeiro, uma vez que possuiriam capacidade para passar por esse momento de crise e continuar a gerar riquezas e benefícios à sociedade.

Dessa forma, colocando de um lado as características apresentadas das SPEs e do patrimônio de afetação, que serão detalhadas nos próximos capítulos, e de outro as diretrizes da recuperação judicial, disciplinadas na Lei nº 11.101/05, o que se pretende é analisar esse confronto de ideais para ao final entender quais seriam as

opções de enquadramento adotadas pelos tribunais e qual a possível solução mais harmônica para estes institutos.

Por fim, cabe ressaltar que a Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei nº 11.101/05), no artigo 119, inciso IX, apenas menciona que o patrimônio de afetação cumprirá normalmente sua finalidade em casos de falência da empresa detentora do patrimônio principal, sendo eventual saldo final incorporado à massa falida.

Assim, verifica-se que a legislação recuperacional não abordou diretamente a existência das sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação nos casos de recuperação judicial.

Destarte, diante do atual cenário econômico-financeiro do país, da constante queda da atividade imobiliária com a redução de liquidez devido ao aumento no volume de distratos, que acarretam uma redução imediata do patrimônio das sociedades de propósito específico e das incorporadoras, a paralisação de novos lançamentos e a omissão presente da legislação que regula o regime recuperacional, surge o questionamento de como as incorporadoras deveriam enquadrar suas sociedades de propósito específico, também em crise financeira, dentro de seu pedido de recuperação judicial.

Diante da problemática apresentada acima, pretende o presente trabalho analisar quais os possíveis enquadramentos das sociedades de propósito específico na recuperação judicial de incorporadoras imobiliárias, de forma a respeitar os princípios basilares da Lei nº 11.101/05 e as características individuais das SPEs e do patrimônio de afetação no ramo imobiliário, pretendendo, se possível, encontrar a forma mais harmônica entre esses institutos.

2. ESTRUTURA SOCIETÁRIA E PATRIMONIAL UTILIZADA NO MERCADO IMOBILIÁRIO

De início, é importante trazer ao contexto as características principais das SPEs e do patrimônio de afetação, utilizados corriqueiramente no mercado imobiliário. Como restará melhor explicitado a seguir, a utilização desse tipo de sociedade e o surgimento do patrimônio de afetação teve início com a concordata e posterior falência da Encol S.A., tendo a finalidade de proteger os adquirentes das unidades imobiliárias, a fim de que as incorporadoras e construtoras não utilizassem os rendimentos de um empreendimento para financiar os demais.

Nesse sentido, esclarece o professor e advogado, Eduardo Takemi Kataoka⁶:

A criação do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária teve o propósito de evitar que o incorporador desviasse o financiamento de uma obra para outras, deixando desguarnecidos os adquirentes das unidades autônomas. A atuação legislativa foi motivada pela concordata preventiva e posterior falência da Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria, construtora civil originada em Goiânia, que prejudicou cerca de 42 mil adquirentes e deixou 710 obras inacabadas por todo o Brasil em idos de 1999.

Dessa forma, o que pretende o presente capítulo é esclarecer as razões e motivações para a regulamentação e utilização das sociedades de propósito específico e do patrimônio de afetação no mercado imobiliário, possibilitando a melhor compreensão das problemáticas que podem surgir quando confrontadas com as regras e princípios do procedimento de recuperação judicial, as quais serão analisadas no próximo capítulo.

2.1. Patrimônio de afetação.

No direito brasileiro o regime de afetação patrimonial na incorporação imobiliária surgiu com a Medida Provisória nº 2.221/01, a qual alterou a Lei nº 4.591/64, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. Posteriormente, a Medida Provisória nº 2.221/01 foi revogada pela Lei nº 10.931/04.

Como mencionado na introdução deste capítulo, esse regime surgiu com o objetivo de recuperar a segurança e confiança no mercado imobiliário, abalada após a crise gerada com a decretação da falência da Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio, em março de 1999.

Aliás, Melhim Namem Chalhub⁷, um dos autores da legislação específica em análise, esclarece quais são os objetivos do regime de afetação:

⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**, v.8, p. 1-19, nov. / dez. 2014. Disponível em:

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000154f2454a9089ef5c39&docguid=la90c9e10c6ee11e4892c010000000000&hitguid=la90c9e10c6ee11e4892c010000000000&spos=1&epos=1&td=14&context=45&startChunk=1&endChunk=1#>> Acesso em: 20 maio 2016. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa)

⁷ CHALHUB, Melhim Namem. A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação - a teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à MedProv 2.221, de 04.09.2001. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**. v.4, p. 1-42, dez. 2011. Disponível em:

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000154f3891d72a02484a3&docguid=l81380b80f25511dfab6f010000000000&hitguid=l81380b80f25511dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=52&context=97&startChunk=1&endChunk=1#>> Acesso em: 22 maio 2016. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa)

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, que sejam estranhas às obrigações vinculadas ao empreendimento afetado. Por esse modo, a afetação atende a necessidade de conferir tutela especial a todos quantos 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.

Assim, o regime de afetação pretende assegurar direitos aos adquirentes de unidades autônomas de edifício em construção no caso de falência do incorporador, resgatando sua confiança no mercado imobiliário, e aperfeiçoar as relações jurídicas e econômicas entre esses adquirentes, o incorporador e o agente financiador da obra.

A afetação não importa em disposição, destaque ou saída daquela parcela de bens e direitos do patrimônio geral e, sim, em indisponibilidade, evitando de nulidade o ato de alienação e assegurando ao beneficiário o direito de seqüela, caso transferida total ou parcialmente para o patrimônio de outrem.

Por sua vez, a sociedade de propósito específico é utilizada no ramo imobiliário exatamente para representar uma sociedade constituída fora do corpo de sua controladora, sendo esta inculpada dentro de uma das formas societárias pré-existentes no direito brasileiro.

Logo, é comum que cada empreendimento possua uma sociedade de propósito específico responsável por seu desenvolvimento, demonstrando a separação de patrimônio entre cada empreendimento e a incorporadora ou construtora.

Já a incorporação imobiliária, segundo o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, consiste na “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

A Lei nº 4.591/64, em seu artigo 31-A, expressamente dispõe que o regime de afetação é uma faculdade do incorporador. Outrossim, a legislação confere a possibilidade do incorporador instituir o regime de afetação a qualquer tempo, bem como de forma parcial ou total.

Quanto aos efeitos do patrimônio de afetação, ela torna indisponíveis os bens e direitos segregados no patrimônio, que somente poderão ser objeto de garantia real

em operações de crédito para captação de recursos integralmente destinados à consecução do empreendimento.

Logo, os recursos financeiros do patrimônio de afetação, inclusive o produto da cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias devem ser mantidos em conta de depósito específica e utilizados exclusivamente para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.

A contratação de financiamento e constituição de garantias pelo incorporador ou pelo construtor, inclusive mediante transmissão para o credor da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não transfere ao credor nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, permanecendo este como único responsável pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis

Dessa forma, o incorporador permanecerá responsável pelo pagamento das quotas de construção correspondentes às acessões vinculadas a frações ideais não comercializadas até que a responsabilidade pela sua construção tenha sido assumida por terceiros.

Segundo o artigo 31-E, da Lei nº 4.591/64, o patrimônio de afetação será extinto nas seguintes hipóteses: (i) 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; (ii) revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (nos termos do artigo 36, da Lei nº 4.591/64); e (iii) liquidação deliberada pela assembleia geral realizada pelo condomínio dos adquirentes das unidades daquele empreendimento com regime de afetação.

A Lei nº 4.591/64 ainda trata no artigo 31-F, com a redação alterada pela Lei nº 10.931/04, especificamente do patrimônio de afetação nos casos de falência e insolvência civil do incorporador, não havendo qualquer menção destinada aos casos de recuperação judicial.

Assim, nos casos de falência ou insolvência civil do incorporador, os efeitos desses procedimentos “não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não

integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”.

A legislação específica dispõe ainda que nos próximos sessenta dias seguintes à decretação da falência ou da insolvência civil o condomínio de adquirentes de unidades daquele empreendimento, ou a instituição financiadora, poderão realizar uma assembleia geral para instituir o condomínio da construção e deliberar sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação.

Diante disso, cabe destacar o posicionamento do advogado Mauro Antônio Rocha⁸ sobre a proteção conferida pelo regime de afetação legalmente disciplinado:

A afetação patrimonial, como foi colocada, pode ser eficaz para a garantia da consecução da incorporação, no sentido literal de ação, encadeamento, seqüência das obras, até a ocorrência do evento danoso. Decretada a falência ou insolvência civil do incorporador poderá até mostrar-se capaz de oferecer proteção patrimonial e propiciar a imediata recuperação dos patrimônios individuais ali investidos. A partir daí, no entanto, os adquirentes deverão assumir a conta e o risco do empreendimento e decidir sobre a liquidação do patrimônio de afetação ou dar continuidade à obra, nada havendo no dispositivo legal que lhes garanta a entrega das unidades imobiliárias.

Dessa forma, verifica-se que a legislação não conferiu garantia plena sobre a entrega das unidades, mas apenas que o patrimônio afetado para aquele empreendimento não seria atingido pela insolvência de qualquer outro empreendimento ou pela falência da incorporadora, ficando por conta e risco dos adquirentes continuarem com a obra e obterem efetivamente suas unidades.

Diante do exposto, o que se pôde verificar é que as legislações que especificamente detalham e instituem o patrimônio de afetação tratam apenas de seu regime no caso de falência ou insolvência civil, sendo inerte quanto à possibilidade de recuperação judicial da incorporadora, bem como não constituem segurança para a entrega das unidades aos adquirentes, os quais terão que dar continuidade às obras por sua conta e risco, caso pretendam efetivamente receber os imóveis.

⁸ ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária. **IRIB. Instituto de Registro imobiliário do Brasil**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria#_edn2> Acesso em: 19 nov 2016.

2.2 Sociedades de propósito específico

Sobre o surgimento das sociedades de propósito específico na legislação brasileira, Leonardo Guimarães⁹ lembra que:

a primeira referência de uma norma cogente prevendo a criação de uma estrutura símile à SPE no Brasil se encontra consubstanciada na Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, a qual institui o chamado consórcio societário, determinando que a conjugação empresarial visando a venda, no exterior, das mercadorias ali elencadas se fizesse mediante a criação de um ente, dotado de 'personalidade jurídica, revestindo a forma de sociedade comercial, organizada por instrumento público ou particular e com seus atos constitutivos arquivados na repartição ou órgão competente' (art. 11).

Cabe destacar que a SPE não constitui um novo tipo societário na ordem jurídica brasileira, uma vez que ela se organiza sempre sob uma das formas previstas pela legislação (sociedade limitada, companhia e etc.). Logo, o que a diferencia não é a forma com que se constitui, mas para qual finalidade é criada, uma vez que se consubstancia em uma pessoa jurídica distinta das demais sociedades para a realização da finalidade comum.

Consoante dispõe o parágrafo único do artigo 981 do Código Civil de 2002, a atividade da SPE pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Diante desse cenário, fica clara a utilização de uma SPE para a construção e exploração de um empreendimento imobiliário. Aliás, o fato de criar uma sociedade específica para cada empreendimento coaduna com o objetivo do patrimônio de afetação, distinguindo cada projeto de sua incorporadora.

Exatamente pelo fato da SPE existir apenas para cumprir uma finalidade determinada consubstanciada na finalização do projeto imobiliário, bem como o mercado imobiliário criar uma nova SPE para cada empreendimento, surge o questionamento se a SPE poderia entrar no regime de recuperação judicial, uma vez que sua causa de existir por ser determinada e restrita a um único empreendimento

⁹ GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – Sociedade de propósito específico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 125, p. 1-14, jan. 2002. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/spe-sociedade-propósito-específico-582041526>> Acesso em 24 out 16. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

iria em sentido contrário ao objetivo desse procedimento judicial, que prevê a continuidade da atividade empresarial.

Assim, o que se questiona é que na realidade a atividade imobiliária apenas tem continuidade na incorporadora ou na construtora, sendo suas SPEs institutos que não buscam a finalidade social e econômica da continuidade da atividade empresarial, prevista na LRF, mas tão somente finalizar o empreendimento.

Por outro lado, o que se visualiza é que a perpetuação da atividade da incorporadora está exatamente ligada à existência das SPEs, ou seja, essas sociedades são os mecanismos utilizados para a prática da atividade imobiliária. Logo, as SPEs poderiam participar do regime recuperacional, pois sua existência é o que proporciona a continuidade social e econômica da atividade da incorporadora.

No entanto, o que é possível notar nos casos de recuperação judicial de incorporadoras e construtoras é que a participação da SPE é questionada não por sua existência, mas pelo fato do empreendimento ao qual está ligada possuir ou não o patrimônio de afetação, o que será mais detalhado nos próximos capítulos.

3. PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O presente trabalho não tem como objetivo explicar em detalhes o procedimento de recuperação judicial, regulamentado pela Lei nº 11.101/05, mas especificar os objetivos desse regime recuperacional e alguns de seus principais princípios e características que possam levantar a existência de confronto com institutos objetos deste trabalho.

3.1 Objetivos da recuperação judicial. Princípio da preservação da empresa

O artigo 47 da Lei nº 11.101/05 dispõe sobre o objetivo do pedido recuperacional, o qual pretende “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, 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”.

Convém destacar o comentário apresentado por Manoel Justino Bezerra Filho¹⁰ sobre o tema:

1. A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social.

Segundo o mesmo doutrinador, este objetivo recuperacional teria sido estabelecido em uma ordem de prioridade, sendo a primeira a preservação da fonte de empregos e da atividade empresarial, o que, por sua vez, possibilitaria a satisfação dos credores. No entanto, ele ressalva que “para a boa aplicação da lei deve haver ponderação de fins e princípios, sempre tendo em vista que a solução do conflito em si será casuística, condicionada pelas alternativas que se apresentem como hábeis para a solução do problema.”¹¹

O jurista e professor Daniel Carnio Costa, titular na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, brilhantemente esclareceu que “o modelo de recuperação judicial brasileiro é baseado na divisão equilibrada de ônus entre devedor e credores a fim de que se possa obter os benefícios sociais e econômicos que decorrem da recuperação da empresa”¹².

Assim, para que os objetivos do regime recuperacional sejam efetivamente alcançados é preciso observar as particularidades de cada caso, a fim de que os princípios e regras da LRF sejam aplicados com a devida ponderação e possam ao final alcançar o soerguimento da empresa e a satisfação de seus credores.

Diante desse cenário e sendo certo que a legislação não abrange todas as situações que possam surgir no procedimento recuperacional, o que se tem observado nas recuperações judiciais são decisões tomadas baseadas única e exclusivamente no objetivo final do procedimento, justificando um pequeno prejuízo

¹⁰ FILHO, Manoel Justino Bezerra. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005** Comentada artigo por artigo. 11 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 155.

¹¹ Ibidem, p. 155.

¹² COSTA, Daniel Carnio. Princípio da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial de empresas. **Revista Científica Integrada Unaerp**, São Paulo, ed especial, p 1-5, março 2014. Disponível em <<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1682-65-1/file>> Acesso em 07 nov 16.

inicial aos credores com o benefício final que o soerguimento da empresa poderá causar.

Por conta disso, o que se pode concluir é que não há uma regra certa e estática para uma certa situação, pois é preciso observar as particularidades daquela empresa e credores, a fim de que se possa alcançar a justa ponderação entre princípios para a resolução eficiente do problema, visando sempre a preservação da empresa de forma a garantir os benefícios sociais e econômicos pretendidos pela LRF.

3.2 A falência e o patrimônio de afetação

De início cabe destacar que o artigo 119, inciso IX, da Lei nº 11.101/05, expressamente prevê a separação dos bens, direitos e obrigações do patrimônio afetado e do patrimônio principal do falido. Somente com a finalização da incorporação ou com o advento do termo poderá o administrador judicial arrecadar o saldo remanescente do patrimônio afetado em favor do falido ou inscrever no Quadro Geral de Credores o crédito correspondente às dívidas do passivo do patrimônio afetado.

Convém ressaltar que quaisquer contribuições vertidas pelos adquirentes das unidades autônomas para a realização das obras integrarão o patrimônio afetado e não a massa falida do incorporador. Aliás, nesse sentido encontra-se o entendimento doutrinário¹³: “as quotas mensais, cobradas dos compromissários, para realização das obras, serão destinadas ao empreendimento. Não irão para a massa falida”.

Outrossim, José Francelino de Araújo¹⁴ já destacou que “enquanto não forem verificadas as condições, a atividade ligada ao patrimônio separado continuará como se inexistisse a falência”.

Assim, como a falência do incorporador não atinge o patrimônio afetado para a incorporação, os credores do patrimônio afetado não tomam parte na falência do incorporador, sendo desnecessária a habilitação dos seus créditos e sua inclusão no Quadro Geral de Credores, pois sua satisfação será oriunda do ativo do patrimônio de afetação. Apenas no caso de não ser possível a inteira satisfação dos credores do

¹³ FRONTINI, Paulo Salvador. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 453.

¹⁴ ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

patrimônio de afetação, o patrimônio principal do incorporador responderá subsidiariamente.

Cumprido destacar, contudo, que o artigo 76 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, atualmente em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, criou exceções à regra geral de segregação, permitindo que os credores trabalhistas, fiscais e previdenciários do patrimônio principal busquem a satisfação dos seus créditos junto ao patrimônio de afetação.

Para que isso seja possível, no entanto, é necessário que o patrimônio principal da massa falida tenha se exaurido ou não tenha recursos para satisfazer as dívidas, que seja respeitada a ordem no pagamento dos créditos, de tal modo que os créditos trabalhistas sejam pagos em primeiro lugar, seguidos dos créditos fiscais e previdenciários, e que os recursos obtidos pela massa falida posteriormente à satisfação dos referidos créditos pelo patrimônio de afetação sejam dirigidos à reposição do ativo separado, a fim de evitar o enriquecimento das demais classes de credores às custas dos adquirentes, beneficiados pelo patrimônio de afetação.

Diante do exposto, verifica-se que a LRF tratou de forma específica do patrimônio de afetação apenas nos casos de falência da controladora, não trazendo qualquer disposição determinada para os casos de recuperação judicial, motivo pelo qual surge a dúvida sobre sua interpretação extensiva também aos casos de recuperação judicial.

Como será verificado no próximo capítulo, a omissão legislativa trouxe várias possibilidades de interpretação do artigo 119 da LRF aos casos de recuperação judicial de incorporadoras com sociedades de propósito específico ativas e com patrimônio de afetação, tais como a análise da situação de forma econômica, buscando o objetivo final do procedimento recuperacional, voltado para a preservação da atividade da empresa e seus benefícios sociais e econômicos.

Assim, a ausência de um dispositivo legal específico, bem como as particularidades de cada caso tem levado a decisões distintas sobre o enquadramento das sociedades de propósito específico do ramo imobiliário nas recuperações judiciais.

4. ANÁLISE DO CONFLITO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO NO SETOR IMOBILIÁRIO

Após a breve apresentação dos institutos analisados neste trabalho, torna-se necessária a análise do conflito atual em andamento no mundo jurídico.

Como se sabe cada empresa que realiza o pedido de recuperação judicial possui suas peculiaridades, não havendo um padrão absoluto, mas regras básicas trazidas pela legislação especial que devem ser ajustadas a cada caso concreto.

Diante disso, apesar das peculiaridades do pedido de recuperação judicial realizado pelo Grupo Viver, abaixo analisado, o que se busca com o presente trabalho é verificar a interpretação atual sobre a aplicação do patrimônio de afetação no pedido recuperacional.

Dessa forma, o que este capítulo busca mostrar são as interpretações dadas à Lei nº 11.101/05 diante das particularidades existentes nas sociedades de propósito específico do ramo imobiliário e seu patrimônio de afetação.

4.1 Litisconsórcio ativo. Existência de grupo econômico. Patrimônio de afetação.

Diante de um pedido de recuperação judicial que envolve uma incorporadora ou construtora e suas SPEs, o que se têm observado nas decisões proferidas pelas varas especializadas da Comarca de São Paulo é que de início é preciso verificar se está presente a consolidação substancial e processual das empresas.

Sobre a possibilidade do pedido recuperacional ser realizado de forma conjunta, Fábio Ulhoa Coelho¹⁵ ensina que

a lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam, obviamente, todas aos requisitos legais de acesso à medida judicial.

Assim, a consolidação processual configura-se na possibilidade do andamento em um mesmo processo do pedido recuperacional de várias empresas, sem

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas**. 7 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

consolidação do passivo e ativos das recuperandas, sendo a consolidação substancial a possibilidade de união dos ativos e passivos dessas empresas para que se configure um pedido recuperacional efetivamente em grupo.

Sobre o assunto cabe trazer os brilhantes esclarecimentos prestados pela professora Sheila Neder Cerezetti¹⁶ no parecer apresentado nos autos do pedido recuperacional do Grupo Viver:

Na linguagem do direito da empresa em crise, o litisconsórcio ativo em pedido de recuperação é denominado consolidação processual. Trata-se da unificação dos procedimentos da recuperação judicial de cada sociedade que compõe o grupo, com vistas a facilitar a estruturação da(s) medida(s) de solução da(s) crise(s). Ela permite o alinhamento das mais diversas fases da caminhada processual da recuperação judicial das devedoras. Pode-se, assim, falar na atuação de apenas um administrador judicial, na atuação conjunta de comitês de credores, na simplificação da apuração de créditos, na facilitada troca de informações para que se obtenha precisa compreensão da situação societária e financeira das devedoras, e na adoção dos mesmos prazos processuais para os importantes momentos da recuperação.

A admissão da consolidação processual abre portas para que, se este for o caso, uma outra forma de união – já não apenas formal – seja adotada. Fala-se, então, na consolidação substancial em recuperação judicial. Esta consiste na conjunção de dívidas concursais e ativos das sociedades, que passam a responder perante todo o conjunto de credores, desconsiderando-se o fato de que cada devedora teria gerado um específico passivo.

Se a consolidação processual é medida menos complexa e que visa a permitir que o processo sirva de efetivo instrumento à mais adequada aplicação do direito material, a consolidação substancial refere-se ao âmago das discussões travadas em sede de recuperação judicial. Ela diz respeito à própria organização da reestruturação empresarial e/ou do passivo a que o instituto concursal se destina.

O que se verifica para a existência de consolidação substancial é se há um grupo de sociedades, mesmo que de fato, onde a atividade empresarial desenvolvida pelo grupo necessariamente depende do desempenho de forma interligada de todas as sociedades envolvidas, ou seja, se o grupo trabalha pelo interesse coletivo e não individual¹⁷.

No caso de incorporadoras, porém, além do aspecto acima tratado, também tem se observado a existência de patrimônio de afetação para a configuração ou não

¹⁶ BRASIL. Parecer Jurídico. Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Sheila Neder Cerezetti. São Paulo, 17 outubro 2016. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, Processo nº 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 5.134/5.160, out 16. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000MP8Y0000&gateway=true>> Acesso em 24 out 16.

¹⁷ Conforme: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades. As Sociedades em Espécie do Código Civil II**. 3 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 249.

da consolidação substancial. Isso porque, alguns magistrados¹⁸, como no caso do Grupo Viver, têm aplicado uma interpretação extensiva do artigo 119 da LRF aos casos de recuperação judicial, entendendo que neste cenário o patrimônio das SPEs em regime de afetação deve ser separado, devendo ser apresentado um plano de recuperação específico para seus credores.

No entanto, sobre essa extensão da norma falimentar aos casos de recuperação judicial, a professora Sheila Neder Cerezetti¹⁹ salientou que:

A opção por este tipo de disciplina do patrimônio de afetação em cenário de falência justifica-se. Se, como bem demonstram o percurso legislativo de previsão do patrimônio e a doutrina especializada, a preocupação do legislador era garantir que os adquirentes teriam, se assim desejassem, a possibilidade de finalizar a obra e realizar o sonho da casa própria, nada mais natural do que, na hipótese de antevista liquidação dos bens da incorporadora, permitir a segregação do empreendimento e evitar que os direitos dos adquirentes fossem entendidos como os de simples titulares de posição creditícia.

Ocorre que esta mesma lógica, que muito sentido faz em cenário falimentar, não encontra guarida em casos de recuperação judicial. Nestes, não se está a falar na liquidação de bens e paralização de atividades. Muito pelo contrário. O objetivo, explícito no art. 47 da Lei 11.101/2005, é manter a fonte produtora. Ora, se é assim, todo o procedimento previsto na Lei de Incorporações a ser empregado na ocorrência da falência torna-se contraditório com a ideia de pensar a reestruturação empresarial como um todo, na medida em que insiste em uma perspectiva individualista e fundada no medo da liquidação.

Portanto, os diferentes propósitos dos institutos concursais, sendo um voltado à eficiente liquidação de ativos e outro à reorganização da atividade empresarial, ante o reconhecimento da função social da empresa (art. 47 da Lei 11.101/2005), tornam inviável a mera aplicação analógica do art. 31-F em sede de recuperação.

Assim, como já apontado neste trabalho, o regime recuperacional pondera os direitos dos credores visando o objetivo e bem maior que é a preservação da empresa e dos benefícios sociais e econômicos que sua atividade agrega, o que claramente

¹⁸ Conforme: BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo. Decisão sobre a consolidação substancial. Recuperação Judicial do Grupo Viver. Juiz: Paulo Furtado de Oliveira Filho. São Paulo, 09 nov 2016. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, Processo nº 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 10.838/10.846, nov.16. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000MP8Y0000&gateway=true>> Acesso em 10 nov 16.

¹⁹ BRASIL. Parecer Jurídico. Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Sheila Neder Cerezetti. São Paulo, 17 outubro 2016. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, Processo nº 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 5.134/5.160, out 16. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000MP8Y0000&gateway=true>> Acesso em 24 out 16.

difere do tratamento dado aos direitos dos credores nos casos de falência da empresa, onde seus direitos são o objetivo final do procedimento falimentar.

Logo, o que se observa é que a omissão do legislador ao tratar do patrimônio de afetação, tanto na LRF como na Lei 4.591/64, apenas nos casos de falência e insolvência do incorporador, sem mencionar se é permitido ou não sua aplicação extensiva aos casos de recuperação judicial, permitiu com que surgissem opiniões doutrinárias e jurídicas distintas, o que acarreta em última análise a existência de recuperações com a consolidação substancial do grupo composto por incorporadora e SPEs²⁰ e, em outros casos, apenas a consolidação processual do mesmo grupo, como verificado no caso do Grupo Viver.

5. CONCLUSÃO

Diante do quanto analisado neste trabalho, foi possível verificar que a crise imobiliária iniciou em meados de 2012, decorrente, em síntese, da grande oferta proporcionada pelas construtoras e incorporadoras e da perda de poder monetário de seus consumidores, associada ainda a “indústria dos distratos” que geraram a perda de liquidez das incorporadoras.

Outrossim, foi possível verificar que após a concordata e posterior falência da Encol S.A Engenharia, Comércio e Indústria, surgiu a possibilidade de se estabelecer o patrimônio de afetação para cada empreendimento, idealizado através das sociedades de propósito específico, cujo objetivo maior foi proteger os adquirentes das unidades de cada empreendimento, a fim de que não houvesse confusão entre o patrimônio destinado para cada obra, porém sem garantir a entrega efetiva da unidade imobiliária ao adquirente, uma vez que nos casos de falência ou insolvência do incorporador caberá aos próprios credores, por sua conta e risco, decidir sobre a destinação do patrimônio, seja com a finalização da obra ou divisão das perdas.

A existência desse patrimônio de afetação fez com que surgissem em alguns casos de recuperação judicial de construtoras e incorporadoras a dúvida de como

²⁰ Conforme: BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo. Decisão sobre a consolidação substancial. Recuperação Judicial do Grupo Atlântica. Juiz: Marcelo Barbosa Sacramone. São Paulo, 09 ago 2016. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, Processo nº 1132473-02.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 11158/11159, ago.16. Disponível em: <
https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000JE440000&processo.foro=100&uuidCa ptcha=sajcaptcha_5fbd652c7a204477b33c0f3fe9362b3e> Acesso em 10 set 16

deveriam ser tratadas as sociedades de propósito específico do ramo imobiliário. Para tanto, os magistrados têm observado a existência em cada caso concreto da consolidação processual e substancial das empresas, sendo esta última analisada principalmente sobre o critério de existência ou não de patrimônio de afetação.

No entanto, como verificado no presente trabalho, a Lei nº 11.101/05 apenas menciona o patrimônio de afetação no capítulo reservado especificamente ao procedimento falimentar, determinando que neste caso esse ativo não será incluído na massa falida, sendo apenas o eventual remanescente agregado ao patrimônio do falido.

Da mesma forma, foi possível verificar que a Lei nº 4.561/64, que regula o patrimônio de afetação, apenas tratou deste instituto no caso de falência da incorporadora, possibilitando a reunião dos adquirentes para que formassem um condomínio e destinassem os ativos à finalização da obra, concorrendo nos riscos do término.

Assim, a omissão legislativa quanto à possibilidade ou não da aplicação extensiva da regra de segregação imposta para os casos de falência e insolvência do incorporador fez com que magistrados e doutrinadores divergissem sobre esse tema, o trouxe à tona os questionamentos anteriormente exemplificados no caso apresentado, tais como a formação do litisconsórcio ativo e o tratamento que deve ser dado ao regime de afetação no procedimento recuperacional.

Foi possível verificar que no caso do Grupo Viver o Judiciário até o momento entendeu que apesar de estar configurada a existência de grupo econômico e litisconsórcio ativo (consolidação processual), o fato de algumas sociedades de propósito específico ainda possuírem patrimônio de afetação faz com que tenham que apresentar um plano de recuperação distinto da incorporadora e especialmente destinado a seus credores.

Isso porque, segundo o relatório apresentado pela Administradora Judicial e decisão proferida pelo ilustre magistrado Paulo Furtado de Oliveira Filho, não estaria configurada a plena consolidação substancial das recuperandas por conta da existência do patrimônio de afetação de algumas SPEs, tendo sido aplicado de forma extensiva o quanto determinado no artigo 119 da LRF.

Em contrassenso, a professora Sheila Neder Cerezetti, em parecer apresentado no mesmo caso, demonstrou que não é possível realizar a interpretação extensiva do tratamento determinado para o patrimônio de afetação nos casos de

falência, uma vez que o procedimento falimentar possui objetivos distintos daqueles presentes na recuperação judicial. Assim, segundo a professora, a segregação do patrimônio nos casos falimentares tem como objetivo a proteção do direito dos credores diante da liquidação de bens da empresa falida, o que não faz sentido no caso da recuperação judicial, onde os direitos dos credores são ponderados para o alcance do objetivo final da recuperação, que envolve a preservação da empresa.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o tema realmente é muito novo, não havendo precedentes suficientes que tratem de forma devidamente aprofundada sobre o assunto, seja no Judiciário ou até mesmo pelos doutrinadores.

Contudo, o que claramente se observa é que a omissão legislativa sobre o tratamento do patrimônio de afetação no procedimento recuperacional foi o grande causador dessa atual problemática, a qual trouxe posicionamentos diferenciados sobre o assunto, tais como a interpretação extensiva do artigo falimentar aos casos de recuperação judicial, ou a análise da preservação da empresa para decidir sobre a união dos patrimônios de afetação.

Conclui-se, assim, que a melhor solução para tal problemática e para evitar decisões conflitantes no Judiciário é a regulamentação do patrimônio de afetação e de suas SPEs no caso de recuperação judicial da incorporadora ou construtora.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Kelly. Setores imobiliário e de construção civil devem ter mais dificuldades econômicas nos próximos anos, diz KPMG. **Portal PINIweb**. São Paulo, jun 2014. Negócios. Disponível em: <<http://construcaomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/negocios/setores-imobiliario-e-de-construcao-civil-devem-ter-mais-dificuldades-313606-1.aspx>> Acesso em: 21 maio 16.

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258

CHALHUB, Melhim Namem. A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação - a teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. **Comentários à MedProv 2.221, de 04.09.2001. Doutrinas Essenciais de Direito Registral**. v.4, p. 1-42, dez. 2011. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a00000154f3891d72a02484a3&docguid=I81380b80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I81380b80f25511dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=52&context=97&startChunk=1&endChunk=1#>> Acesso em: 22 maio 2016. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa)

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas**. 7 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

COSTA, Daniel Carnio. Princípio da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial de empresas. **Revista Científica Integrada Unaerp**, São Paulo, ed especial, p 1-5, março 2014. Disponível em <<http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1682-65-1/file>> Acesso em 07 nov 16.

FILHO, Manoel Justino Bezerra. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005** Comentada artigo por artigo. 11 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 155.

FRONTINI, Paulo Salvador. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 453

GUIMARÃES, Leonardo. A SPE – Sociedade de propósito específico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 125, p. 1-14, jan. 2002. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/spe-sociedade-proposito-especifico-582041526>> Acesso em 24 out 16. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

HESSEL, Rosana. Entidades do setor imobiliário negociam aumento do teto na compra com FGTS. **Correio Braziliense**. Brasília, set. 2016. Economia. Disponível em:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/09/17/internas_economia.549136/entidades-do-setor-imobiliario-negociam-aumento-do-teto-na-compra-com.shtml> Acesso em: 25 set 16.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**, v.8, p. 1-19, nov. / dez. 2014. Disponível em:

<<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad8181500000154f2454a9089ef5c39&docguid=la90c9e10c6ee11e4892c010000000000&hitguid=la90c9e10c6ee11e4892c010000000000&spos=1&epos=1&td=14&context=45&startChunk=1&endChunk=1#>> Acesso em: 20 maio 2016.

(Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa)

ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária. **IRIB. Instituto de Registro imobiliário do Brasil**. Disponível em <http://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria#_edn2> Acesso em: 19 nov 2016

UCHA, Danilo. Adequações no setor imobiliário. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre, jan. 2005. Painel Econômico. Disponível em: <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=184403&codPai=50>> Acesso em: 24 out 16

VALOR. Pedidos de recuperação judicial batem recorde em 2015, aponta Serasa. **Valor Econômico**, São Paulo, 11 jan. 2016. Brasil. Macroeconomia. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4386032/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2015-aponta-serasa>> Acesso em: 21 maio 16

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: Teoria Geral das Sociedades**. As Sociedades em Espécie do Código Civil II. 3 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 249.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, em 21 dez. 1964, retificado em 01 fev 1965. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm> Acesso em 24 out 16.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.221, de 04 de setembro de 2001. Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências. Diário Oficial da União, em 05 set. 2001. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2221.htm> Acesso em 24 out 16.

BRASIL. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 10 de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União, em 02 ago. 2004. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm> Acesso em 24 out 16.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, em 09 fev. 2005. Brasília, DF. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em 24 out 16.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Súmula nº 543. 31 agosto 2015. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27543%27>> Acesso em: 24 out 16.

BRASIL. Parecer Jurídico. Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Sheila Neder Cerezetti. São Paulo, 17 outubro 2016. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, Processo nº 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 5.134/5.160, out 16. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000MP8Y0000&gateway=true>> Acesso em 24 out 16.

Conforme: BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo. Decisão sobre a consolidação substancial. Recuperação Judicial do Grupo Viver. Juiz: Paulo Furtado de Oliveira Filho. São Paulo, 09 nov

2016. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, Processo nº 1103236-83.2016.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 10.838/10.846, nov.16. Disponível em: <
<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000MP8Y0000&gateway=true>> Acesso em 10 nov 16

Conforme: BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo. Decisão sobre a consolidação substancial. Recuperação Judicial do Grupo Atlântica. Juiz: Marcelo Barbosa Sacramone. São Paulo, 09 ago 2016. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, Processo nº 1132473-02.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, fls. 11158/11159, ago.16. Disponível em: <
https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000JE440000&processo.foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha_5fbd652c7a204477b33c0f3fe9362b3e> Acesso em 10 set 16