

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**Patrimônio de afetação em recuperação judicial e falência de incorporadoras
imobiliárias**

Renan Tadeu de Souza Soares

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
sob orientação de Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo
Versão de 11.09.2017

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

Tema. O tema escolhido é “Patrimônio de afetação em recuperação judicial e falência de incorporadoras imobiliárias”.

Contexto. Com a ampliação dos centros urbanos ocorrida na primeira metade do século passado, a atividade de incorporação imobiliária despontou no início da metade seguinte como opção eficiente para o atendimento da crescente demanda por moradia¹.

Em 1961, com a constituição da empresa Encol S.A., despontava o surgimento de uma escala em relação à construção de unidades imobiliárias para a venda no mercado de habitação. Anos depois, mais incisivamente a partir de 1995, a Encol passou a suportar uma série de dificuldades financeiras, as quais acabaram por culminar em sua falência (1999). Sua quebra prejudicou mais de 42.000 credores, dentre os quais se destacam adquirentes das unidades imobiliárias, prestadores de serviços e financiadores.

Com o objetivo de se conceder maior proteção aos credores de incorporadoras, a Lei Federal nº 10.931/2004 foi editada e incluída no bojo da Lei Federal nº 4.591/1964 (Lei de Incorporações Imobiliárias – “LII”), que por sua vez regula a atividade de incorporação imobiliária.

Desde então, o direito brasileiro passou a ter positivado o instituto do patrimônio de afetação, o qual traz consigo a ideia de se proteger os credores de determinada incorporação imobiliária a partir de um mecanismo que assegure a concentração de recursos para o atingimento da finalidade pretendida, qual seja, a entrega das unidades aos adquirentes, com o pagamento aos credores e distribuição dos resultados aos empreendedores.

Passo seguinte, a edição da Lei Federal nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falência – “LRF”) tratou de seguir na mesma linha protecionista aos credores de incorporadoras imobiliárias para as hipóteses de incorporações afetadas pelo regime em comento.

¹ CHALUB, Melhim Namen. *Propriedade imobiliária. Função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 40.

Após determinado período, o aquecimento da economia brasileira levou ao aumento da procura pela aquisição de unidades imobiliárias, o que fez com que incorporadoras imobiliárias passassem a lançar novos empreendimentos com a finalidade de atender à demanda existente.

O referido crescimento se deu de uma forma mais acentuada a partir do ano de 2008. Em 2014 chegou-se ao valor de R\$ 113 bilhões em financiamentos imobiliários², mas logo no ano seguinte o desaquecimento da economia culminou na diminuição da procura por adquirentes e investidores, pelo aumento das taxas de juros em financiamentos bancários concedidos às incorporadoras para a construção de seus empreendimentos e aumento vertiginoso no número de extinção de promessas de compromisso de compra e venda por denúncias emitidas por adquirentes de unidades.

Com a diminuição das vendas, aumento do número de cancelamentos e inadimplência dos adquirentes, as incorporadoras passaram a iniciar um processo de dificuldade financeira que, para algumas delas, já culminou em pedido de recuperação.

Portanto, somente a partir do ano de 2016, com o pedido de recuperação judicial do Grupo Viver³ é que se passou a testar o instituto do patrimônio de afetação em hipóteses de dificuldade das incorporadoras pelo atendimento de seu mister (entregar as unidades, pagar credores e distribuir lucros, se existentes). Estas discussões ganharam ainda mais notoriedade com o pedido de recuperação judicial formulado pelo Grupo PDG, também em função da dívida detida por ela, que ultrapassa R\$ 6 bilhões⁴.

A consequência disto é que os mecanismos trazidos com a LII estão sendo testados somente agora, revelando-se diariamente questões que ainda não encontram doutrina ou jurisprudência consolidada, capazes de mais facilmente solucionar as controvérsias entre credores e devedores.

Dentre os pontos de maior relevância merecem destaque as discussões que tocam a não sujeição do patrimônio de afetação à recuperação judicial e falência, principalmente em razão dos interesses distintos havidos entre credores e devedores.

De um lado, os devedores tendem a querer a consolidação substancial (ou seja, a união de todas as empresas do grupo no âmbito de uma só recuperação judicial), como medida a viabilizar a recuperação judicial em menor período de tempo, notadamente em situações em que parte das empresas do grupo não se encontra em dificuldade financeira.

² Fonte: <<http://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>>. Acesso em: 04.07.2017.

³ Processo judicial nº 1103236-83.2016.8.26.0100.

⁴ Processo judicial nº 1016422-34.2017.8.26.0100.

De outro, os credores nem sempre desejam a consolidação, pois, principalmente para os adquirentes, a não sujeição do empreendimento afetado à recuperação judicial implica em menor risco de não entrega da unidade adquirida.

Este conflito já foi objeto de estudo em outras sedes, tanto acadêmica quanto profissional, já existindo inclusive julgados relevantes sobre a matéria, de notoriedade no mundo dos negócios.

De outra forma, não obstante sua notória relevância no contexto do assunto em tela, a fraude em patrimônios de afetação não tem sido objeto de trabalhos acadêmicos ou até mesmo discussões judiciais.

Nesse ponto, há que se reconhecer que a LII apresenta restrições ao manejo de recursos no âmbito de um determinado empreendimento imobiliário afetado, contudo, aquelas mesmas restrições não têm proporcionado um efetivo obstáculo ao manejo deliberado de recursos, e isso tem se deflagrado conduta fraudulenta em detrimento ao patrimônio de afetação em alguns casos.

Daí por que se demonstra extremamente oportuno estudar também as limitações ao manejo de recursos financeiros em hipóteses de patrimônio de afetação, evoluindo no sentido de quais seriam então os elementos passíveis de ensejar o reconhecimento da fraude, bem como das sanções aplicáveis ou consequências nestas espécies.

Tendo em vista que as fraudes ao patrimônio de afetação tendem a culminar na impossibilidade de adimplemento das obrigações das incorporadoras frente aos seus respectivos credores, há que se evoluir também no sentido de estudar as hipóteses de falência de sociedades de propósito específico (“SPE”) com patrimônio de afetação constituído.

Nesses casos, oportuna se faz a discussão de preferência de créditos, na medida em que o tratamento dado ao adquirente não pode ser o mesmo do que aquele dado ao promissário comprador que tenha denunciado a promessa de compra e venda.

Isso também é de suma importância e complexidade, haja vista que a cadeia de preferências sofre influxos de diversos dispositivos em casos de falência de patrimônio de afetação, havendo inclusive alteração em sua ordem, à luz do artigo 186 do Código Tributário Nacional (“CTN”).

Por essas razões, demonstra-se absolutamente oportuno o estudo da matéria no âmbito acadêmico-profissional, de modo a se ofertar uma quantidade robusta e precisa de informações e ferramentas capazes de tornar a processo de tomada de decisões muito mais eficiente.

Escopo. Estudar a recuperação judicial e a falência especificamente em relação às incorporadoras imobiliárias, a importância do patrimônio de afetação, os impactos de sua não sujeição à recuperação judicial, as hipóteses de fraude, os limites para o manejo de recursos, o

concurso de credores e o estímulo à falência em razão da inversão da ordem de preferência em situação falimentar.

2. Modelo de pesquisa

O modelo de pesquisa seguirá preponderantemente o enfrentamento de um problema prático de ordem profissional, com o intuito de se formalizar, ainda que parcialmente, uma prática subformalizada.

3. Problemas e quesitos

Problemas. O patrimônio de afetação encontra-se inserido em um ambiente de interesses antagônicos, quando visto sob a ótica da recuperação judicial e falência. Há situações em que a empresa em recuperação judicial encontra como única saída a reunião de seu patrimônio. Isso pode ser interessante para os credores da empresa controladora do grupo, ao mesmo tempo em que não será aos credores das empresas controladas. Além disso, há que se reconhecer que, no âmbito de um mesmo grupo empresarial, algumas controladas podem viver momento financeiro melhor do que outras, mas até que ponto isso pode permitir o manejo de recursos entre partes relacionadas é algo que não está claro. Não obstante, também deve-se reconhecer que a liquidação do empreendimento afetado ou a hipótese de destituição da incorporadora se demonstram ferramentas úteis para a diminuição dos riscos aos adquirentes, mas o que se fazer em hipóteses de obras que tenham sido concluídas sem o pagamento a credores é algo que não se tem observado, dado a inexistência de decisões sobre falência de SPE, ainda que diversas empresas daquele tipo societário estejam vivenciando situação falimentar.

Quesitos. Existe regra de não sujeição do empreendimento imobiliário afetado à recuperação judicial? A empresa pode incluir uma SPE com patrimônio de afetação em sua recuperação judicial ao argumento de que tal medida atende ao princípio da preservação da empresa? Quais outros princípios incidem em situações como esta? O pagamento aos credores das SPE com patrimônio de afetação não sujeitas à recuperação judicial pode ser tratado no bojo do plano de recuperação judicial de sua controladora?

A incorporadora com patrimônio de afetação constituído em seu empreendimento imobiliário pode manejar os recursos da obra em quais situações? As movimentações entre partes relacionadas configuram fraude ao patrimônio de afetação? A expectativa de um fluxo de caixa positivo permite a distribuição de dividendos antes da conclusão da obra? Quais são as consequências da fraude ao patrimônio de afetação?

A constituição do patrimônio de afetação é a única medida disponível a se evitar a sujeição do empreendimento imobiliário à falência da incorporadora? Em hipóteses de conclusão da obra sem o pagamento aos credores e não havendo adquirentes prejudicados, os demais credores do empreendimento afetado podem requerer a falência da SPE inadimplente? O §18º do art. 31-F da LII inclui os promissários compradores que tenham

optado pela denúncia à promessa de compra e venda da unidade na condição de credores quirografários sem privilégio?

4. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

O tema demonstra-se de extrema relevância prática, na medida em que servirá como ferramenta aos profissionais do direito, construção civil, sistema financeiro, análise e recuperação de crédito, bem como consumidores, que por sua vez têm se reunido cada vez mais em assembleias de adquirentes de unidades em patrimônios afetados, com a finalidade de atingirem a conclusão da obra e conseqüente entrega das unidades.

O potencial inovador, por seu turno, é facilmente justificado se se pensar que a lei que alterou a lei de incorporação imobiliária data de 2004, a lei de recuperações judicial e falência do ano seguinte (2005) e que são extremamente recentes os julgados proferidos no sentido de se vedar a sujeição de patrimônios afetados a recuperações judiciais de incorporadoras.

5. Fontes e métodos de investigação

Para a realização do trabalho, serão realizadas entrevistas prévias com advogados, magistrados, profissionais e consumidores, a fim de se entender com precisam os interesses que permeiam suas decisões.

Também haverá profundo estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo, no intuito de se traçar um corte em relação àquilo que ocorreu até a existência do presente trabalho, inclusive proporcionando sua complementação no futuro, alguns anos após a aprovação em foco.

6. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

O objeto do estudo a ser realizado é de grande proximidade em relação ao ora subscritor, que diariamente encontra-se diante de situações extremamente complexas voltadas a discutir direitos e deveres inseridos no âmbito das maiores recuperações judiciais do país, notadamente de OAS, Schahin, PDG, Viver e Atlantica, representando ou credores ou devedores em todas elas, existindo créditos de elevada monta em discussão.

8. Indicação de literatura especializada e obras de referência

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. "Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direito societário, processual e concursal". In: YARSHELL, Flavio Luiz; PEREIRA, Guilherme Satoguti (Coords.). Processo societário II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 735-789.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SATIRO, Francisco. “A silenciosa ‘consolidação’ da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais”. *Revista do Advogado*. nº 131. Out. 2016, p. 216-223.

CHALHUB, Melhim Namem, Da Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 3. ed., 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. O credor colaborativo na recuperação judicial”. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de (Coords.). *Direito das empresas em crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DINIZ, Gustavo Saad. *Grupos societários: da formação à falência*. São Paulo. Ed. Forense. São Paulo, 2016.

KATAOTA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. *Revista dos tribunais*, v. 8, 2014, pp. 181-198.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio Separado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. *Revista de direito bancário e de mercado de capitais*, vol. 76, 2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

WAISBERG, Ivo. Da não sucessão pelo adquirente por dívidas trabalhistas e tributárias na aquisição de unidades produtivas isoladas perante a Lei n. 11.101/05. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, ano 1, n. 0, p. 159-171, jan./mar. 2010.

_____. “O necessário fim dos credores não sujeitos à Recuperação Judicial”. In: ELIAS, Luis Vasco (Org.). *10 anos de recuperação de empresas e falência, reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 199-209.

9. Sumário preliminar

Patrimônio de afetação em recuperação judicial e falência de incorporadoras imobiliárias

Introdução

1. Patrimônio de afetação e sua não sujeição à recuperação judicial e falência

1.1. Propósito da não sujeição

1.2. Consolidação processual e consolidação substancial

1.2.1. Entendimento doutrinário

1.2.2. Entendimento jurisprudencial

1.3. Princípio da preservação da empresa

1.4. Alcance do plano de recuperação judicial

2. Fraude ao patrimônio de afetação

2.1. Delimitação do conceito de fraude

2.2. Limites para o manejo de recursos

2.3. Hipóteses de fraude

2.4. Consequências da fraude

3. Medidas disponíveis aos credores para recebimento do crédito

3.1. Liquidação do patrimônio de afetação

3.2. Destituição da incorporadora

3.3. Falência

Conclusão e recomendações práticas

10. Cronograma com estimativa de horas

Atividade	2017			2018												2019		H
	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	
Leitura da bibliografia	X	X	X															[90]
Leitura de julgados	X	X	X															[30]
Entrevistas		X	X															[30]
Redação do capítulo 1				X	X	X												[30]
Redação do capítulo 2						X	X	X	X									[30]
Redação do capítulo 3									X	X	X							[30]
Conclusão da redação											X	X						[20]
Revisão												X	X	X				[20]
Depósito														X				[-]