

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JULIANA TOMAZ COMITE

**CONTRATOS DE PRODUÇÃO DE EMPREENDIMENTO E RECUPERAÇÃO DE
CRÉDITO IMOBILIÁRIO: REPERCUSSÃO DE SEUS EFEITOS NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

São Paulo

2021

JULIANA TOMAZ COMITE

CONTRATOS DE PRODUÇÃO DE EMPREENDIMENTO E RECUPERAÇÃO DE
CRÉDITO IMOBILIÁRIO: REPERCUSSÃO DE SEUS EFEITOS NA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Cezar Braz Caldeira

São Paulo
2021

JULIANA TOMAZ COMITE

CONTRATOS DE PRODUÇÃO DE EMPREENDIMENTO E RECUPERAÇÃO DE
CRÉDITO IMOBILIÁRIO: REPERCUSSÃO DE SEUS EFEITOS NA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado
como requisito para obtenção do título de Bacharel
no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Dr. Adriano Cezar Braz Caldeira
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

A Deus, que com Seu amor e graça, me concedeu todos os meios e possibilidades para que pudesse viver intensamente meu sonho, no decorrer dos últimos cinco anos da minha vida;

Aos meus pais, Elizabeth e Roberto, que muito além do incentivo e investimento material, depositaram em mim sua confiança, amor e paciência;

Aos meus avós, João e Neyde, que me cederam o sonho de profissão, vibraram como ninguém em cada uma das minhas conquistas e me educaram com o maior amor que já conheci;

Aos meus avós, Alípio e Elisa, *in memoriam*, a quem devo todas as vitórias da minha vida e que mesmo fisicamente ausentes, se fazem presentes em cada pensamento e momento da minha vida;

Aos meus irmãos, sogros, cunhados, tios, primos e à minha sobrinha Manoela, que são a base da minha felicidade e que, com muito carinho, enfrentaram cada desafio ao meu lado;

Ao meu namorado, João Marcos, por todo seu apoio e força incondicionais. Muito obrigada pelo seu amor e por me permitir saber que, ao seu lado, tudo é possível!

A todos os docentes da Universidade Presbiteriana Mackenzie que construíram estruturas firmes para que eu pudesse trilhar e concluir, da melhor forma possível, essa graduação;

Por fim, agradeço às bancas jurídicas em que tive o privilégio de estagiar e descobrir que a advocacia é minha grande paixão e vocação, especialmente ao escritório Tortoro, Madureira e Ragazzi Advogados, no qual, sob a coordenação dos Drs. João Henrique Ramalho, Marcos Paulo Machado Leme e Paula Salomão Jaime, tenho a oportunidade de conhecer, conviver e aprender, diariamente, com as maiores referências profissionais e pessoais que, certamente, com muita felicidade, levarei para toda a vida. Obrigada pela confiança, pelos bons exemplos e pelo cuidado em ensinar.

A todos, direta ou indiretamente aqui mencionados, não há palavras capazes de demonstrar o quanto, com muito orgulho, lhes agradeço. Muito obrigada!

CONTRATOS DE PRODUÇÃO DE EMPREENDIMENTO E RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO: REPERCUSSÃO DE SEUS EFEITOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Juliana Tomaz Comite

Resumo: O presente artigo tem como tema a abordagem aos contratos bancários de financiamento imobiliário e os efeitos de suas principais características nas Recuperações Judiciais de empresas e incorporadoras, à luz das normas previstas nas Leis 11.101/05 e 4.591/64, bem como do entendimento, ainda não pacificado, dos Tribunais do país, conduzidos pelo atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, serão descritas as garantias e a dinâmica de funcionamento do contrato e produto bancário estudado, seguido da análise da natureza jurídica do instituto do Patrimônio de Afetação, criado a partir da produção de empreendimento por uma incorporadora. Com uma breve apresentação dos requisitos dispostos na legislação vigente, será abordado o procedimento da Recuperação Judicial da empresa e a classificação e sujeição, de acordo com as garantias contratualmente previstas, do crédito bancário aos seus efeitos. Finalmente, será exposta a necessidade da imediata identificação do patrimônio de afetação e, como ponto de maior controversa jurisprudencial, a aplicação de seu conceito para submissão – ou não – do crédito imobiliário ao regime recuperacional.

Palavras-chave: Financiamento imobiliário. Patrimônio de afetação da incorporação imobiliária. Recuperação Judicial da incorporadora. Concursalidade do crédito bancário.

Abstract: This article has as subject the analysis of bank contracts for real estate financing and the effects of their main characteristics on the Judicial Reorganizations of corporations and merging companies, based in rules of Federal Law no. 11.101/05 and 4.591/64, as well as the understanding, not yet pacified, of the national courts, led by the current position of the Superior Court of Justice. For this purpose, the paper will explore the guarantees and dynamics of the contract and banking product, followed by the legal study of the Equity of affectation/Segregate Estate institute, which was created as a real property development. With a brief presentation of the requirements set forth in current legislation, the paper will explore the proceeding of the company's Judicial Reorganization and the classification and subjection of bank credit, in accordance with contractually provided guarantees. Finally, it will demonstrate the need for the

immediate identification of the allocated assets and, as the most controversial point of jurisprudence, the application of its concept for submission of real estate credit to the Judicial Restructuring regime.

Keywords: Real estate financing. Equity of affectation. Judicial reorganization of construction companies. Bank credit subject to judicial reorganization.

Sumário: **1.** Introdução. **2.** Contratos bancários de financiamento imobiliário. Operações de Plano Empresário. **2.1.** Garantias contratuais convencionais. Hipoteca cedular, fiança, cessão fiduciária e penhor de recebíveis. **2.2.** Retenção de recebíveis e monitoramento de obras. Fiscalização da entrega das unidades aos adquirentes e repasse dos recursos decorrentes da comercialização para liquidação do saldo devedor. **3.** Patrimônio de Afetação e a Incorporadora. **3.1.** Constituição, vigência e extinção do Patrimônio de Afetação. **3.2.** Recuperação Judicial da Incorporadora. **3.3.** Desvio e depósito de recebíveis. Realização de perícia prévia e análise da destinação de recursos. **4.** Classificação do Crédito Bancário Imobiliário e submissão aos efeitos da Recuperação Judicial. Atual entendimento jurisprudencial acerca da concursabilidade do crédito imobiliário. **4.1.** Essencialidade dos recursos decorrentes da comercialização das unidades. Caracterização de dinheiro como bem de capital. **4.2.** Existência de patrimônio de afetação. Extraconcursabilidade dos créditos. **5.** Conclusões. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Seguindo a instabilidade do cenário político-econômico brasileiro, que atingiu os principais pilares de sua estrutura financeira nos anos de 2010, o setor de construção civil e o mercado imobiliário foram expostos, de maneira significativa, na metade da década, ao enfraquecimento da economia nacional e ao ápice de sua crise, com a queda real dos preços dos imóveis e diminuição dos financiamentos que, ocasionados pela escassez de crédito e alta dos juros, caminharam lado a lado com os altos níveis de distrato, em patamar superior a 40% das unidades vendidas, segundo números da agência de risco Fitch¹, elevados estoques e a baixa velocidade de vendas, impactando diretamente o mercado.

¹ ZUCCHI, Gustavo. O dilema dos distratos assombra as empresas. *Estadão*, 2018. Disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/especiais/summit-imobiliario/2018/o-dilema-dos-distratos-assombra-as-empresas/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Em que pese o advento da Lei nº 13.786 (Lei do Distrato), no ano de 2018, a qual pode ser considerada marco legal para os contratos de aquisição de bens imóveis, o contexto supramencionado resultou, em larga escala, no crescente endividamento das construtoras e incorporadoras que, visando a preservação da manutenção de suas atividades, podem optar pela tentativa de renegociação global de seu passivo através do instituto da Recuperação Judicial, fiscalizada pelo Poder Judiciário.

Contudo, para compreender a viabilidade, efetividade e a dinâmica do processo de Recuperação Judicial das incorporadoras, enquanto mecanismo legal adotado para saneamento de sua crise financeira e patrimonial e conservação de sua função social – que abarca sua própria atividade econômica, seus postos de trabalho e os interesses de sua coletividade de credores² –, faz-se necessário concentrar as atenções sob os agentes econômicos que, nessa seara, adquiriram protagonismo e atuam de maneira direta para o bom funcionamento do mercado: as instituições financeiras.

Os grandes e tradicionais bancos nacionais possuem, no mercado imobiliário, papel decisivo para regulação de suas atividades, na medida em que assumem a qualidade de financiadores dos empreendimentos, sofrendo, em contrapartida, os efeitos de suas crises.

Não à toa, tais instituições detêm produtos específicos para concessão de recursos destinados, exclusivamente, à produção dos referidos empreendimentos e financiamento de obras, através dos quais atribuem características próprias ao crédito, de acordo com as peculiaridades e riscos do segmento³.

Esse produto – denominado como Plano Empresário⁴ –, instrumentalizado por meio dos Contratos de Produção de Empreendimento ou Cédulas de Crédito Bancário, concederá ao crédito encargos e taxas acessórias, assim como fluxos de amortização particulares, assistindo-lhe, ainda, garantias que assegurem às instituições a possibilidade de recuperação dos valores liberados em caso de inadimplemento.

Nesse passo, haja vista a finalidade específica do crédito concedido, há também expressas previsões contratuais acerca da constituição e extinção do regime de Patrimônio de Afetação, o qual resultará na segregação do patrimônio da incorporadora, restringindo seus

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

³ ITAÚ. Recursos Direcionados. Disponível em: <https://www.itaubba-pt/o-que-fazemos/recursos-direcionados>. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁴ ITAÚ. Crédito imobiliário. Disponível em: <https://www.itaubba-pt/o-que-fazemos/recursos-direcionados>. Acesso em: 11 nov. 2021; BRADESCO. Plano Empresário. Disponível em: <https://banco.bradesco/html/pessoajuridica/solucoes-integradas/emprestimo-e-financiamento/plano-empresarial.shtm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

recursos financeiros, vinculados ao empreendimento, ao pagamento ou reembolso de despesas inerentes à incorporação.

Entretanto, em se tratando de companhia em Recuperação Judicial, regida pela Lei 11.101/05, todos esses elementos contratuais, a seguir pormenorizados, assumem novas dimensões e, uma vez atrelados à atividade-fim da empresa, são objeto de uma análise caso a caso pelo Poder Judiciário, confrontando o interesse do credor, detentor das garantias, e a companhia que busca, por meio de demonstrada viabilidade, solução de mercado para seu soerguimento.

Abordando esses aspectos, o presente artigo analisará as delimitações convencionadas pelas partes envolvidas no negócio jurídico material, seus efeitos no processo recuperacional da incorporadora e a abordagem dos tribunais do país a respeito do tema, tangenciando, principalmente, a caracterização e reconhecimento do caráter extraconcursal dos créditos bancários, seja em razão das garantias ou em razão da existência de patrimônio de afetação.

2 CONTRATOS BANCÁRIOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. OPERAÇÕES DE PLANO EMPRESÁRIO

Antes de adentrar na análise dos efeitos do contrato de crédito imobiliário e sua sujeição à Recuperação Judicial da incorporadora, faz-se necessário abranger os principais aspectos conceituais relativos ao instrumento que cria a relação jurídica material e os pormenores do produto oferecido pelas instituições financeiras, intitulado como Plano Empresário.

Trata-se de contrato, firmado entre a entidade bancária, no âmbito do estudo ora realizado, e pessoa jurídica investida da natureza de construtora ou incorporadora, regulada pela Lei 4.591/64, para concessão de crédito, na modalidade financiamento – também admitido na forma de Cédula de Crédito Bancário, descrita no art. 26, da Lei 10.931/04⁵, dotada de certeza, liquidez e exigibilidade –, cuja finalidade exclusiva é a produção de um empreendimento.

Tal relação contratual institui uma série de deveres e obrigações às partes contratantes, com a finalidade de propiciar a entrega da obra finalizada.

⁵ "Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade." (BRASIL. *Lei nº 10.931, de 2 agosto de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 11 nov. 2021).

Diante desse panorama, a dinâmica de cumprimento das disposições contratuais assume um caráter próprio, que o distingue de outras operações bancárias convencionais e até mesmo das demais linhas de concessão de crédito imobiliário.

Isso porque, celebrado o contrato de Plano Empresário, para que haja a liberação do crédito pela instituição financeira, é imprescindível que a incorporadora comprove o avanço da obra financiada, nos moldes do cronograma físico-financeiro previsto no contrato⁶.

A entrega do crédito ocorrerá e, sobretudo, dependerá da evolução física do empreendimento, de modo que, na medida em que alcançados os percentuais de conclusão da obra e de vendas das unidades autônomas, os recursos serão disponibilizados à incorporadora⁷.

Para verificação das condições da construção, é essencial o acompanhamento da utilização dos recursos do financiamento, através da contratação de serviço de monitoramento que, prestado por empresa especializada e de confiança das partes, realizará medições periódicas da obra e embasará a análise da execução de suas etapas, conforme seu orçamento, para liberação dos recursos.

Em conjunto com o monitoramento e vistoria da obra, in loco ou de forma remota, será exigido o fornecimento de documentos e relatórios referentes ao imóvel, à comercialização das unidades e ao fluxo de recebíveis, que certifiquem não somente o cumprimento do projeto, mas também o repasse dos valores devidos à instituição bancária, nos exatos termos contratuais. Tais informações são necessárias para que todo o crédito previsto no contrato seja efetivamente disponibilizado.

Superado tal ponto, sem prejuízo dos elementos pré-contratuais e as condições do contrato de natureza propriamente econômica, materializadas na forma de carência, encargos, taxas, juros e tarifas próprias, estabelecidas pela instituição selecionada, além da análise jurídica e estudo de viabilidade econômico-financeiro da empresa, do imóvel e do projeto do empreendimento, há de se deparar, ao tratar da presente relação contratual, com as garantias que asseguram ao credor, em caso de eventual inadimplemento do contrato, a possibilidade de recuperação do crédito concedido.

Entre elas, além das demais garantias que se façam necessárias, a critério da instituição, cita-se a fiança, a hipoteca e cessão fiduciária ou penhor de recebíveis⁸, a seguir

⁶ FORTESEC. Plano Empresário ou Securitização: qual a captação de recursos ideal?. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://fortesec.com.br/plano-empresario/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁷ BRADESCO. Plano Empresarial. Disponível em: <https://banco.bradesco/html/corporate/solucoes-integradas/emprestimo-e-financiamento/imoveis/plano-empresario.shtm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁸ ITAÚ. Itaú Plano Empresário. Disponível em: <https://docplayer.com.br/18065400-O-plano-empresario-e-um-financiamento-destinado-as-incorporadoras-construtoras-para-a-construcao-de-imoveis-residenciais-e-ou-comerciais.html>. Acesso em: 11 nov. 2021.

melhor descritas.

Vale destacar que a constituição e existência dessas garantias deverá ser comunicada aos adquirentes das unidades do empreendimento, inclusive com relação às unidades eventualmente comercializadas antes da concessão do crédito, sendo necessária a comprovação de sua expressa ciência e concordância como, inclusive, uma das condições de liberação do crédito.

2.1 Garantias contratuais convencionais. Hipoteca cedular, fiança, cessão fiduciária e penhor de recebíveis

Para contratação do financiamento e visando assegurar as obrigações assumidas, são convencionadas, entre a instituição financeira e a empresa tomadora do crédito, nos termos do artigo 31 da Lei 10.931/04⁹, as garantias de fiança, hipoteca e cessão fiduciária ou penhor de recebíveis que, enquanto acessórias ao contrato de produção de empreendimento, poderão ser acionadas na hipótese de inadimplemento ou descumprimento de suas cláusulas por parte da Incorporadora e serão eficazes até a liquidação do financiamento.

Sua constituição, além disso, poderá obrigar o cliente, segundo disposição habitualmente incluída nos instrumentos contratuais, a substituir, complementar ou reforçar as garantias, sempre que for objeto de qualquer medida judicial ou administrativa, ou, ainda, se ficar prejudicada, diminuída ou deteriorada, imprópria ou insuficiente para assegurar as obrigações contratadas, sob pena de vencimento antecipado de todas as obrigações decorrentes do contrato.

A garantia fidejussória, prestada na modalidade de fiança, poderá ser oferecida, dentre outros envolvidos ou interessados na relação econômica instituída, pelos sócios da companhia e/ou demais empresas do grupo econômico que possuam patrimônio para satisfazer o débito que, eventualmente, restar em aberto.

A fiança é prevista genericamente no artigo 818 e seguintes do Código Civil de 2002, como garantia acessória e vinculada à obrigação principal, e confere ao fiador demandado pelo pagamento da dívida o direito a exigir, até a contestação da lide em que cobrado o pagamento

⁹ “Art. 31. A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.” (BRASIL. *Lei nº 10.931, de 2 agosto de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 11 nov. 2021).

dos valores garantidos, que sejam primeiro executados os bens do devedor originário.

Entretanto, nos contratos e Cédulas de Crédito Bancário em que instrumentalizadas as operações de Plano Empresário, é comum a inclusão de cláusula que resulte na renúncia de tal direito – benefício de ordem –, pelo fiador, que então assume a característica de devedor solidário convencional¹⁰, assim como ao direito de exonerar-se, a qualquer tempo, segundo seus interesses e conveniência, através de rescisão unilateral.

Nessa qualidade, o fiador, portanto, se obriga, em caráter integral, irrevogável e irretroatável, com todas as obrigações contratadas pelo tomador do crédito, e poderá ser incluído no polo passivo de qualquer demanda judicial cuja pretensão seja a cobrança forçada do crédito.

Além dessa garantia pessoal, é também constituída a garantia real de hipoteca, que recairá em primeiro e único grau sobre o percentual do terreno objeto do financiamento ou, ainda, sobre as unidades autônomas oportunamente individualizadas perante o órgão municipal correspondente e descritas no contrato.

A hipoteca, cujos efeitos vigorarão enquanto perdurar a obrigação, isto é, até a efetiva e integral liquidação do financiamento, e irão abranger as acessões, construções e benfeitorias que vierem a ser ou já acrescidas ao imóvel, é disposta no art. 1.419 e seguintes, c/c art. 1.473 do Código Civil, e consiste em direito real sobre coisa alheia.

Sua incidência sobre um bem não resulta na transmissão da posse entre as partes, mas exige o registro sobre sua matrícula, junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, para que lhe seja atribuída eficácia *erga omnes*, estabelecendo o direito de seqüela e a ordem de preferência.¹¹

Assim, no caso de inadimplemento ou mora de quaisquer obrigações da empresa devedora decorrente daquela operação de concessão de crédito imobiliário, será facultado ao credor a excussão da garantia, utilizando-se do procedimento previsto no Código de Processo Civil, não se aplicando as disposições da Lei 5.741/71, que versa sobre os imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação.

Nesse contexto, levado à arrematação, adjudicação ou remição, o valor do bem poderá ser aquele atribuído no contrato pelas partes ou por empresa especializada.

No entanto, há outras formas de extinção da garantia disposta no contrato ora mencionado, além da liquidação da obrigação principal garantida.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO, 2017.

¹¹ *Ibidem*, p. 1172.

Isto é, ainda que os deveres contratuais decorrentes da operação firmada entre as partes não se encontrem totalmente liquidados, os Bancos poderão liberar o gravame hipotecário que incida sobre certas unidades autônomas do empreendimento, mediante pagamento de valores mínimos estipulados, usualmente desembolsados pelos adquirentes e repassados à instituição financeira, seja no período de construção ou após o término da obra.

Por fim, poderão ser constituídas garantias sobre os direitos creditórios decorrentes da comercialização das unidades do empreendimento financiado, na modalidade de cessão fiduciária ou penhor de recebíveis, que estabelecem as chamadas “travas bancárias”.

No primeiro caso, o cliente, nos termos da Lei 9.514/97 e Lei 4.728/65, “[...] opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida”¹², concedendo ao destinatário da garantia o direito de “[...] receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.”¹³, os quais correspondem a todos e quaisquer direitos creditórios de sua titularidade, atuais e futuros, produto da venda das unidades do empreendimento.

Essa garantia será materializada em instrumento próprio e deverá ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos (RTD) competente, embora tal ato não seja necessário para produção dos efeitos da cessão e seja totalmente dispensável para seu aperfeiçoamento¹⁴.

Importa ressaltar que a cessão fiduciária, embora incida sobre bem ou coisa alheia móvel, possui natureza jurídica, especialmente para fins de classificação e aplicação de dispositivos da legislação específica, diversa das garantias propriamente reais, elencados no rol do art. 1.225 do CC/02.

Essa modalidade possui caráter instrumental, eis que se trata de um negócio-meio, “[...] vocacionado a criar a condição para a realização do negócio-fim pretendido pelas partes [...]”¹⁵, cuja função econômica se relaciona à subsequente transferência de domínio a terceiros ou, em sua modalidade mais usual, aqui abordada, à garantia do pagamento de dívida do fiduciante em favor do fiduciário.

¹² “Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes: [...]” (BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 11 nov. 2021).

¹³ “Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de: [...] IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.” (BRASIL. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 11 nov. 2021)..

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.009.521 – AL (2016/0288013-3)*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 21/11/2017. Data de Publicação: 29/11/2017.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 3 v. p. 188.

Em linhas gerais, através da garantia fiduciária, o devedor obriga-se a entregar os direitos cedidos ao credor e o autoriza a reter os recursos para amortização ou liquidação da operação garantida.

Segundo o entendimento do Procurador de Justiça aposentado, Jorge Lobo, a finalidade de sua constituição é propiciar, ao devedor, recursos financeiros a menores taxas e com mais rapidez, ao passo que, o credor, investido de certeza e a segurança, na qualidade de proprietário fiduciário, poderá, a qualquer momento, celeremente, sem depender de excussão judicial da garantia¹⁶, cobrar e receber o que lhe é devido.

Por outro lado, poderá também ser constituído penhor sobre esses direitos, nos moldes do art. 1.451 e subsequentes, do Código Civil de 2002, mediante instrumento próprio.

Nessa hipótese, ocorre, em regra, diferentemente da cessão fiduciária, a transferência efetiva da posse do bem do devedor ao credor, de maneira que, vencido o crédito pignoratício, tem o credor o direito a reter, da quantia recebida, o quanto lhe for devido.

Através dessa garantia, de natureza propriamente real, o devedor empenha ao Banco todos e quaisquer direitos creditórios de sua titularidade, decorrentes da comercialização das unidades autônomas, representados pelos contratos e compromissos de compra e venda celebrados entre a Incorporadora e seus respectivos adquirentes.

Feita tal distinção, destaca-se que os direitos creditórios, sejam eles cedidos fiduciariamente ou empenhados, serão cobrados pelas Instituições Financeiras e, nos exatos termos das disposições contratuais, serão decorrentes dos pagamentos realizados pelos adquirentes das unidades, sendo lançados em contas vinculadas ao Contrato de Financiamento Imobiliário, cuja movimentação pelos clientes será restrita, com o impedimento de sua oneração a qualquer título.

Considerando o próprio objeto contratual e as obrigações garantidas, tanto pelo penhor quanto pela cessão fiduciária, os recursos depositados nas contas vinculadas terão destinação específica e deverão ser utilizados para os deveres vinculados aos ativos e passivos do empreendimento.

Durante o período da construção do Empreendimento (“pré-chaves”), por força do quanto normalmente disposto nos instrumentos contratuais, os recursos deverão ser creditados na conta corrente convencionada e poderão ser utilizados para quitar os encargos mensais do contrato, inclusive despesas e tarifas, sendo que o saldo remanescente deverá ser utilizado exclusivamente no custeio das obras do Empreendimento.

¹⁶ LOBO, Jorge. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 59, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1275172/Jorge_Lobo.pdf. Acesso em: 2 nov. 2021. p. 3.

Nesse sentido, destaca-se que, como acima mencionado, além da natureza garantidora da cessão fiduciária e do penhor constituído sob os recebíveis decorrentes da comercialização das unidades, os recursos também poderão ser usados e retidos, oportunamente e de acordo com as cláusulas contratuais, como forma de amortização ou liquidação do saldo devedor.

2.2 Retenção de recebíveis e monitoramento de obras. Fiscalização da entrega das unidades aos adquirentes e repasse dos recursos decorrentes da comercialização para liquidação do saldo devedor

Compreendida a constituição das garantias contratuais e os requisitos para liberação do crédito pela Instituição Financeira, a análise passará a ser realizada sob o funcionamento prático do contrato e cumprimento das obrigações por ambas as partes, visando a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes.

Logo, importante relacionar os eventos de ordem comercial, desde a aprovação do crédito e contratação da operação, passando pelas aprovações técnicas e jurídicas internas da entidade bancária, sujeitas a estudos de viabilidade, com o avanço das obras financiadas pelos recursos concedidos à incorporadora.

Isto é, firmado o contrato de financiamento bancário, é dado início às obras com a liberação das parcelas do crédito à empresa, na medida em que alcançados os percentuais de avanço da construção previstos no contrato, sendo que, no período de construção, os respectivos recursos serão alocados no empreendimento até sua finalização.

Contudo, como já mencionado no presente artigo, em conjunto ao necessário atendimento da incorporadora ao cronograma físico-financeiro de evolução do empreendimento, verificado através das medições periódicas, é exigido o repasse dos valores decorrentes das unidades autônomas comercializadas à Instituição contratada para fins de amortização do saldo devedor.

Dessa forma, é assumida a obrigação, pela Incorporadora, de destinar às Contas Vinculadas ao contrato todos os recursos recebidos pela venda das unidades do empreendimento, possibilitando, de forma simultânea à execução da obra, a liberação das parcelas do crédito, conforme demonstra cronograma exemplificativo disponibilizado pelo Itaú Unibanco S/A, com prazo estimado de 2 a 3 anos:

Figura 1 – Cronograma de Plano Empresário.



Fonte: Itaú Unibanco S/A¹⁷

Além disso, em caso de inadimplemento pela empresa ou ocorrência de um dos eventos elencados nas cláusulas de vencimento antecipado da dívida, que culminem na exigibilidade do crédito pela Instituição Financeira, esses recebíveis, assumindo a natureza de objeto da garantia de cessão fiduciária/penhor ora estipulada, poderão ser retidos e utilizados para saldar o débito em aberto.

Assim, tendo em vista a essencialidade dos recursos mantidos em conta vinculada para manutenção do contrato e prosseguimento do avanço das obras do empreendimento financiado, assim como sua posterior destinação para liquidação do financiamento, o cliente se obriga, por força do quanto avençado, a enviar regularmente o Fluxo de Recebíveis e Relatório de Comercialização das unidades, discriminando suas vendas, renegociações, distratos, cessão de direitos, a relação de seu estoque e todas as demais informações solicitadas pela Instituição Financeira, incluindo os dados pormenorizados sobre pagamento de fornecedores, cumprimento das obrigações fiscais, regulatórios, etc.

Ainda, é necessário encaminhar os compromissos de compra e venda das unidades e comprovar que aos adquirentes foi comunicada a constituição da garantia hipotecária sobre as unidades comercializadas e a existência da cessão fiduciária/penhor pactuada, para que todos os pagamentos sejam corretamente direcionados à Instituição Financiadora e ao empreendimento.

Paralelamente, esse monitoramento propicia, além da amortização da dívida do contrato, a aplicação correta dos recursos e a liberação das hipotecas das unidades em favor dos

¹⁷ ITAÚ. Itaú Plano Empresário. Disponível em: <https://docplayer.com.br/18065400-O-plano-empresario-e-um-financiamento-destinado-as-incorporadoras-construtoras-para-a-construcao-de-imoveis-residenciais-e-ou-comerciais.html>. Acesso em: 11 nov. 2021

adquirentes, quando noticiado o pagamento integral dos preços previstos nos compromissos de compra e venda celebrados entre os adquirentes e a Incorporadora.

É também habitual que, a partir dessa relação pré-existente entre a incorporadora e o Banco contratado, seja oferecido ao adquirente da unidade comercializada o financiamento imobiliário pessoal para liquidação do preço atribuído ao bem.

Os valores oriundos desse novo financiamento, por sua vez, caso contratado pelos adquirentes, serão empregados para amortização do saldo devedor do empreendimento, caracterizando a prática comercial de repasse.

Abrangidos tais elementos da relação contratual entre a Construtora e a Instituição Bancária selecionada para financiamento do empreendimento, que se estende aos adquirentes das futuras unidades autônomas e aos recursos oriundos do pagamento de seu preço, destacar-se-á abaixo mais um instituto que permeia o Contrato de Produção de Empreendimento, cuja instituição é de suma importância para compreensão dos efeitos do crédito sujeito à Recuperação Judicial da Incorporadora.

3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E A INCORPORADORA

A Incorporadora, segundo Martelene Carvalhaes Pereira e Souza¹⁸, é toda pessoa física ou jurídica que vende imóveis que ainda não foram construídos, sendo o responsável, perante os compradores, pela entrega do bem vendido, com todas as especificações contidas no memorial de incorporação.

Nessa qualidade, mesmo que não realizando a construção, a empresa ou pessoa natural avença a venda de frações ideais do terreno – as denominadas unidades autônomas já mencionadas neste artigo –, responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega das obras concluídas, no prazo, preço e condições pré-determinadas.¹⁹

Logo, exerce a atividade de incorporação imobiliária com o intuito de promover e realizar o empreendimento para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações composto pelas unidades individualizadas do bem originário.

Tal atividade é operada com grande nível de riscos em razão das peculiaridades do mercado imobiliário, vinculados, essencialmente, à incorporação e à construção, considerando

¹⁸ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. *Patrimônio de Afetação, SPE, SPC e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil*, 2. ed. São Paulo: MC Editora, 2020.

¹⁹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. *Patrimônio de Afetação, SPE, SPC e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil*, 2. ed. São Paulo: MC Editora, 2020.

seu ciclo operacional de longo prazo, os custos operacionais, a velocidade das vendas e volatilidade dos preços do mercado, dificuldades na contratação de mão de obra técnica e especializada, além das exigências de ordem ambiental²⁰.

Assim, a complexidade das operações, as quais são também influenciadas por diversos elementos macroeconômicos, impõe uma série de obrigações e direitos durante a execução da obra, o que, conseqüentemente, exigiu do legislador a criação de um mecanismo jurídico capaz de resguardar e proteger a capacidade financeira da incorporadora, ainda que em caso de falência ou insolvência civil, visando a conclusão do empreendimento e entrega das unidades aos adquirentes.

Nesse contexto, instituiu-se, através da Lei 10.931/04, o Patrimônio de Afetação, que consiste em um regime vigente sob o acervo patrimonial de uma incorporação imobiliária, o qual resulta na segregação dos direitos e deveres dela decorrentes e a ela vinculados, de todo o patrimônio remanescente da Incorporadora.

Sua criação pretende, de acordo com o entendimento de Melhim Namem Chalhub²¹, proteger a incorporação afetada em face dos riscos patrimoniais de outros negócios da empresa, para impedir que seus eventuais insucessos não interfiram na estabilidade econômico-financeira daquela construção e não prejudique os adquirentes das unidades autônomas.

Por consequência, a afetação acarreta na vinculação de receitas recebidas a título de pagamento pelos adquirentes ou de financiamentos específicos do empreendimento, à exata quantia necessária à execução da obra, com a destinação dos recursos à satisfação dos créditos a ela atrelados, respondendo somente por suas próprias dívidas e obrigações.

Frisa-se que o regime de afetação não importa em exclusão daquela parcela, vinculada ao empreendimento, do patrimônio do Incorporador. Na realidade, ele implica na indisponibilidade do bem afetado e sua segregação perante a universalidade dos demais direitos, ativos e passivos pertencentes à empresa.

Sua instituição, regulada pelo artigo 31-A a 31-F da Lei 10.931/04, considerando todos os seus efeitos e características, bem como o alto risco dos adquirentes de unidades e pela Instituição Bancária responsável pelo financiamento das obras, demandará um tratamento diverso dos créditos e débitos relacionados à incorporação imobiliária em caso de desequilíbrio

²⁰ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. *Patrimônio de Afetação, SPE, SPC e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil*, 2. ed. São Paulo: MC Editora, 2020.

²¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987053. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 28 out. 2021.

econômico da incorporadora que possam frustrar ou colocar em risco o sucesso e conclusão do empreendimento.

3.1 Constituição, vigência e extinção do Patrimônio de Afetação

A constituição de Patrimônio de Afetação para segregação patrimonial, embora possua a finalidade de preservação dos recursos destinados à incorporação imobiliária para conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes, é facultada à Incorporadora²² e será concretizada, nos moldes do artigo 31-B da Lei 10.931/04, “[...] mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.”²³

Essa averbação independe da anuência dos adquirentes, já que a afetação assume o caráter de garantia em favor deles e não de terceiros, não havendo prejuízos em sua dispensa, e não pode ser impedida pela existência de ônus reais sobre o imóvel, constituídos para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento.

No âmbito dos contratos de financiamento imobiliário firmado junto às Instituições Financeiras, poderá ser convencionada sua constituição pelas partes no próprio instrumento, justamente para fins de assegurar aos recursos, destinados exclusivamente ao empreendimento, a responsabilização pelas dívidas e obrigações dele decorrentes.

A partir dela, passarão então a subsistir uma série de obrigações legais à incorporadora, englobando não somente os bens corpóreos vinculados à incorporação, como também os direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes do empreendimento.

A respeito disso, a norma é expressa ao consignar que, na hipótese de contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão de propriedade fiduciária sobre as unidades autônomas do empreendimento, assim como a cessão, plena ou fiduciária, dos direitos creditórios decorrentes de sua comercialização – exatamente como nos casos que refletem as condições contratuais abordadas no presente artigo –, não há qualquer transferência ao credor de nenhuma das responsabilidades do incorporador.

²² CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987053. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 117.

²³ BRASIL. *Lei nº 10.931, de 2 agosto de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 11 nov. 2021

Dentre suas principais incumbências, elencadas no art. 31-D da legislação especial, destaca-se a boa administração e manutenção do patrimônio de afetação, além das necessárias diligências para preservação dos recursos necessários à conclusão da obra, mantendo os montantes em conta de depósito aberta especificamente para esse fim.

Ainda, sem prejuízo de cláusulas constantes do Contrato de Financiamento do empreendimento firmado perante a entidade bancária, com iguais disposições, é obrigação do incorporador, por força de lei, apresentar aos seus credores relatórios que demonstrem o estado físico da obra e sua correspondência com o prazo pactuado para conclusão da incorporação, para que, cientes dos avanços do empreendimento, possam adotar as medidas oportunamente cabíveis e necessárias como, inclusive, a destituição do incorporador, caso reste insolvente ou na hipótese de paralisação das obras.

Quanto à extinção do patrimônio de afetação, o artigo 31-E da Lei 10.931/04 prevê que a segregação do acervo patrimonial do incorporador cessará pela (i) averbação da construção; (ii) revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas, (iii) liquidação deliberada pela Assembleia Geral dos Adquirentes e, por fim, (iv) extinção das obrigações da empresa perante a instituição financiadora do empreendimento.

Isto é, na hipótese de celebração de contrato de Plano Empresário, havendo a adequada alocação de recursos e cumprimento de cronogramas físico-financeiros de avanço da obra, com o atendimento de todas as obrigações pelo Incorporador, o Patrimônio de Afetação será extinto com liquidação do saldo devedor do financiamento, a ser registrado perante o Cartório de Registro de Imóveis competente.

Tal modalidade de extinção contempla a finalidade da constituição dessa sistemática jurídica, já que sujeita todos os bens e direitos vinculados ao empreendimento, até que adimplidas todas as obrigações contratuais também inseridas naquele patrimônio, ao regime de afetação, como forma de garantia ao credor.

3.2 Recuperação Judicial do Incorporador

Associados os conceitos ora expostos acerca do Incorporador, que é responsável pela construção de um empreendimento e sua posterior alienação, realizando a venda de suas unidades autônomas, é certo que não há impedimentos para ajuizamento de pedido de Recuperação Judicial.

A Lei 11.101/05, em seu artigo 1º, dispõe expressamente que, independentemente do

objeto social e das atividades desempenhadas, é direito da empresa acionar o instituto recuperacional para, em suma, alcançar a capacidade de mercado para soerguimento econômico.

Veja-se que as normas que regem o procedimento balizam sua aplicação não a toda e qualquer pessoa jurídica, mas sim àquelas cuja atividade-fim pressuponha o acúmulo de recursos com finalidade lucrativa, excluindo de seu escopo associações civis, organizações religiosas, fundações etc.

Logo, o empresário e a sociedade empresária mencionados pela LRF devem ser interpretados, conceitualmente, em conjunto com os art. 966, 967 e 982, do Código Civil, de modo que somente a eles, observadas as vedações do art. 2º do diploma legal, são concedidos os benefícios legais da Falência e da Recuperação Judicial.

Nessa esteira, é possível concluir, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, que a incorporação é “[...] atividade mercantil por natureza e o incorporador constitui uma empresa comercial imobiliária [...]”²⁴, lhe sendo inerentes os termos empresariais, com finalidade lucrativa.

Portanto, eis que a atividade da Incorporadora tem por finalidade a mobilização de fatores de produção objetivando lucros, através da dinâmica imobiliária de construção e venda de unidades vinculadas a um empreendimento, resta clara sua total legitimidade para propor, ativamente, o pedido recuperacional.

3.3 Desvio e depósito de recebíveis. Realização de perícia prévia e análise da destinação de recursos

Conforme a dinâmica contratual supramencionada, caso a empresa cumpra com todas as suas obrigações, o crédito do Banco Financiador será adimplido sem maiores problemas, com os valores pagos pelos adquirentes quando da aquisição das unidades e concessão dos financiamentos imobiliários individuais (repasse) sendo amortizados do saldo devedor.

Contudo, em determinados casos, cada vez mais usuais dentre aqueles já judicializados, a conduta da Incorporadora, praticada explicitamente, ao inadimplir as obrigações contratuais e, paralelamente, crescer seu passivo, não implica o mero descumprimento das avenças acordadas entre as partes, mas seja em esfera civil ou em esfera

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 1. v., p. 262.

criminal²⁵, enseja a violação de dispositivo de lei.

Isto é, além de eventual descumprimento do cronograma físico-financeiro da obra estabelecido no contrato, é possível que a Incorporadora, nessas hipóteses, cesse o repasse das informações à empresa responsável pelo monitoramento e a validação dos relatórios mensais sem qualquer justificativa, simplesmente ignorando as disposições contratuais envolvendo as partes envolvidas, inclusive a empresa responsável pelo acompanhamento da obra.

É também comum que, paralisadas as obras, seja imputado ao Banco eventual responsabilidade sobre o atraso em sua entrega, sob o argumento de que a Instituição não promove a liberação e o repasse dos valores destinados à construção. Ainda, não é raro que, nesse mesmo contexto, os adquirentes sejam orientados e coagidos a desviar os recebíveis, cedidos fiduciariamente ou empenhados, e vinculados ao patrimônio de afetação, entregando o preço das unidades autônomas diretamente à Incorporadora.

Por consequência lógica, considerando que efetuado o pagamento do valor atribuído aos imóveis, independentemente do destinatário dos recursos, os adquirentes procuram as instituições bancárias exigindo, com fundamento na Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça²⁶, a liberação da hipoteca constituída sobre a unidade autônoma, o que esvazia a garantia prestada pela Incorporadora ao agente financeiro, tornando-a sem efeito para fins de recuperação do crédito inadimplido.

Inevitavelmente, o resultado de tal conduta, investida de má-fé, implicará na interrupção da liberação das parcelas do crédito pela Instituição Financeira e certamente agravará a situação econômico-financeira da Incorporadora, de modo que seu endividamento poderá, supostamente, justificar o ajuizamento de seu pedido de Recuperação Judicial.

Em hipóteses como essa, cabe às Instituições Financeiras e sobretudo, as entidades bancárias tradicionais, enquanto agentes ativos do mercado imobiliário, adotando os mecanismos assistidos pela Lei 11.101/05, demonstrar, nos casos em que, de fato, haja elementos verossimilhantes, a utilização do instituto recuperacional de forma imprópria e abusiva.

Ou seja, através da comprovação da ausência de diversos requisitos estipulados pela legislação, incluindo aqueles materializados no art. 51 e seguintes da LRF, poderá o credor,

²⁵ Crime de estelionato, previsto no artigo 171 e seguintes do Código Penal Brasileiro, e crimes contra o sistema financeiro nacional, regulados pela Lei 7.492/86.

²⁶ “SÚMULA N. 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Súmula 308*. Brasília, DF: DJ, 25 abr. 2005, p. 384. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula308.pdf. Acesso em: 28 out. 2021).

especialmente a Instituição responsabilizada pelo descompasso financeiro da companhia, requerer ao Juízo o indeferimento do processamento do feito.

Subsidiariamente, por força das normas incluídas pela Lei 14.112/2020, caso o magistrado competente entenda necessário, principalmente diante de questões controversas sobre a utilização da Recuperação e também da real situação econômica da devedora, poderá nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a análise das reais condições de funcionamento e da regularidade e completude da documentação apresentada com a petição inicial, realizando, no prazo de 5 (cinco) dias, a chamada constatação ou perícia prévia.

Essa constatação, conforme preconiza o art. 51-A, §5º da Lei de Recuperações Judiciais e Falências, consistirá, objetivamente, na verificação de indícios contundentes de utilização fraudulenta da ação de recuperação judicial.

Além disso, outro ponto importante dessa análise, considerando o tema ora abordado, é a destinação dada pelas Incorporadoras Requerentes aos valores obtidos com as Instituições Financeiras, a fim de evidenciar o emprego indevido dos recursos em finalidades diversas daquelas contratualmente previstas, atreladas ao Patrimônio de Afetação constituído.

O art. 47 da Lei 11.101/05, ao dispor sobre os objetivos e as diretrizes da recuperação judicial, refere-se expressamente à manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, à preservação da empresa, à função social e ao estímulo à atividade econômica, elementos esses que, se ausentes no caso concreto, com a prova de criação uma situação artificial de insolvência mediante a sujeição de todos os ativos e passivos que deveriam ser excluídos dos efeitos da Recuperação, propiciam o afastamento dos benefícios da ação.

Nessa situação, poderá a Instituição Financeira, enquanto grande prejudicada pelo pedido, ou qualquer interessado, evidenciar que o pleito recuperacional está voltado tão somente à eventual suspensão das ações movidas contra a devedora e para tentar obter indevido deságio no pagamento de suas obrigações financeiras por meio da aprovação de sua Plano de Recuperação Judicial, objetivos estes que, por óbvio, não se coadunam com os preceitos da legislação de regência.

Por seu turno, a Recomendação 57, de 22 de outubro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, considerou para sua edição a relevância jurídica, social e econômica da ferramenta da perícia prévia, antes mesmo de sua regulação legislativa no ano de 2020, por ser essa meio hábil a constatar a real condição da empresa em crise, reconhecendo-a como

[...] uma boa prática para garantir a aplicação regular e efetiva da recuperação empresarial em defesa da preservação dos interesses público, social e dos credores, além de consignar a relevância dessa ferramenta quanto às consequências gravosas do deferimento do processamento da recuperação, destacando, inclusive, que a aplicação ineficaz das ferramentas legais do sistema de insolvência empresarial gera prejuízos sociais gravíssimos, seja pelo encerramento de atividades viáveis, com a perda dos potenciais empregos, tributos e riquezas que poderiam ser gerados, seja pela manutenção artificial do funcionamento de empresas inviáveis e que não produzem benefícios econômicos e sociais, em prejuízo do interesse da sociedade e do adequado funcionamento da economia.²⁷

Portanto, para diversos outros fins, mas especialmente no contexto analisado no presente artigo, a verificação da utilização dos recursos vinculados ao Patrimônio de Afetação, também empenhados ou cedidos fiduciariamente como garantia a financiamento bancário, através da constatação prévia descrita nos dispositivos incluídos pela Lei 14.112/2020, é imprescindível para demonstrar a realidade financeira da empresa, o cabimento do pedido de Recuperação Judicial, de seu processamento e a sujeição dos créditos aos seus efeitos.

4 CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO BANCÁRIO IMOBILIÁRIO E SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CONCURSALIDADE DO CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Visitados os elementos propriamente contratuais da operação de Plano Empresário e a constituição de Patrimônio de Afetação sobre os ativos e passivos vinculados ao empreendimento, passa-se à análise da sujeição do crédito decorrente desse contrato, em caso de ajuizamento de Recuperação Judicial pela Incorporadora.

Tal estudo permeia, em um primeiro plano, a existência das garantias oriundas da relação jurídica material e seu enquadramento nas classificações previstas pela Lei 11.101/05 em concurso de credores – considerando que, em regra, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos²⁸ –: Classe I – Créditos Trabalhistas, Classe II – Créditos com Garantia Real, Classe III – Créditos Quirografários e Classe IV – Créditos de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 57, de 22 de outubro de 2019*. Brasília, DF: CNJ, 29 out. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original211815201911045dc09597339db.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

²⁸ Art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Serão dispensadas abordagens acerca de créditos de natureza trabalhista ou os montantes detidos por Microempresas ou EPP, uma vez que, em virtude da natureza das operações bancárias ora destacadas, os créditos mencionados são invariavelmente listados nas Classes II ou III.

Dito isso, ressalta-se, inicialmente, que a constituição de fiança, enquanto garantia pessoal fidejussória, não possui o condão de, por si só, atribuir ao crédito oriundo dos Contratos de Financiamento qualquer privilégio ante os demais credores.

Entretanto, a existência de hipoteca cedular e/ou penhor em favor do credor concede ao crédito um tratamento e, sobretudo, um posicionamento prioritário na ordem de pagamento dos débitos.

Isso porque, tratando-se de direito real *de* garantia²⁹ sobre coisa alheia, seja ela o imóvel em que edificado o empreendimento ou sejam os recursos decorrentes da comercialização das unidades, que em hipótese alguma serão retirados da propriedade da devedora, salvo por ato deliberado de alienação, o montante devido pela empresa devedora será arrolado, nos termos do art. 41 da LRF, na Classe II – Garantia Real.

Em caso de constituição da garantia de penhor, sem prejuízo da análise da extraconcursalidade do crédito em razão da existência de Patrimônio de Afetação, enquanto perdurar o caráter concursal dos valores, havendo indícios que a empresa não está depositando os recebíveis na conta vinculada contratualmente estipulada, não é admitido que as quantias sejam detidas pela Incorporadora.

Na realidade, tomado conhecimento da existência da garantia pelo magistrado, deverá ser determinado o depósito dos recursos em conta vinculada, para que permaneçam sob a tutela jurisdicional ao menos durante o transcurso do período de blindagem da devedora.

A Lei de Recuperações Judiciais e Falências, ao tratar sobre o tema, alude em seu artigo 49, §5º, que:

[...] tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º desta Lei.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017. p. 194.

Nesse mesmo sentido, para dirimir as controvérsias sobre a existência e execução das travas bancárias decorrentes de penhor constituído sobre direitos creditórios, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou sua Súmula 62, na qual diz:

Na recuperação judicial, é inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de recebíveis e, em consequência, o valor recebido em pagamento das garantias deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º da referida lei.³⁰

Assim, na hipótese de ser caracterizado o desvio dos valores destinados ao pagamento do Contrato de Financiamento Imobiliário, considerando a sujeição, ainda que temporária, dos créditos aos efeitos da Recuperação, será determinado o depósito em conta vinculada ao Juízo, de todos os recebíveis que foram dados em penhor ao credor, justamente para se assegurar a destinação dos recursos e, em última instância, não prejudicar a coletividade dos credores.

Situação diversa ocorre na hipótese da constituição de cessão fiduciária e da respectiva trava bancária, eis que sua existência atribuirá ao crédito necessariamente a natureza extraconcursal, excluindo-o dos efeitos da Recuperação Judicial e vedando a participação do detentor do crédito em Assembleia Geral de Credores para deliberação do Plano de Recuperação Judicial, autorizando o credor a excuti-la a qualquer tempo, inclusive sem que haja prévia autorização judicial.

É o que prevê o artigo 49, §3º, da Lei de Recuperações Judiciais e Falências ao dispor que:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Assim, por expressa disposição legal, o credor fiduciário não se sujeita aos efeitos do processo recuperacional e pode exercer seus direitos reais e contratuais nos termos da lei

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Súmula 62*. São Paulo: DJE, 14 abr. 2011, p. 1-3. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

própria, de modo que não se justifica sua participação em AGC ou contabilização do valor de seus créditos na apuração dos quóruns de instalação e deliberação do Plano.³¹

Em relação a este ponto, especificamente, importante frisar que, como entendimento já consolidado por diversos magistrados e tribunais do país, embora reconhecida a existência de posicionamento contrário e a pertinência de eventuais críticas ao dispositivo citado e a ponderação de que, em certos casos, a norma constitui entrave significativo à recuperação judicial, não se sustenta a tese de sujeição dos créditos objeto de cessão fiduciária aos efeitos da recuperação, fundada, em linhas gerais, na ideia de que a cessão fiduciária de créditos e alienação fiduciária de créditos seriam modalidades divergentes de obrigação, de maneira que somente a esta última seria aplicável a exceção do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005.

A alienação fiduciária e cessão fiduciária, nesse aspecto, de acordo com o entendimento exarado de decisão proferida pelo então Magistrado Tiago Henriques Papaterra Limongi, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Fórum Central de São Paulo/SP³², são espécies do mesmo gênero negócio fiduciário, na medida em que se diferem exclusivamente no que tange ao objeto da obrigação, não havendo, portanto, razão jurídica para tratamento diferenciado dos institutos.

Do mesmo modo, buscam as sociedades empresárias recuperandas afastar, definitivamente, a aplicação das travas bancárias sob o argumento de a cessão fiduciária de direitos creditórios não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, enquadrados como corpóreos³³.

No entanto, conforme escreveu Fábio Ulhoa Coelho³⁴, consignando não haver qualquer dissenso doutrinário sobre a extensão do conceito de bens móveis, no sentido de alcançar também os direitos obrigacionais,

[...] se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens corpóreos, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da expressão equivalente 'coisa', de

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 3 v. p. 363.

³² Decisão exarada nos autos de Recuperação Judicial autuada sob o nº 1035022-98.2020.8.26.0100. Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara de Falências e Recuperações Judiciais). *Processo nº 1035022-98.2020.8.26.0100*. Juiz: Leonardo Fernandes dos Santos. Data de Julgamento: 06/05/2021. Disponível em:

https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018X4D0000&processo.foro=100&processo.numero=1035022-98.2020.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_4d90f0f5eb8e45d3a0e46f760`r2da2a8d. Acesso em: 1 nov. 2021.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017. p. 186-187.

³⁴ *Ibidem*, p. 187.

modo que o termo 'bens' abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica.

Enquanto “‘coisa' restringe-se aos bens corpóreos.”, não há que se falar em distinção entre esses institutos para interpretação da classificação de créditos na Recuperação Judicial.

Esse entendimento foi abordado, nesse mesmo sentido, para afastar as divergências sobre o tema, na Súmula 59 do Tribunal de Justiça de São Paulo que diz que “classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de crédito podem ser objeto de cessão fiduciária.”³⁵

A questão, inclusive já abordada pelo Superior Tribunal de Justiça, trouxe à tona aspectos extraprocessuais que abrangem a dinâmica econômica de concessão de crédito pelas instituições financeiras, sendo considerado que a sujeição desses créditos aos efeitos da recuperação ensejaria a revisão do funcionamento do sistema financeiro, que se negaria, diante da insegurança jurídica decorrente desse entendimento, a conceder novos créditos para empresas, afetando diretamente e em larga escala, o princípio da preservação da empresa, privilegiado pela LRF.

Esse é o atual posicionamento, já pacificado pela Corte³⁶ que, em situações similares, acompanhado dos tribunais pátrios, além de assentar a natureza extraconcursal do crédito garantido pela cessão fiduciária, consignou ser regular sua constituição sob direitos de créditos futuros, não havendo, para fins de reconhecimento da exclusão de seus efeitos do regime da Recuperação Judicial, necessidade de individualização da garantia ou qualquer distinção entre os valores performados e a performar.

Assim, embora seja o tema objeto de discussões perante os Tribunais Nacionais, é predominante o entendimento³⁷ que inexistente qualquer restrição com relação à cessão fiduciária de direitos de créditos futuros, eis que tal modalidade é amplamente válida, até o limite do montante garantido.

Nesse passo, o credor fiduciário detentor dos direitos creditórios cedidos, a título de recebíveis decorrentes da comercialização das unidades, poderá executar livremente, sem qualquer impedimento legal, durante o curso da Recuperação Judicial da Incorporadora, sua

³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Súmula 59*. São Paulo: DJE, 14 abr. 2011, p. 1-3. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.263.500/ES*. Data de Julgamento: 05/02/13.

³⁷ Cf. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2. Câmara de Direito Comercial). *AI: 40095816920168240000 Criciúma 4009581-69.2016.8.24.0000*. Relator: Robson Luz Varela. Data de Julgamento: 19/11/2019; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2. Câmara Reservada de Direito Empresarial). *Agravo Interno Cível 2139911-95.2020.8.26.0000*. Relator (a): Ricardo Negrão. Foro de Itapericica da Serra - 3ª Vara. Data do Julgamento: 29/09/2020. Data de Registro: 30/09/2020.

garantia contratual através das travas bancárias, retendo os recursos em conta vinculada para amortização do saldo devedor.

Entretanto, outro ponto de relevante discussão no âmbito das Recuperações Judiciais é a natureza atribuída a esses valores oriundos das vendas dos imóveis, eis que suscitado pelas empresas devedoras seu caráter essencial à manutenção das atividades desempenhadas e sujeição à parte final do artigo 49, §3º, da LRF.

4.1 Essencialidade dos recursos decorrentes da comercialização das unidades. Caracterização de dinheiro como bem de capital

Embora as normas da Lei 11.101/05 sejam expressas acerca da exclusão dos créditos garantidos por cessão fiduciária dos efeitos de Recuperação Judicial, bem como sobre o necessário depósito de recursos empenhados em conta vinculada ao Juízo Recuperacional durante o *stay period*, pode o magistrado considerar possível a modulação das garantias para, liberando as travas bancárias, manter os valores sob a posse da Incorporadora devedora.

Isto é, diante de eventual alegação de essencialidade dos recursos para manutenção das atividades da empresa, atribuindo-lhe caráter de bem essencial, é comum que as companhias suscitem a aplicação excepcional da parte final do artigo 49, §3º da LRF, que impede a retirada de bens imprescindíveis aos seus serviços durante o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, previsto no artigo 6, §4º.

De fato, tal dispositivo legal prevê que o bem de capital essencial à atividade produtiva da empresa em recuperação judicial, objeto de garantia fiduciária, não poderá ser retirado durante o período de blindagem da recuperanda.

Contudo, os recebíveis, de acordo com o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, ratificado por diversos Tribunais do país, trata-se de bem incorpóreo e fungível, que não se enquadra na modalidade de bem de capital.

Essa atribuição aos recursos geralmente pleiteada pelas recuperandas deve ser precedida, conforme entendimento do Min. Marco Aurélio Bellizze, ao relatar o Recurso Especial 1758746/GO³⁸, de uma interpretação sistemática que atenda às finalidades da lei e, ao mesmo tempo, não descaracterize ou esvazie a garantia fiduciária que recai sobre o "bem de capital", que se encontra provisoriamente na posse da devedora.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp nº 1758746 GO 2018/0140869-2*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 25/09/2018. Data de Publicação: 01/10/2018.

Em sua interpretação, majoritariamente adotada pelos Tribunais Estaduais, caracteriza-se como bem de capital aquele que, na posse da empresa, é utilizado e necessário à sua atividade econômica e não seja perecível ou consumível, de modo que possa ser retomado pelo proprietário fiduciário ao final do período de blindagem, sem resultar o esvaziamento da garantia.

Assim, pela própria natureza dos direitos creditórios cedidos fiduciariamente ao credor – nesse caso, a Instituição Bancária responsável pelo financiamento das obras da Incorporadora –, não há como compreendê-lo como bem de capital.

O objeto da garantia fiduciária consiste em dinheiro – bem incorpóreo e fungível –, que não é utilizado materialmente no processo produtivo da empresa e sequer se encontra em sua posse, sendo indevida qualquer intervenção judicial para quebra das travas bancárias.

Ainda, o reconhecimento de sua essencialidade, com a liberação à recuperanda, e posterior exigência legal de entrega do bem ao credor, ao final do *stay period*, seria prejudicada e inócua, na medida em que a utilização do crédito cedido fiduciariamente, independente da finalidade, promove o esgotamento da garantia e impede que o titular do bem, não sujeito aos efeitos da recuperação judicial, exerça o direito de executá-la de forma apartada para satisfação de seu crédito.

Nesses termos, segundo o entendimento consolidado do STJ, é inviável que se atribua a mesma natureza e tratamento a todos os bens oferecidos em garantia fiduciária – nas modalidades de alienação e cessão – pela empresa Recuperanda, devendo ser observada a impossibilidade de caracterização dos recursos decorrentes da comercialização das unidades, cedidos à Instituição Financeira como bens de capital, e da vedação da retirada dos valores da titularidade da empresa durante o período de blindagem.

4.2 Existência de patrimônio de afetação. Extraconcursalidade dos créditos

É inequívoco que, no caso de falência ou insolvência civil da Incorporadora, seus efeitos não alcançarão o patrimônio de afetação da companhia, não integrados à massa concursal o terreno, as acessões e todos os bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação, por força do artigo 31-F da Lei 10.931/04 – aqui, ressalta-se que o legislador, em 2004, tratou de Insolvência Civil referindo ao Instituto da Concordata, que foi substituído em 2005 pelo processo de Recuperação Judicial, substituída pela LRF.

A Lei 11.101/05 por sua vez, prevê, em seu artigo 119, inciso IX, que

[...] os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, **permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade**, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.³⁹

Contudo, tal entendimento não se aplica, de forma unânime e singular, pelos Tribunais de Justiça do país, nas hipóteses de ajuizamento de pedido de Recuperação Judicial pela construtora.

A empresa, geralmente com o interesse, não raro, de liberar as garantias contratuais vigentes sob seus recebíveis e manter sobre sua posse e propriedade os recursos vinculados à obra, arguem que a exclusão dos bens, ativos e passivos atingidos pelo regime de afetação não se aplica no procedimento recuperacional, na medida em que não há qualquer disposição legal expressa e específica nesse sentido.

Aduz-se, portanto, que a previsão do artigo 31-F⁴⁰ não se estende, sequer por analogia, ao patrimônio afetado de empresa em Recuperação Judicial.

Por outro lado, as Instituições Financeiras, pretendendo a livre disposição dos recursos vinculados ao patrimônio de afetação para amortização do saldo devedor decorrente do financiamento da obra, buscam, na maioria dos casos, o reconhecimento da extraconcursalidade dos bens que integram o conjunto patrimonial afetado.

Há de se reconhecer que, de fato, a legislação nada dispõe sobre a exclusão do Patrimônio de Afetação dos efeitos da recuperação judicial, mas a inexistência de norma particular, segundo Melhim Namem Chalhub⁴¹, não compromete a efetividade da proteção patrimonial dos credores das incorporações afetadas, nem prejudica seu regular prosseguimento no contexto da ação recuperacional.

A caracterização do patrimônio de afetação, por expressa disposição legal, evidencia que a discussão a respeito da concursalidade ou não dos recursos a ele vinculados, na recuperação judicial, não diz respeito à suposta atribuição de benefícios para a mera retenção e execução de garantias pelas instituições financeiras.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁴⁰ “Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador 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.” (BRASIL. *Lei nº 10.931, de 2 agosto de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 11 nov. 2021).

⁴¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987053. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 139.

A interpretação da questão, contudo, deve ser realizada sob a ótica do objeto e finalidade do patrimônio de afetação, que é assegurar a todos os agentes envolvidos que a incorporação imobiliária afetada seja finalizada, com a entrega das unidades individualizadas aos compradores.

Nessa esteira, destaca-se que não há qualquer dispositivo de lei que pressuponha que, através do processamento da Recuperação Judicial da Incorporadora, a incomunicabilidade do patrimônio de afetação torne-se sem efeito.

O artigo 31-A, § 1º, prevê que o patrimônio de afetação, enquanto não extinto – ou seja, enquanto não finalizada a obra ou satisfeitas as obrigações da Incorporadora perante a instituição financiadora – não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva, não sendo razoável a igualdade de tratamento com o conjunto de outros bens da Incorporadora em procedimento recuperacional.

Ao contrário, considerando o risco das operações imobiliárias, assumidos tanto pelos adquirentes das unidades, cujo direito é fundado na aquisição e expectativa de propriedade plena das unidades, quanto pelos Bancos financiadores, que concedem créditos vultuosos a longo prazo para produção do empreendimento, a consequência lógica e que melhor atende às finalidades da lei é a segregação do patrimônio de afetação e sua exclusão aos efeitos da Recuperação.

Essa mesma interpretação se estende para aplicação do princípio de preservação da empresa, que fomenta o procedimento recuperacional. Ora, se o objeto social da empresa devedora consiste na produção de empreendimentos e comercialização de unidades, deveria ela ser a maior interessada a adimplir todas as obrigações contratuais assumidas, visando a obtenção total dos recursos e conclusão da obra, o que lhe gera, consequentemente, a possibilidade de entrega e venda dos imóveis.

Chalhub⁴² entende que o patrimônio de afetação visa proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, objetivando a insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada.

A partir desse raciocínio, é certo que a incorporadora não dispõe juridicamente dos bens e direitos do patrimônio afetado da mesma maneira como tem disponibilidade sobre o

⁴² CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987053. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 85.

restante do conjunto de seus bens, sendo que sequer são de sua titularidade da mesma fora de seu patrimônio geral.

Quando a Incorporadora opta pela constituição do patrimônio de afetação, ela toma sua decisão empresarial que lhe proporciona consequências bem definidas, de modo que, sendo inequívoca sua indisponibilidade sobre o patrimônio afetado, é também evidente a impossibilidade de Recuperação Judicial que o envolva.

Desta forma, instituído tal regime, a modificação de suas relações jurídicas submete-se a procedimento especial, não compatível com o procedimento da recuperação judicial, de modo que a ela não se submete⁴³.

Os ativos vinculados ao patrimônio de afetação, portanto, jamais poderiam se sujeitar aos efeitos da recuperação, já que a Recuperanda não pode considerar que possui a maior parte de seu ativo em unidades em estoque ou em construção se essas unidades estão sujeitas ao regime de afetação.

5 CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, é possível extrair que os contratos bancários, em geral, possuem grande influência na tramitação e composição do quadro de credores de empresa em recuperação judicial, notadamente as incorporadoras.

Esse impacto se mostra ainda mais evidente nos casos de processamento recuperacional de incorporadora, já que sua atividade-fim – execução de obras e comercialização de unidades autônomas – é financiada, grosso modo, por instituições financeiras, especialmente os tradicionais Bancos nacionais.

Assim, a dicotomia existente entre os aspectos legais envolvendo a recuperação judicial de incorporadora e os elementos comerciais da contratação da operação de plano empresário atinge fortemente o mercado financeiro imobiliário e as formas de impacto das normas e, sobretudo, do posicionamento do Poder Judiciário sobre o tema.

Daí a importância de considerar todas as características decorrentes da relação contratual, em conjunto e harmonia, para conceder um equilíbrio econômico às partes envolvidas.

⁴³ SACRAMONE, M. B. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 76, p. 173-194, 2017.

Tratando-se de recuperação judicial, tal como concluiu o Min. Luis Felipe Salomão⁴⁴, a pretensão de aumento de capital no caixa da empresa devedora muitas vezes não significa a melhor solução para a manutenção de suas atividades, especialmente quando confrontados direitos de credores considerados, pelo sistema jurídico em larga escala, como de especial importância.

Se constantemente colocadas à prova e tornadas sem efeito, por Juízos condutores da Recuperação Judicial, as garantias oferecidas pelas devedoras aos seus credores, principalmente instituições financeiras, não há outra consequência senão o aumento da insegurança jurídica acerca do dinâmica das operações financeiras e o encarecimento do crédito para o mercado de forma geral.

Em outras palavras, “[...] é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro.”⁴⁵

Logo, é certo que as decisões proferidas nas ações de recuperação judicial possuem o condão de agravar instabilidades do mercado financeiro, especificamente no ramo imobiliário, na mesma medida em que são capazes de, analisando os dispositivos legais de acordo com a finalidade do legislador e concedendo aos contratos a interpretação que melhor reflete a realidade de sua vontade, sempre à luz dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, dirimir os conflitos de maneira a proporcionar e manter o equilíbrio econômico das relações jurídicas materiais.

No âmbito dos financiamentos imobiliários, é importante que o conteúdo das decisões judiciais não vá na contramão do propósito de preservação da empresa, sendo que, diante da relevância das instituições financeiras ao seu nicho econômico, seja para as Incorporadoras em normal situação ou para aquelas que busquem o soerguimento de sua capacidade financeira, é absolutamente justificável o especial tratamento conferido pelo legislador às garantias constituídas em seu favor e, em especial, a "trava bancária".

Nesse mesmo raciocínio, é necessário compreender que a atuação do Judiciário para proteção do patrimônio de afetação de Incorporadoras em recuperação judicial é peça de extrema relevância para a manutenção da segurança jurídica assistida às instituições financiadoras de empreendimentos e para todo o mercado nacional.

Os principais aspectos dessa sistemática jurídica nos levam a crer que a incomunicabilidade dos bens afetados em relação ao patrimônio geral de uma incorporação, em

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.263.500/ES*. Data de Julgamento: 05/02/13.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.263.500/ES*. Data de Julgamento: 05/02/13.

qualquer que seja a combinação societária da companhia, mantém sua autonomia até sua extinção, o que impede sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial e garante que, independentemente do cenário, haja a preservação dos recursos passivos e ativos para conclusão do empreendimento planejado.

Não se trata a análise de mero enquadramento do crédito bancário aos efeitos do processo de Recuperação para fins de prosseguimento de ações e execuções durante o período de proteção ao patrimônio da empresa devedora.

Na realidade, consiste na constatação da utilização da Recuperação Judicial pela Incorporadora e da observância aos institutos do direito privado que interferem nos sistemas paralelos ao funcionamento jurídico, enquanto elementos reguladores práticos das relações comerciais, econômicas e sociais.

Isso significa dizer que, conforme demonstrado neste artigo, a repercussão dos efeitos do contrato de financiamento imobiliário na recuperação judicial da Incorporadora extrapola os limites particulares de cada procedimento e empresa, e impactam diretamente a concessão de crédito no mercado imobiliário e o funcionamento da estrutura econômica de um dos setores que embasam a economia nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRADESCO. Plano Empresarial. Disponível em:

<https://banco.bradesco/html/corporate/solucoes-integradas/emprestimo-e-financiamento/imoveis/plano-empresario.shtm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 57, de 22 de outubro de 2019*.

Brasília, DF: CNJ, 29 out. 2019. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original211815201911045dc09597339db.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.931, de 2 agosto de 2004*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 11 nov. 2021

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Brasília, DF: Presidência da República,

[2020]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.263.500/ES*. Data de Julgamento: 05/02/13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Súmula 308*. Brasília, DF: DJ, 25 abr. 2005, p. 384. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula308.pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.009.521 – AL (2016/0288013-3)*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 21/11/2017. Data de Publicação: 29/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp nº 1758746 GO 2018/0140869-2*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 25/09/2018. Data de Publicação: 01/10/2018.

CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987053. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 28 out. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 3 v.

COELHO, Fabio Ulhoa. Parecer juntado aos autos do do agravo de instrumento nº 2236772-85.2017.8.26.0000 (Tribunal de Justiça de São Paulo). Recuperação judicial nº 1103236-83.2016.8.26.0100.

FORTESEC. Plano Empresário ou Securitização: qual a captação de recursos ideal?. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://fortesec.com.br/plano-empresario/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ITAÚ. Crédito imobiliário. Disponível em: <https://www.itau.com.br/empresas/creditos-financiamentos/longo-prazo/credito-imobiliario/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ITAÚ. Itaú Plano Empresário. Disponível em: <https://docplayer.com.br/18065400-O-plano-empresario-e-um-financiamento-destinado-as-incorporadoras-construtoras-para-a-construcao-de-imoveis-residenciais-e-ou-comerciais.html>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ITAÚ. Recursos Direcionados. Disponível em: <https://www.itau.com.br/itaubba-pt/o-que-fazemos/recursos-direcionados>. Acesso em: 11 nov. 2021.

LOBO, Jorge. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 59, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1275172/Jorge_Lobo.pdf. Acesso em: 2 nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 1. v.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530992170. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992170/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SACRAMONE, M. B. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 76, p. 173-194, 2017.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência* - Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991623. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991623/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (2. Câmara de Direito Comercial). *AI: 40095816920168240000 Criciúma 4009581-69.2016.8.24.0000*. Relator: Robson Luz Varella. Data de Julgamento: 19/11/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Vara de Falências e Recuperações Judiciais). *Processo nº 1035022-98.2020.8.26.0100*. Juiz: Leonardo Fernandes dos Santos. Data de Julgamento: 06/05/2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S0018X4D0000&processo.foro=100&processo.numero=1035022-98.2020.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_4d90f0f5eb8e45d3a0e46f760`r2da2a8d. Acesso em: 1 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2. Câmara Reservada de Direito Empresarial). *Agravo Interno Cível 2139911-95.2020.8.26.0000*. Relator (a): Ricardo Negrão. Foro de Itapeperica da Serra - 3ª Vara. Data do Julgamento: 29/09/2020. Data de Registro: 30/09/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Súmula 59*. São Paulo: DJE, 14 abr. 2011, p. 1-3. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Súmula 62*. São Paulo: DJE, 14 abr. 2011, p. 1-3. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SATIRO, Francisco. Parecer juntado aos autos da recuperação judicial nº 1132473-02.2015.8.26.0100.

SOARES, Renan Tadeu de Souza. Patrimônio de afetação em recuperação judicial e falência do incorporador imobiliário. 2019. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27354/PATRIM%20C3%94NIO%20DE%20AFETA%20C3%87%20C3%83O%20EM%20RECUPERA%20C3%87%20C3%83O%20JUDICIAL%20E%20FAL%20C3%84NCIA%20DO%20INCORPORADOR%20IMOBILI%20C3%81RIO%20-%20RENAN%20SOARES%20VF.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. *Patrimônio de Afetação, SPE, SPC e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil*, 2. ed. São Paulo: MC Editora, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO, 2017.

ZUCCHI, Gustavo. O dilema dos distratos assombra as empresas. *Estado*, 2018. Disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/especiais/summit-imobiliario/2018/o-dilema-dos-distratos-assombra-as-empresas/>. Acesso em: 11 nov. 2021.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Juliana Tomaz Comite
discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31730507, período noturno, turma 10S, tendo realizado o TCC com o título: Contratos de produção de empreendimento e recuperação de crédito imobiliário: repercussão de seus efeitos na Recuperação Judicial de empresas, sob a orientação do(a) Professor(a) Adriano Cezar Braz Caldeira, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2021.


Assinatura do discente