



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 188, ago. 2024/dez. 2024

RDM 188

Artigos e Atualidades:

1. Disciplinando a Economia da Informação - Análise do Data Act da UE como uma Estratégia Brasileira para o Desenvolvimento da Internet das Coisas (Carlos Portugal Gouvêa, Michelle Baruhm Diegues).
2. Qual Bem-Estar do Consumidor? Um Objetivo sem Significado (Rodrigo Fialho Borges, Gustavo Manicardi Schneider).
3. A Recuperação Judicial é um Processo Coletivo Estrutural? (Luis Miguel Roa Florentin, Adriano Camargo Gomes).
4. A Guinada Verde do Direito Societário (Maria Eduarda Lessa).
5. Natureza Jurídica do Evento Material Adverso: Alocação de Riscos como Critério para Extinção do Contrato (Pedro Sergio Liberato Souza).
6. Direito Concorrencial em Plataformas Digitais: Ressignificando o Debate entre Fake News e o Antitruste (Stella Maria Margarita La Regina).
7. Personalidade Jurídica: Uma Dimensão Esquecida da Disciplina Jurídica dos Mercados? (Luiz Guilherme Ros, Arthur Sadami).
8. Aplicação da Affectio Societatis na Dissolução em Sentido Amplo nas Sociedades Limitadas e Anônimas: Análise Teórica e Jurisprudencial (Thales Solis Farha).
9. A Sociedade de Propósito Específico e seu Patrimônio de Afetação na Recuperação Judicial (Giulia Ottani Gonçalves).
10. Processo Administrativo Sancionador nos Órgãos Supervisores do Sistema Financeiro Nacional Brasileiro (Thiago da Cunha Brito).
11. A Dualidade dos Interesses Sociais das Estatais e os Limites na Persecução dos Interesses Públicos pelo Estado (Levi Custódio Santos).

ISBN 978-65-6006-166-8



9 786560 061668 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global



rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro
188

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LXIII (Nova Série)

Agosto 2024/Dezembro 2024

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXIII – n. 188 – ago. 2024/dez. 2024

FUNDADORES:

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÉ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteado

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Ruy Camilo Pereira Junior
Thiago Saddi Tannous
Vitor Henrique Pinto Ido

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Sheila Christina Neder Cerezetti
Vinícius Marques De Carvalho

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu
Heitor Augusto Pavan Tolentino Pereira

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Ana Carolina Amado Britto
Daniel Fermann
Luma Luz
Mariana Caroline Silva Aguiar
Rafaela Vidal Codogno
Yasmin Haddad D'Alpino

Arthur Martins Nogueira
Luiza Pereira Lessa
Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa
Pedro Henrique Nobre Dantas Brandão
Sofia Buchala

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Adriano Camargo Gomes, Arthur Sadami, Carlos Portugal Gouvêa, Giulia Ottani Gonçalves, Gustavo Manicardi Schneider, Levi Custódio Santos, Luis Miguel Roa Florentin, Luiz Guilherme Ros, Maria Eduarda Lessa, Michelle Baruhm Diegues, Pedro Sergio Liberato Souza, Rodrigo Fialho Borges, Stella Maria Margarita La Regina, Thales Solis Farha, Thiago da Cunha Brito.

ISBN: 978-65-6006-166-8

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2025

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



ÍNDICE E CV DOS AUTORES

Carlos Portugal Gouvêa

Livre-Docente em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP (2022). Professor Associado de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do PGLaw. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D., 2008). Bacharel pela Universidade de São Paulo (USP). Lecionou como professor visitante na Harvard Law School e foi pesquisador visitante na Yale Law School e na Wharton Business School da University of Pennsylvania. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela New York State Bar Association. É membro vice-presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão Fulbright do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Michelle Baruhm Diegues

Doutoranda em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora do Grupo Direito e Pobreza. Editora da Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Advogada com experiência nas áreas de Direito Societário e Governança Corporativa.

Rodrigo Fialho Borges

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

Gustavo Manicardi Schneider

Mestrando em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. Candidate na Harvard Law School (2024-2025).

Luis Miguel Roa Florentin

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutorando em Direito Comercial pela USP. Membro do grupo de pesquisa CNPq/Lattes Processo Civil Comparado (UFPR). Advogado em Curitiba e São Paulo. luis@asantosadvogados.adv.br

Adriano Camargo Gomes

Mestre em Direito pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito Processual pela USP. Pós-Doutorando em Direito Processual Civil pela UFPR. Membro do grupo de pesquisa CNPq/Lattes Processo Civil Comparado (UFPR). Advogado em Curitiba e São Paulo. adriano@camargoegomes.com

Maria Eduarda Lessa

Bacharel em Direito na Universidade de São Paulo e pesquisadora no Centro de Governança Corporativa.

Pedro Sergio Liberato Souza

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Laurea Magistrale pela Scuola de Giurisprudenza della Università di Camerino (UNICAM), e é doutorando pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FD-USP).

Stella Maria Margarita La Regina

Advogada. Bacharel em Direito pela FGV Direito São Paulo.

Luiz Guilherme Ros

Mestre e doutorando pela Universidade de Brasília, sócio em Silva Matos Advogados.

Arthur Sadami

Mestre pela Universidade de São Paulo, pesquisador na Fundação Getúlio Vargas e na Universidade de São Paulo.

Thales Solis Farha

Graduado em Direito pela FGV Direito São Paulo – Escola de Direito de São Paulo. E-mail:thalesfarha@outlook.com.

Giulia Ottani Gonçalves

Advogada, graduada em Direito e pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e membra da comissão de mediação empresarial da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo (OAB/SP).

Thiago da Cunha Brito

Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, Brasil. Pós-graduado LLM Direito Penal Econômico (IDP). Graduado em Direito (IDP). Licenciado em Engenharia Informática, pelo Instituto Superior de Engenharia do Porto (ISEP), Portugal. Pós-graduado em Marketing e Gestão Estratégica, pela Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal.

Levi Custódio Santos

Graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e certificado em governança corporativa, riscos e compliance pela Saint Paul Escola de Negócios. Foi pesquisador vinculado à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Atua como Advogado em Mercado de Capitais e Governança Corporativa no Veirano Advogados.

SUMÁRIO

Disciplinando a Economia da Informação: Análise do Data Act da União Europeia como uma Estratégia Brasileira para o Desenvolvimento da Internet das Coisas 15

Carlos Portugal Gouvêa, Michelle Baruhm Diegues

Qual bem-estar do consumidor? Um objetivo sem significado.. 65

Rodrigo Fialho Borges, Gustavo Manicardi Schneider

A recuperação judicial é um processo coletivo estrutural?..... 107

Luis Miguel Roa Florentin, Adriano Camargo Gomes

A guinada verde do direito societário..... 141

Maria Eduarda Lessa

Natureza jurídica do evento material adverso: Alocação de riscos como critério para extinção do contrato 183

Pedro Sergio Liberato Souza

Direito concorrencial em plataformas digitais: Ressignificando o debate entre *fake news* e o antitruste..... 218

Stella Maria Margarita La Regina

Personalidade jurídica: Uma dimensão esquecida da disciplina jurídica dos mercados? 294

Luiz Guilherme Ros, Arthur Sadami

Incidência da *affectio societatis* na dissolução parcial de sociedades em sentido amplo: Análise teórica e jurisprudencial..... 317

Thales Solis Farha

A sociedade de propósito específico e seu patrimônio de afetação na recuperação judicial.....	366
--	------------

Giulia Ottani Gonçalves

Processo administrativo sancionador nos órgãos supervisores do Sistema Financeiro Nacional brasileiro	394
--	------------

Thiago da Cunha Brito

A dualidade dos interesses sociais das estatais e os limites na persecução dos interesses públicos pelo estado	435
---	------------

Levi Custódio Santos

A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO E SEU PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE SPECIAL PURPOSE SOCIETIES AND ITS SEGREGATED ASSETS IN JUDICIAL RECOVERY

Giulia Ottani Gonçalves (Mackenzie, São Paulo)

SUMÁRIO: 1 *Introdução* 2 *Sociedade de Propósito Específico* 3 *Patrimônio de Afetação* 4 *Noções Gerais da Recuperação Judicial* 5 *Possibilidade de a SPE pedir Recuperação Judicial* 6 *O Patrimônio de Afetação na Falência* 7 *O Patrimônio de Afetação na Recuperação Judicial* 7.1 *Primeiro Posicionamento* 7.2 *Segundo Posicionamento* 7.3 *Posicionamento Intermediário* 8 *Conclusão Referências.*

RESUMO

O presente artigo aborda, de início, o conceito da Sociedade de Propósito Específico, evidenciando que a sua criação tem um objetivo específico, sendo muito utilizada no âmbito de incorporações imobiliárias. Destacando-se, também, o conceito do patrimônio de afetação e como é criado e utilizado na Sociedade de Propósito Específico. Por fim, considerando diferentes posicionamentos doutrinários, este artigo examina, principalmente, se o patrimônio afetado fica ou não sujeito aos efeitos da recuperação judicial, tendo em vista seu propósito específico e a preservação da empresa em recuperação. O artigo utiliza, principalmente, fontes bibliográficas, como livros e legislações, mas também possui respaldo em julgados dos Tribunais de Justiça do território nacional brasileiro, de modo que se vale do método de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Sociedade de Propósito Específico; Patrimônio de Afetação; Recuperação Judicial; Pedido de Recuperação Judicial da SPE; Incorporação Imobiliária; Patrimônio de Afetação na Falência; Patrimônio de Afetação na Recuperação Judicial.

ABSTRACT

This article addresses, firstly, the concept of the Special Purpose Society, highlighting that such a company is created to achieve a specific objective, often used in the context of real estate developments. It also emphasizes the concept of segregate estate and how it is created and utilized within the Special Purpose Society. Finally, considering various doctrinal positions, this article examines whether the ring-fenced assets are subject to the effects of judicial recovery, considering their specific purpose and the preservation of the company undergoing recovery. The article mainly uses bibliographic sources, such as books and legislation, but it is also supported by judgments from the Courts of Justice in the Brazilian national territory, so it uses the bibliographic research method.

Keywords: Specific Purpose Society; Segregate Estate; Judicial Recovery; Request for Judicial Recovery of Specific Purpose Society; Development and Construction Segregate; Estate Judicial Recovery; Segregate Estate in Bankruptcy.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado na forma de artigo versa sobre a sujeição ou não do patrimônio de afetação de uma Sociedade de Propósito Específico – criada no âmbito da incorporação imobiliária – aos efeitos da recuperação judicial.

O presente artigo, inicialmente, explica o conceito da Sociedade de Propósito Específico, destacando que é concebida para a execução de um objeto específico, bem como que, tendo em vista sua peculiaridade, o Código Civil não determina o seu tipo societário, permitindo que o sócio opte pelo tipo societário mais adequado ao seu objetivo.

Em seguida, o artigo discorre acerca do Patrimônio de Afetação, o qual, como exceção ao conceito da unidade patrimonial da Pessoa previsto no art. 391 do Código Civil, será separado da totalidade do

seu patrimônio e, portanto, não responderá por toda e qualquer dívida daquela pessoa.

A fim de chegar no principal ponto do texto, o artigo esclarece as noções gerais da recuperação judicial, bem como traz o tratamento que será dado ao patrimônio de afetação em caso de falência da incorporadora, exatamente como estabelece a Lei nº. 4.591/1964.

Por fim, adentra ao seu principal tópico, o qual explica os três posicionamentos doutrinários existentes atualmente sobre a possibilidade de inclusão ou não do patrimônio de afetação no âmbito do procedimento recuperacional da incorporadora, a saber: (i) o primeiro posicionamento afirma que transformar os direitos dos adquirentes em créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial do incorporadora desvirtuaria o conceito da afetação, já que o patrimônio afetado não seria mais protegido e destinado unicamente à construção do empreendimento imobiliário; (ii) o segundo afirma que o patrimônio de afetação pode ser incluído no âmbito da recuperação judicial, uma vez que o instituto da recuperação judicial tem o objetivo de preservar a empresa, neste caso a Incorporadora, ser fonte geradora de bem-estar, desenvolver e circular riquezas, gerar empregos, e, conseqüentemente, contribuir para o desenvolvimento econômico nacional; e (iii) o terceiro posicionamento ou posicionamento intermediário afirma que, em regra, o patrimônio de afetação não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, porém, caso os adquirentes autorizem, é possível sua inclusão no plano de recuperação judicial desde que haja substituição do patrimônio de afetação por outra garantia.

2. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

A Sociedade de Propósito Específico (SPE), de acordo com o seu próprio nome, é criada para obtenção de um objetivo específico. A legislação brasileira, na verdade, não estabelece um tipo societário para constituição de tal empresa, de modo que pode assumir qualquer

modalidade existente no ordenamento jurídico, sendo que a opção pelo tipo societário definirá as regras que serão a ela aplicadas⁵⁷⁵. Isso fica evidente quando o art. 981 do Código Civil, ao fundamentar a existência da SPE, dispõe que “a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”, sem, para tanto, definir seu tipo societário próprio⁵⁷⁶.

Essa forma de estruturar a vontade empresária, ainda, pode ser considerada como negócio jurídico que guia, por meio de registro, a criação de uma pessoa jurídica própria e diferente da pessoa física de seu sócio, sendo constituída mediante contribuições pessoais de seu sócio para o desenvolvimento do seu objeto social, o qual será antecipadamente individualizado para posterior partilha dos resultados⁵⁷⁷.

Seu objeto social fica restrito a um empreendimento ou a uma operação específicos, enquanto as demais características desta sociedade resultam do próprio tipo societário escolhido na sua criação. Por exemplo, caso no momento da constituição da SPE seja escolhido o modelo de sociedade anônima ou limitada – tipos contratuais mais comuns no Brasil – a responsabilidade de seu(s) sócio(s) será limitada, não se estendendo ao patrimônio do(s) seu(s) sócio(s) as obrigações ou prejuízos das atividades, bem como a pessoa jurídica não será responsabilizada ou atingida por dívidas e prejuízos particulares suportados pelo(s) seu(s) sócio(s)⁵⁷⁸.

575 SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621552/>. Acesso em: 06 ago. 2024, p. 39.

576 SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621552/>. Acesso em: 06 ago. 2024, p. 39.

577 CAZETTA, Camila Cortez. **Os limites da apuração de haveres nas sociedades de propósito específico voltadas à incorporação imobiliária**. São Paulo: Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getúlio Vargas, 2021, p. 11/12.

578 SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621552. Disponível

Dessa forma, é fácil concluir que o modelo em pauta se diferencia das demais sociedades empresariais em virtude da sua atividade empresarial, eis que é criada para a execução de um único e singular fim social. Tanto é assim que, após a sua conclusão, a SPE é extinta de pleno direito, diferentemente das demais sociedades que podem ser criadas para desenvolver uma ou mais atividades, de forma continuada, sem fixação ou subordinação a termo ou condição resolutiva⁵⁷⁹.

Com efeito, conforme mencionado anteriormente, vale ressaltar que ela não pode ser considerada como um novo tipo societário, mas deve ser considerada como uma forma de ajustar o contrato de sociedade, a qual pode ter objeto certo e determinado, caracterizando negócio específico com prazo determinado em razão de evento que, caso executado, ocasionará a dissolução da sociedade, de acordo com os arts. 1.033, II e 1.034, II, do Código Civil⁵⁸⁰.

Diante do acima exposto, resta evidente que a SPE poderá adotar qualquer das formas societárias previstas na legislação brasileira apesar de serem, normalmente, constituídas sob a forma de sociedade anônima (Lei n.º 6.404/76) ou sociedade limitada (Lei n.º 10.406/02), desde que respeitada a lei de regência do tipo escolhido⁵⁸¹.

Por todas essas razões, é muito utilizada nas incorporações imobiliárias e nos projetos de infraestrutura.

Considerando que a utilização da SPE em incorporações imobiliárias será um dos focos do presente artigo, vale explicar

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621552/>. Acesso em: 06 ago. 2024, p. 39

579 CAZETTA, Camila Cortez. **Os limites da apuração de haveres nas sociedades de propósito específico voltadas à incorporação imobiliária**. São Paulo: Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getúlio Vargas, 2021, p. 12.

580 CALÇAS. Manoel de Queiroz P., e SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva. **Sociedade de propósito específico no setor imobiliário** in: Daniel Aureo Castro et. al., *Direito imobiliário atual*, 2. ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2014, P. 174.

581 PETRECHEN, Lígia Caram. **O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico nas Incorporações Imobiliárias**. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil. Disponível em: https://poli-integra.poli.usp.br/wp-content/uploads/2022/11/2016_Ligia-Caram-Petrenchen.pdf. Acesso em: 06 ago. 2024, 2016, p. 52.

que a incorporação imobiliária, de acordo com a Lei n.º 4.591/64, é considerada uma operação mercantil e lucrativa de construção de condomínios edilícios, a qual utiliza recursos próprios do incorporador e outros captados em razão da venda antecipada das unidades que serão construídas⁵⁸².

Nessa ótica, um dos principais motivos para utilização da SPE nesse contexto é a segregação patrimonial (criação do patrimônio de afetação), conforme se verá a seguir.

3. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Como se sabe nosso ordenamento entende o patrimônio de uma pessoa como uma unidade patrimonial, isto é: conjunto de bens, direitos e relações de titularidade da pessoa. Dessa maneira, caso a pessoa se torne inadimplente, o art. 391 do Código Civil estabelece que todos os bens do inadimplente (devedor) respondem pela sua dívida⁵⁸³.

A criação de um patrimônio separado para determinado fim previsto em lei garante que tal parcela seja destinada apenas àquele fim, eis que, considerando que não fará parte da unidade patrimonial daquela pessoa, não responderá por toda e qualquer dívida dela.

Nesse cenário, vale ressaltar que quando, por mandamento legal ou por manifestação de vontade privada, determinado bem fica vinculado a certo objetivo, ficando “afetado” para tal objetivo. Portanto, afetar bens significa destiná-los a finalidades pré-definidas, impedindo que sejam desvirtuados. É possível afetar toda uma unidade patrimonial, como é o caso das fundações, bem como somente alguns bens⁵⁸⁴.

582 PEREIRA, Adilson Neri. **Incorporação imobiliária em regime de patrimônio de afetação e sub-rogação de direitos**. São Paulo: Revista Jurídica Direito & Realidade, 2023, p. 173.

583 AMARAL, Fernanda Costa Neves do. **O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação substancial**. São Paulo: Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021, p. 30.

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

Gladston Mamede entende que o patrimônio de afetação pode ser construído apenas nas hipóteses expressamente autorizadas em lei, por tratar-se de exceção à regra da universalidade do patrimônio, de modo que é instrumento garantidor da concretização da vontade do legislador em infirmar um objetivo determinado para aqueles bens, direitos e relações⁵⁸⁵.

A afetação, assim, nada mais é do que um vínculo criado entre as porções ativa e passiva da unidade patrimonial de uma pessoa, com validade inclusive perante terceiros. Na verdade, o ativo especificado (bens e direitos) é vinculado exclusivamente ao respectivo passivo especificado (obrigações), não se comunicando com o remanescente do patrimônio universal daquela pessoa. Considerando suas implicações perante o direito de terceiros, a afetação não é regra, mas exceção dentro do direito brasileiro, existindo somente em casos expressamente autorizados em lei, já que se trata de uma garantia para a realização (concretização) do objetivo que gerou a criação do patrimônio de afetação⁵⁸⁶.

Aqui, cabe destacar que as SPEs são interessantes para incorporações imobiliárias, pois, unindo-as à teoria da afetação, é possível proteger o patrimônio dos compradores das unidades (clientes do incorporador)⁵⁸⁷ por meio da construção de um patrimônio de afetação nos moldes acima mencionados.

585 MAMEDE, Gladston. **Direito Societário (Direito Empresarial Brasileiro)**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772582. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772582/>. Acesso em: 07 ago. 2024, p. 508.

586 MAMEDE, Gladston. **Direito Societário (Direito Empresarial Brasileiro)**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772582. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772582/>. Acesso em: 07 ago. 2024, p. 507.

587 PETRECHEN, Lígia Caram. **O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico nas Incorporações Imobiliárias**. São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil. Disponível em: https://poli-integra.poli.usp.br/wp-content/uploads/2022/11/2016_Ligia-Caram-Petrenchen.pdf. Acesso em: 06 ago. 2024, 2016, p. 28.

Por exemplo, desse negócio jurídico, o incorporador poderá criar um patrimônio de afetação para determinado condomínio edilício formado pelo terreno e demais bens e direitos do empreendimento, o qual será alheio ao patrimônio do incorporador e exclusivamente destinado à consecução da incorporação e à entrega de cada unidade imobiliária aos adquirentes⁵⁸⁸, de acordo com o art. 31-A da Lei n.º 4.591/64⁵⁸⁹.

Dessa maneira, é possível concluir que o patrimônio de afetação configura uma espécie de segregação patrimonial, representando um conjunto de bens, direitos e relações apartados do patrimônio de determinada pessoa jurídica ou física – neste caso da SPE – para o cumprimento de finalidades específicas, possuindo direitos e obrigações próprios e não se comunicando com as unidades patrimoniais dos sócios da entidade.

Ocorre que, assim como qualquer outro negócio, o setor imobiliário também está sujeito a enfrentar crises, de modo que empreendimentos imobiliários podem precisar do instituto da recuperação judicial previsto na Lei n.º 11.101/2005. Dessa forma, conforme se verá abaixo, é necessário esclarecer como o patrimônio de afetação será incluído no âmbito da recuperação judicial.

4. NOÇÕES GERAIS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de adentrar a questão sobre a possibilidade de inclusão do patrimônio de afetação no âmbito da recuperação judicial, vale destacar as noções gerais do referido instituto.

588 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial, v. 3: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 198.

589 Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Como se sabe, as diversas dificuldades que o empresário (pessoa que exerce a empresa) pode enfrentar são inerentes à atividade econômica, como a busca por novos mercados, a manutenção da clientela etc. Tais dificuldades, portanto, podem gerar diferentes crises, nascidas ou não de fatores alheios à atuação do empresário, que culminam na deterioração das condições econômicas da atividade e em dificuldades financeiras⁵⁹⁰.

Em razão destes cenários de crise econômico-financeira – os quais englobam as dificuldades que impossibilitam que o empresário continue perseguindo o objeto de sua empresa, bem como a insuficiência de recursos para o pagamento das obrigações assumidas pela empresa⁵⁹¹ – que uma sociedade pode enfrentar, a legislação brasileira fornece alguns institutos capazes de auxiliar na reestruturação da empresa e possibilitar o seu soerguimento, como, por exemplo, a recuperação judicial⁵⁹².

Tal instrumento é regido pelas Lei nº. 11.101/2005, a qual estabelece, dentre outras importantes normas, que o seu passivo será reestruturado, de modo que o artigo 49 prevê a sujeição de todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial aos efeitos do procedimento recuperacional, ainda que não vencidos.

Bom, como vimos acima, de acordo com o instituto em comento todos os créditos da empresa existentes na data do pedido ficarão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, mas também, nos termos do princípio da afetação, o patrimônio de afetação da empresa não poderá ser confundido com patrimônio da empresa ou de seus sócios,

590 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. v.3.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621026. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621026/>. Acesso em: 07 ago. 2024, p.14.

591 NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**, 14^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024, p. 132.

592 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. v.3.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621026. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621026/>. Acesso em: 07 ago. 2024, p.15.

sendo possível concluir, em primeira análise, que o patrimônio de afetação não ficará sujeito aos efeitos da recuperação.

Esse é o principal ponto de estudo do presente artigo, o patrimônio de afetação estará ou não sujeito aos efeitos da recuperação judicial de uma empresa que possui patrimônio de afetação, mas especialmente de uma SPE que faz uso de tal segregação?

Aliás, o presente artigo também pretende abordar se essa entidade teria legitimidade para pedir recuperação judicial, bem como, se cumpre os requisitos previstos no art. 48 da Lei nº. 11.101/2005⁵⁹³, conforme se verá abaixo.

5. POSSIBILIDADE DA SPE PEDIR RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme mencionado acima, a SPE é constituída para cumprir uma finalidade específica e, portanto, após a finalização do empreendimento imobiliário por exemplo, a sociedade será extinta, o que traz o questionamento se a SPE está apta ou não a pedir recuperação judicial, eis que o objetivo da recuperação judicial é manter a atividade empresarial da devedora viva.

Entretanto, no âmbito da incorporação imobiliária, considerando que a SPE é criada pela incorporadora justamente para dar continuidade a sua atividade empresarial por meio da realização de empreendimentos, os tribunais brasileiros vêm entendendo

593 Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

que é possível incluir a SPE no polo ativo da recuperação judicial da incorporadora⁵⁹⁴.

Nesse sentido, os juízes e tribunais observam se há consolidação processual e substancial das empresas, bem como consideram que a SPE (i) não está listada como empresa impedida de pedir recuperação judicial no art. 2º da Lei nº. 11.101/2005; e (ii) cumpre os requisitos estabelecidos no art. 48 da Lei nº. 11.101/2005 para distribuir o seu pedido de recuperação judicial⁵⁹⁵.

Aliás, diante da possibilidade de a SPE ser incluída no polo ativo da recuperação judicial da incorporadora, é fundamental abordar a possibilidade ou não da sujeição do seu patrimônio de afetação aos efeitos da recuperação judicial.

Dessa forma, antes de adentrar ao referido tema, vale tecer alguns esclarecimentos sobre o patrimônio de afetação criado para incorporação imobiliária no âmbito de outro regime de insolvência, a falência, eis que a Lei nº. 4.591/1964 prevê expressamente qual será o tratamento dado aos bens, direitos e relações apartados no âmbito da falência.

594 TJSP, Agravo de Instrumento 2082504-29.2023.8.26.0000, Relator: Sérgio Shimura, Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 24/05/2024, STJ; Recurso Especial nº 1955428 - SP (2021/0255151-5), Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Data do Julgamento: 17/08/2022.

595 Recuperação Judicial. Recurso de agravo de instrumento interposto pelo credor contra r. decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Moreno. Questões atinentes à competência do Juízo de São Simão, cabimento da recuperação judicial dos produtores rurais/pessoas físicas e consolidação substancial que já restaram decididas pela Turma nos diversos recursos tirados contra a mesma decisão aqui recorrida, que, por maioria e em julgamento estendido, manteve a conclusão de primeira instância. Adesão à maioria, nos termos do voto do terceiro juiz. Recuperação Judicial. Recurso de agravo de instrumento interposto pelo credor contra r. decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Moreno. Sociedades de Propósito Específico (SPE's) que, tendo cumprido os requisitos dos artigos 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005, também podem se servir do processamento da recuperação judicial. Art. 2º da lei de regência que não ressaltou as SPE's. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2268595-72.2019.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São Simão - Vara Única; Data do Julgamento: 24/08/2020; Data de Registro: 24/08/2020).

6. O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA FALÊNCIA

Em relação à incorporação imobiliária, o art. 37-F da Lei nº. 4.591/1964 estabelece que os efeitos da decretação da falência do incorporador não atingem o patrimônio de afetação devidamente constituído, de modo que o terreno, as acessões e outros bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação não irão compor a massa falida. O objetivo de tal previsão é garantir que a finalidade da afetação se concretize, ou seja, que as unidades vendidas estejam finalizadas e disponibilizadas aos seus compradores⁵⁹⁶.

Inclusive, o art. 37-F, § 1º, da Lei nº. 4.591/1964 prevê que seus adquirentes, após 60 (sessenta) dias da decretação da falência do incorporador, poderão realizar assembleia geral para, dentre outras providências, deliberar acerca da possibilidade de continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III, da mesma lei) ⁵⁹⁷.

Caso não seja possível prosseguir com as obras do empreendimento, o patrimônio de afetação será liquidado, conforme ordem de prioridade prevista no art. 31-F, § 18, inc. II, da Lei nº. 4.591/1964, sendo o reembolso do valor adiantado pelos adquirentes o segundo na referida ordem de pagamento, atrás apenas das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação (art. 31-F, § 18, inc. I, da Lei nº. 4.591/1964). Isto é, o montante adquirido com a referida liquidação será utilizado somente para pagamento das dívidas daquela determinada operação.

Os efeitos da falência do incorporador atingem de maneira significativa o patrimônio afetado, mesmo que esse patrimônio não seja incluído na massa concursal. Isso porque, ainda que exista a possibilidade de liquidação do patrimônio de afetação para o

596 AMARAL, Fernanda Costa Neves do. **O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação substancial**. São Paulo: Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021, p. 115.

597 PEREIRA, Adilson Neri. **Incorporação imobiliária em regime de patrimônio de afetação e sub-rogação de direitos**. São Paulo: Revista Jurídica Direito & Realidade, 2023, p. 182.

pagamento do valor investido pelo adquirente, a verdade é que o adquirente provavelmente não receberá o valor devido, já que, além da incorporadora estar enfrentando processo de falência, não existe obrigação da contabilidade do patrimônio de afetação ser constituída de forma separada do restante do patrimônio da incorporadora. Logo, os ativos e passivos da incorporadora podem estar em plena comunicação com o patrimônio afetado, os recebimentos estarem depositados na mesma conta corrente, os negócios da incorporadora serem realizados com um único agente, a incorporadora ter o mesmo fornecedor para todos os seus negócios etc.⁵⁹⁸.

Portanto, caso o valor obtido com a liquidação do patrimônio de afetação não seja suficiente para repor completamente os aportes efetivados pelos adquirentes, o valor faltante será pago no âmbito da falência como crédito privilegiado com a responsabilização subsidiária dos bens pessoais do incorporador, nos termos do art. 43, inc. VII, da Lei nº. 4.591/1964⁵⁹⁹.

Aliás, o art. 119, inc. IX, da Lei nº. 11.101/2005 valida as normas previstas na Lei nº. 4.591/1964 em relação ao tratamento do patrimônio de afetação em caso de falência do incorporador.

Nesse sentido, Gladston Mamede esclarece que, de acordo com o art. 119, inc. IX, da Lei nº. 11.101/2005, o patrimônio de afetação de determinada incorporação permanecerá separado do patrimônio da incorporadora falida⁶⁰⁰.

Como vimos, as leis 11.101/2005 e 4.591/1964 possuem normas sobre o tratamento do patrimônio de afetação da incorporadora no âmbito da falência, porém, ambas não fazem qualquer menção acerca da integração do patrimônio de afetação no âmbito da recuperação

598 PEREIRA, Adilson Neri. **Incorporação imobiliária em regime de patrimônio de afetação e sub-rogação de direitos**. São Paulo: Revista Jurídica Direito & Realidade, 2023, p. 180.

599 AMARAL, Fernanda Costa Neves do. **O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação substancial**. São Paulo: Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021, p. 116.

600 MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**, 13ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 284.

judicial, o que gera algumas dúvidas e diferentes posicionamentos, conforme será exposto abaixo.

7. O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Existem dois posicionamentos sobre a possibilidade ou não de inclusão do patrimônio de afetação da SPE criada especialmente para um empreendimento imobiliário. O primeiro afirma que as leis de Falências e Recuperação Judicial não mencionam nada sobre a hipótese de recuperação judicial, pois esse conjunto de bens, direitos e obrigações deve ser protegido em razão do seu objetivo. Por outro lado, o segundo entende que, se as referidas normas são silentes em relação somente à recuperação, a parcela segregada ficará sujeito aos efeitos da recuperação judicial em razão do princípio da preservação da empresa. Veja-se:

7.1. PRIMEIRO POSICIONAMENTO

Para Fernanda Costa Neves do Amaral⁶⁰¹ não há necessidade de previsão específica sobre o tratamento que deve ser concedido ao patrimônio de afetação no âmbito da recuperação judicial, uma vez que sua preservação é necessária ao fiel cumprimento do objetivo que motivou sua constituição. Entender diferente seria eivar o instituto de sua razão fundante e desvirtuar a vontade do legislador em inseri-lo no ordenamento.

Francisco Satiro de Souza Júnior afirma que existe incompatibilidade lógica entre as normas da Lei nº. 4.591/1964 e da Lei nº. 11.101/2005 – em relação à recuperação judicial –, eis que os adquirentes das unidades imobiliárias não são titulares de créditos pecuniários, de modo que não serão incluídos na relação de credores

601 AMARAL, Fernanda Costa Neves do. **O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação substancial**. Fernanda Costa Neves do Amaral. São Paulo: Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021, p. 119.

da incorporadora. Portanto, transformar os direitos dos adquirentes em créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial seria o mesmo que descaracterizar a ideia do patrimônio de afetação, tendo em vista que o referido conjunto não seria mais protegido e destinado à construção do empreendimento imobiliário⁶⁰².

Nessa linha de raciocínio, o patrimônio de afetação não poderá ser utilizado no âmbito da recuperação judicial, ou seja, ser destinado para o pagamento dos credores concursais, de caixa da incorporadora ou para qualquer outra finalidade que não seja aquela que motivou sua criação.

Marcelo Sacromone também entende que a disciplina do patrimônio de afetação é incompatível com o regime geral da recuperação judicial, eis que o incorporador perde a autonomia sobre determinado patrimônio ao registrar a sua afetação por meio de averbação no Cartório de Registro de Imóveis, de modo que tais ativos não poderão ser contaminados pela crise econômico-financeira do incorporador, respondendo exclusivamente pela dívida contraída para a sua consecução⁶⁰³.

No mesmo sentido, Marlon Tomazette explica que o patrimônio de afetação não está sujeito aos efeitos do procedimento recuperacional, em razão da sua vinculação exclusiva ao cumprimento de determinadas obrigações, de acordo com o art. 19, inc. IX, da Lei nº. 11.101/2005. No âmbito da incorporação imobiliária, então, sua

602 SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Incorporação de imóveis. Patrimônio de afetação por meio de SPE.

Recuperação judicial da incorporadora. Consolidação substancial das SPEs incabíveis. Contrato de investimento formalizado por meio de sociedade em conta de participação. Simulação. São Paulo: Parecer proferido a pedido de LAB Empreendimentos Imobiliários Eireli, nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda. Processo n. 1132473-02.2015.8.26.0100, 2015, p. 5.181/5.185.

603 SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621552/>. Acesso em: 06 ago. 2024, p. 158.

constituição será uma boa garantia aos adquirentes das unidades vendidas pela incorporadora por meio de uma SPE⁶⁰⁴.

Diante do exposto, é importante destacar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 1973180/SP (2021/0358574-2):

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INCOMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO SEPARADO. RECUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL. VEDAÇÃO. DESTITUIÇÃO. PRERROGATIVA. ADQUIRENTES. VIABILIDADE ECONÔMICA. EXAME. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir i) se a recuperação judicial é compatível com as sociedades de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, que atuam na atividade de incorporação imobiliária, ii) se no caso concreto estão preenchidos os requisitos para o processamento da recuperação judicial das recorrentes, iii) se é possível a realização de constatação prévia, e iv) se a Corte de origem analisou a viabilidade econômica da empresa. 3. As sociedades de propósito específico que atuam na atividade de incorporação imobiliária e administram patrimônio de afetação estão submetidas a regime de incomunicabilidade, criado pela Lei de Incorporações, incompatível com o da recuperação judicial. Os créditos oriundos dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, assim como as obrigações decorrentes da atividade de construção e entrega dos referidos imóveis são

604 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v.3., 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 201.

insuscetíveis de novação. Ademais, o patrimônio de afetação não pode ser contaminado pelas outras relações jurídicas estabelecidas pelas sociedades do grupo. 4. As sociedades de propósito específico que não administram patrimônio de afetação podem se valer dos benefícios da recuperação judicial, desde que não utilizem a consolidação substancial como forma de soerguimento e a incorporadora não tenha sido destituída pelos adquirentes na forma do art. 43, VI, da Lei nº 4.591/1964. 5. No caso concreto, a constatação prévia ainda não estava positivada na Lei de Recuperação de Empresas e Falências, mas encontrava respaldo no art. 156 do Código de Processo Civil de 2015, que permite ao Juiz ser assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. 6. Na hipótese, rever a conclusão da Corte de origem, que entendeu não haver prova do exercício atual de atividade econômica que mereça ser recuperada, esbarra na censura da Súmula nº 7/STJ. 7. No caso em análise, o Tribunal estadual, ao constatar a ausência de atividade das recorrentes, não incursionou na viabilidade econômica da empresa mas, sim, verificou a ausência de um dos pressupostos para o deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial, qual seja, o exercício de atividade regular pelo prazo de 2 (dois) anos. 8. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp n. 1.955.428/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 25/5/2022.)

7.2. SEGUNDO POSICIONAMENTO

Para Luciano de Souza Godoy e Tatiana Serafim o patrimônio de afetação pode ser incluído no âmbito da recuperação judicial, pois o instituto da recuperação judicial visa preservar a empresa, ser fonte

geradora de bem-estar, desenvolver e circular riquezas, gerar empregos, e, conseqüentemente, contribuir para o desenvolvimento econômico nacional, sendo necessário observar o instituto de separação sob a ótica coletivo-social. Dessa forma, excluir o patrimônio afetado do âmbito do procedimento recuperacional violaria o princípio da preservação da empresa, eis que tais bens, direitos e obrigações poderiam auxiliar na reestruturação de toda a incorporadora⁶⁰⁵.

Nesse sentido, Sheila Neder Cerezetti ensina que, diante da insolvência da incorporadora, o patrimônio de afetação deve ser segregado na falência e não na recuperação judicial em virtude do princípio da preservação da empresa, dado que, para o soerguimento da empresa em crise, é necessário que ocorram sacrifícios individuais⁶⁰⁶.

Vale destacar que o referido princípio é considerado norteador da recuperação judicial e está previsto no art. 47 da Lei nº. 11.101/2005, estabelecendo que o procedimento recuperacional visa permitir a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa devedora, a fim de garantir a manutenção do emprego dos trabalhadores, da fonte produtora, bem como, dos interesses dos credores, proporcionando a reestruturação da empresa, preservando sua função social e estimulando a atividade econômica.

Nessa linha, a inclusão do patrimônio de afetação no âmbito da recuperação judicial é viável em função dos interesses da coletividade, ou seja, é necessário que todos os envolvidos na recuperação judicial tenham seus interesses contemplados, porém, para tanto, terão que aceitar alguns sacrifícios.

Sheila Neder Cerezetti ensina, ainda, que o objetivo da recuperação da empresa em crise não deve ser visto apenas como um benefício legal à devedora, mas como uma forma legal de tutelar a

605 GODOY, Luciano de Souza; SERAFIM, Tatiana Flores Gaspar. **O processo de recuperação judicial testa a eficácia do patrimônio de afetação**. São Paulo: Revista de Direito Recuperacional e Empresa. V. 6/2017, out-dez, 2017, p. 08.

606 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **Parecer no Processo n. 11.03236-83.2016.8.26.0100. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo**. São Paulo, 2016, p. 22.

empresa em crise – entendida como um centro de composição dos mais diversos interesses. Isto é, não se trata de beneficiar o devedor ou o credor, mas de perfectibilizar um instituto capaz de garantir solução conjunta da crise como um todo, atendendo os direitos e os desejos de ambos os polos da maneira mais satisfatória possível e desenvolvendo um jogo cooperativo em que os *players* visem o encerramento correto das obrigações existentes entre si⁶⁰⁷.

Aliás, considerando que a SPE não está legalmente impedida de pedir recuperação judicial, diante de uma crise econômico-financeira, o instrumento recuperacional é seu direito, ou seja, se trata de faculdade posta ao empresário, funcionando como uma garantia ou tentativa de evitar o perecimento da sua atividade e a impossibilidade de finalizar o empreendimento imobiliário com a frustração da expectativa dos adquirentes no tocante à entrega das unidades adquiridas⁶⁰⁸.

Dessa maneira, vale destacar o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PROCESSO CIVIL. DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PROCESSAMENTO DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. INCOMUNICABILIDADE DO PATRIMÔNIO AFETADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Nos moldes do art. 31-A da Lei nº 4.591/64, com redação determinada pela Lei nº 10.931/04, o patrimônio de afetação justifica-se em razão da vulnerabilidade dos adquirentes das unidades imobiliárias frente às mudanças do negócio incorporativo. 2. Na espécie, a decisão agravada não coloca em risco o chamado patrimônio de afetação vinculado aos referidos empreendimentos, ao

607 CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **Parecer no Agravo de Instrumento nº 2007654-14.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.** São Paulo, 2017, p. 21.

608 LUIZ YARSHELL, Flavio e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). **Reflexões sobre Recuperação Judicial de Sociedades de Propósito Específico e de Patrimônios de Afetação.** In: **Processo Societário**, Vol. III, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.101.

contrário, confere a incomunicabilidade e autonomia do patrimônio afetado. 3. Agravo de Instrumento conhecido, mas não provido. Unânime.” (Recurso nº 07050749520188070000/DF 0705074-95.2018.8.07.0000, 3ª Turma Cível, TJ-DF, Rel. FÁTIMA RAFAEL, j. 20.09.18, DJe 26.09.18)

7.3. POSICIONAMENTO INTERMEDIÁRIO

Eduardo Takaoka, por sua vez, destaca que o patrimônio de afetação não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, porém, caso os adquirentes autorizem via assembleia geral, é possível sua inclusão no plano de recuperação judicial desde que haja substituição da garantia existente (patrimônio de afetação) por outra garantia⁶⁰⁹.

Isso porque o patrimônio de afetação nada mais é do que uma espécie de garantia contratual, a qual pode ser ofertada por incorporadoras aos adquirentes de unidades imobiliárias com o objetivo de assegurar aos adquirentes, em caso de descumprimento do objeto do contrato, algum retorno da incorporadora em relação ao empreendimento, conforme explica Hercules Aghiarian:

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

609 KATAOKA, Eduardo Takemi. **A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro**, v. 6, jul/ago, 2014 apud GOMES, Caterina Viana da Rosa. o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária e sua (in) compatibilidade face a recuperação judicial. São Paulo: Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022, p. 27.

promitentes compradores, tornado imune (esse patrimônio) à insolvência ou falência daqueles⁶¹⁰.

Dessa forma, como já exposto acima, considerando que os adquirentes podem deliberar em assembleia geral sobre a liquidação do patrimônio de afetação ou continuação da obra (arts. 31-F, § 1º, e 43, inc. VI, da Lei n.º 4.591/64), de acordo com o princípio da autonomia da vontade das partes, é possível concluir que o condomínio dos adquirentes pode também optar pela substituição da garantia (patrimônio de afetação) e, portanto, pela sujeição do seu crédito aos efeitos da recuperação judicial. Isso pode ocorrer porque o plano de recuperação judicial pode – dependendo dos termos do plano – ser mais atrativo para os adquirentes do que a liquidação do patrimônio de afetação ou continuação da obra pelos próprios adquirentes.

Assim também entende Renan Tadeu de Souza Soares⁶¹¹, ao ressaltar que, em determinados casos, a novação na recuperação judicial, de créditos protegidos pelo regime de afetação, pode ser aceita por credores e adquirentes, eis que a implementação do plano de recuperação judicial pode ser mais benéfica em comparação à liquidação.

Aqui, vale abrir os seguintes parênteses em relação à vontade das partes, para Maria Helena Diniz⁶¹², o princípio da autonomia da vontade, engloba: (i) liberdade contratual, que pode ser definida como a determinação do conteúdo do acordo e como a possibilidade de criação de contratos atípicos, e (ii) liberdade de contratar, que é a possibilidade de celebrar ou não o contrato e de escolher o outro contratante. Inclusive, o Enunciado n.º. 582 da VII Jornada de Direito

610 AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 301.

611 SOARES, Renan Tadeu De Souza. **Patrimônio de Afetação em Recuperação Judicial e Falência do Incorporador Imobiliário**. São Paulo: Biblioteca da Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/0ef34f9a-35fb-4f44-95bc-fa26ef164fac>. Acesso em: 07 ago. 2024, p. 104.

612 DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v.3. 40ª ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 18.

Civil conclui que as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas com suporte na liberdade contratual.

As partes contratantes, portanto, possuem o direito de estipular livremente o seu acordo de vontades, disciplinando os seus interesses e respeitando a função social do contrato, de acordo com o art. 421 do Código Civil, podendo, inclusive, liberar ou alterar garantias.

Soma-se a isso o fato de que, justamente em atenção ao princípio da autonomia da vontade no âmbito da recuperação judicial, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu ser lícita, regular e válida a cláusula do Plano de Recuperação Judicial que prevê a substituição ou liberação de garantias desde que seja aprovada pelos credores titulares da garantia em assembleia geral de credores⁶¹³.

Isso ocorre porque a substituição ou supressão pode ser a alternativa que melhor adequa os interesses e necessidades dos envolvidos, tendo em vista os interesses dos credores e as capacidades e possibilidades financeiras da empresa em recuperação. A propósito, a possibilidade de alterar as condições das obrigações anteriores ao pedido de recuperação judicial, desde que devida e legalmente aprovado pelos credores, é outorgada por Lei (§ 2º do art. 49 da LRF). Portanto, além da substituição, é possível concluir que o adquirente pode também, caso entenda ser o ideal, liberar a garantia (patrimônio de aferição) e seu crédito ficar sujeitos aos efeitos da recuperação judicial da incorporadora.

Novamente vale abrir parênteses para ressaltar a necessidade se considerar o princípio da preservação da empresa nessa equação a fim de equilibrar os interesses dos adquirentes e da incorporadora em relação a substituição ou liberação do patrimônio de afetação.

Nesse mesmo sentido, considerando a autonomia da vontade das partes e o melhor interesse dos envolvidos na incorporação imobiliária, é possível que os adquirentes aceitem a substituição do

613 STJ. Decisão monocrática proferida no Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.848.005/SP; Rel. Min. Moura Ribeiro; J: 29/5/2020. STJ. Recurso Especial nº 1.700.487/MT; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; J: 2/4/2019 e STJ. Recurso Especial nº 1.700.487/MT; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; J: 2/4/2019. RESP 1.794.209/SP.

patrimônio de afetação por outra garantia ou a liberação do patrimônio separado de acordo com os termos do plano da recuperação judicial da incorporadora.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho destaca, de início, a importância da SPE com patrimônio de afetação no setor imobiliário, já que, considerando que a referida sociedade é criada justamente para obtenção de um objetivo certo – neste caso: determinado empreendimento da incorporadora imobiliária –, de modo que o patrimônio afetado será utilizado somente para realização desse objetivo. Portando os adquirentes das unidades do empreendimento da incorporadora terão a garantia que aquele patrimônio destacado será utilizado apenas para a construção do empreendimento e demais gastos necessários à finalização da sua obra.

Nesse cenário, tendo em vista que o patrimônio afetado fica separado do restante do patrimônio da incorporadora e, conseqüentemente, dos seus sócios, fica a dúvida se, caso a incorporadora e a SPE enfrentem crise econômico-financeira, o patrimônio de afetação ficará ou não sujeito aos efeitos da sua recuperação judicial.

A fim de sanar tal dúvida, o artigo traz, de início, o tratamento que é concedido ao patrimônio de afetação no âmbito da falência da incorporadora, já que neste caso existe legislação específica, a Lei nº. 4.591/1964. Dessa maneira, os efeitos da decretação da falência da incorporadora não atingem o patrimônio de afetação devidamente constituído, de modo que o terreno, as acessões e outros bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto do daquele empreendimento não irão compor a massa falida da incorporadora. Isso ocorre para garantir que o objetivo da afetação se concretize, de acordo com a vontade dos adquirentes (arts. 31-F, § 1º, e 43, inc. VI, da Lei nº. 4.591/64).

Já em relação a recuperação judicial, considerando que não existe norma própria, existem três posicionamentos doutrinários, quais sejam: (i) o primeiro afirma que é necessário resguardar os direitos dos adquirentes em função da garantia constituída, ou seja, sujeitar o patrimônio de afetação aos efeitos da recuperação judicial descaracterizaria o conceito da afetação, uma vez que o patrimônio separado não seria mais destinado ao fim pelo qual foi constituído; (ii) o segundo entende que o princípio da preservação da empresa insculpido na artigo 47 da Lei nº.11.101/2005 deve necessariamente ser observado, de modo que, a fim de garantir a preservar da empresa e possibilitar o seu soerguimento, o patrimônio de afetação deve se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial da incorporadora e SPE, preservando a fonte geradora de bem-estar, circulando riquezas, gerando e mantendo empregos, bem como contribuindo para desenvolvimento econômico do local em que atua; e (iii) o terceiro aduz que o interesse das empresas em dificuldade (incorporadora e SPE) e dos adquirentes devem ser observados, de modo que deve haver equilíbrio entre o princípio da preservação da empresa e o princípio da afetação, para tanto os adquirentes devem concordar com a substituição ou liberação da sua garantia (patrimônio de afetação) para se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial da incorporadora.

Considerando tais posicionamentos, é possível observar que o posicionamento no sentido de que é necessário considerar a autonomia da vontade das partes e permitir o equilíbrio da relação contratual ao observar o interesse dos adquirentes e da empresa como um todo, é razoável, uma vez que se trata de um direito disponível, ou seja, as partes podem compor da maneira que acharem melhor e que for melhor para ambas.

Isso porque, eventualmente, a recuperação judicial pode ser a melhor solução para evitar a falência da incorporadora e permitir que a empresa entregue as unidades adquiridas, em razão da elaboração de um plano de recuperação judicial consistente e eficaz que considere a atual situação econômico-financeira da incorporadora e SPE.

A recuperação judicial, portanto, pode ser utilizada como um instrumento pela incorporadora para reerguer seus empreendimentos imobiliários viáveis – que naquele momento estão enfrentando dificuldades –, permitindo que o patrimônio afetado seja replanejado para possibilitar seu soerguimento.

Os outros dois posicionamentos também são válidos e necessários ao desenvolvimento da jurisprudência brasileira para alcançar a segurança jurídica.

Portanto, a discussão aqui tratada é necessária para que o direito recuperacional possa ser aperfeiçoado para cada vez mais possibilitar o soerguimento das empresas – para este artigo: principalmente incorporadoras –, que passam por dificuldades momentâneas.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AMARAL, Fernanda Costa Neves do. **O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação substancial**. São Paulo: [s.n.], 2021, Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAZETTA, Camila Cortez. **Os limites da apuração de haveres nas sociedades de propósito específico voltadas à incorporação imobiliária**. São Paulo: Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getúlio Vargas. 2021.

CALÇAS. Manoel de Queiroz P., e SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva. **Sociedade de propósito específico no setor imobiliário in: Daniel Aureo Castro et. al., Direito imobiliário atual**, 2. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **Parecer no Processo n. 11.03236-83.2016.8.26.0100**. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Outubro/2016.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **Parecer no Agravo de Instrumento nº 2007654-14.2017.8.26.0000**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Janeiro/2017.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v.3. (40th edição). SRV Editora LTDA, 2024.

GODOY, Luciano de Souza; SERAFIM, Tatiana Flores Gaspar. **O processo de recuperação judicial testa a eficácia do patrimônio de**

afetação. Revista de Direito Recuperacional e Empresa. V. 6/2017, 2017.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A recuperação judicial e o patrimônio de afetação.** Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, v. 6, jul/ago, 2014 apud GOMES, Caterina Viana da Rosa. o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária e sua (in)compatibilidade face a recuperação judicial. Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), 2022.

LUIZ YARSHELL, Flavio e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). **Reflexões sobre Recuperação Judicial de Sociedades de Propósito Específico e de Patrimônios de Afetação.** In: Processo Societário, Vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2015.

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

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial (14th edição).** São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

PEREIRA, Adilson Neri. **Incorporação imobiliária em regime de patrimônio de afetação e sub-rogação de direitos.** São Paulo: Revista Jurídica Direito & Realidade, v.11, n.15, p.169-189, 2023.

PETRECHEN, Lígia Caram, **O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico nas Incorporações Imobiliárias/L. C.** Petrechen. São Paulo, 2016, p. 52.

SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência,** (4th edição). São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresa e falência**, (5th edição). São Paulo: Editora Saraiva, 2024.

SOARES, Renan Tadeu De Souza. **Patrimônio de Afetação em Recuperação Judicial e Falência do Incorporador Imobiliário**. São Paulo: Biblioteca da Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2019.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. **Incorporação de imóveis. Patrimônio de afetação por meio de SPE. Recuperação judicial da incorporadora. Consolidação substancial das SPEs incabíveis. Contrato de investimento formalizado por meio de sociedade em conta de participação**. Simulação. Parecer proferido a pedido de LAB Empreendimentos Imobiliários Eireli, nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda. Processo nº. 1132473-02.2015.8.26.0100, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial, v. 3: falência e recuperação de empresas**. 8. São Paulo: Saraiva, 2019.