

Direito imobiliário: inexigibilidade, impossibilidade e inoponibilidade a terceiros de MoU para venda de créditos imobiliários e constituição de sociedade

Aline de Miranda Valverde TERRA*

Renata C. STEINER**

A Associação, por seus ilustres advogados, consulta-nos a propósito de algumas das questões jurídicas em discussão em Ação Judicial, em trâmite perante Vara Cível da Comarca de São Paulo.

A consulta veio acompanhada de relatório fático apresentado pela Consulente, abaixo sintetizado, e do inteiro teor da Ação Judicial, cujo acesso é público sem restrições de confidencialidade. Documentos adicionais que tenham sido consultados serão mencionados no corpo do texto. A despeito de o parecer ser ofertado a pedido da Associação, o texto transmite opiniões imparciais e representa nosso melhor entendimento sobre a matéria.

I. A consulta

Em 29 de agosto de 2023 a Associação adquiriu diversas frações ideais (em conjunto, referidas como “Imóveis”) de edifício comercial em construção na cidade de Curitiba, Estado do Paraná.

O empreendimento, denominado “Empreendimento”, é localizado em uma das avenidas mais importantes da capital paranaense. As obras do Empreendimento estão abandonadas desde 2014, quando um pouco mais de dois níveis de andares já haviam sido construídos, além dos subsolos destinados às vagas de estacionamento.

A Associação pretende retomar a obra e finalizar o empreendimento.

* Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Permanente do Mestrado e Doutorado da UERJ. Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Professora Permanente e Coordenadora Adjunta do Mestrado Profissional da PUC-Rio. Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. *Master of Laws* em *International Dispute Resolution* pela *Queen Mary University of London*.

** Professora de Direito Civil nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação da FGV-SP. Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Árbitra independente (FCI Arb) e parecerista em Direito Privado em São Paulo.

Foi com este propósito que, em 29 agosto de 2023, foi celebrado Contrato de Compra e Venda por escritura pública (“Compra e Venda”), em que a Associação figurou como compradora dos Imóveis e a sociedade “ABC”, constituída pelas leis do Estado de Delaware, como vendedora.

A escritura da Compra e Venda discriminou as frações ideais adquiridas e o preço pago por cada uma delas. O valor global ajustado foi R\$ 16.200.000,00.

O título de aquisição da propriedade pela vendedora ABC, por sua vez, é a Escritura Pública de Dação em Pagamento (“Dação em Pagamento”) celebrada na mesma oportunidade da Compra e Venda. O caminho percorrido até a celebração da Dação em Pagamento, por sua vez, é explicado pela cronologia registral dos Imóveis, como importa referir.

No ano de 2012, “DEF” adquiriu o imóvel identificado na matrícula X do Registro de Imóveis de Curitiba e, em 17 de fevereiro de 2014, DEF registrou incorporação imobiliária junto à matrícula do imóvel para desenvolver o Empreendimento, tornando-se proprietária e incorporadora.

Na sequência, abriram-se matrículas individualizadas para cada uma das frações ideais, as quais corresponderiam a unidades autônomas futuras. Algumas dessas frações ideais foram adquiridas por “GHI”, com o registro nas matrículas adquiridas. Outras, por sua vez, mantiveram-se em nome de DEF. São apenas estas, e não aquelas, que compõem os Imóveis referidos no âmbito deste parecer.

Ainda em 2014, ato contínuo à abertura das matrículas individualizadas, DEF alineou fiduciariamente aquelas que não pertenciam à GHI - notadamente, os Imóveis antes referidos - para “JKL”, pelo valor de R\$ 89.275.812,57, como consta do R-1 e da subsequente retificação na averbação AV-3. Na mesma oportunidade, a credora fiduciária JKL emitiu cédulas de crédito imobiliário (“Crédito CCI”) no mesmo valor da dívida garantida por alienação fiduciária (AV-2).

Em julho 2016, o Crédito CCI foi cedido integralmente a “Fundo de Investimentos”, pelo seu valor nominal, conforme averbação realizada em outubro do mesmo ano (AV-4).

Em julho de 2023 foram averbadas na matrícula dos Imóveis três operações de cessão integral do Crédito CCI que, em conjunto, explicam o caminho que tais créditos percorreram até a assinatura da escritura de Dação em Pagamento:

- (i) a primeira cessão deu-se em razão da liquidação de Fundo de Investimento, por decisão de assembleia em 12 de fevereiro de 2020, e resultou na transferência da sua titularidade para “Fundação”, única cotista de Fundo de Investimento, pelo valor de R\$ 14.000.000,00 (AV-7);
- (ii) a segunda, também integral, deu-se por instrumento particular de cessão de créditos datado de 24 de junho de 2021, pelo qual Fundação transferiu a titularidade do Crédito CCI para “MNO” em direitos creditórios não-padronizados, pelo valor de R\$ 27.800.000,00, abrangendo outros bens que não os Imóveis (AV-8);
- (iii) e, por fim, a terceira e última cessão, também integral, deu-se entre MNO e ABC, por instrumento particular datado de 11 de novembro de 2021, pelo valor de R\$ 13.000.000,00 (AV-9) e dizia respeito apenas aos Imóveis (AV-9).

A escritura de Dação em Pagamento, antes mencionada, foi celebrada para que, nos termos do art. 26, §8º, da Lei 9514/1997, houvesse a consolidação da propriedade dos Imóveis em favor da credora fiduciária ABC.

Datada de 29 de agosto de 2023, ela visava a dar cumprimento à transação judicial (“Acordo”) firmada previamente entre ABC, DEF e outras sociedades integrantes do mesmo grupo que haviam figurado, como devedoras, no “Instrumento Particular de Emissão de Cédula de Crédito Imobiliário Integral sob a Foram Escritural com Garantia Real” (“Instrumento de Emissão”), documento que deu origem ao Crédito CCI.

O Acordo ocorreu nos autos de Execução de Título Extrajudicial (“Execução”) e respectivos embargos à execução (“Embargos”), que tramitaram perante Vara Cível do Foro Central da Comarca de Curitiba, Paraná. A vinculação da Dação em Pagamento ao Acordo antes celebrado é inferida dos próprios termos da escritura, na qual se lê que foi celebrada “em cumprimento ao acordo judicial firmado”.

A Execução, por sua vez, havia sido proposta por Fundo de Investimento, em 30 de agosto de 2017, em face de DEF, JKL e outras pessoas jurídicas e físicas a elas vinculadas e que também eram devedoras do Crédito CCI. Seu objeto era o pagamento de quantia

certa, correspondente à integralidade do crédito representado pelo Crédito CCI, originado de Instrumento de Emissão.

O polo passivo da Execução foi alterado ao longo de sua tramitação para refletir as transferências da titularidade do Crédito CCI: primeiramente, foi informada a cessão integral de Fundação (substituta de Fundo de Investimento) à MNO e, na sequência, de MNO à ABC. As cessões integrais, que resultaram na substituição processual, foram acolhidas pelo Juízo da Execução, com as anotações de praxe.

Após a cessão integral do Crédito CCI à ABC, em 17 de fevereiro de 2022, foi celebrado o Acordo entre ABC e as pessoas físicas e jurídicas executadas, na qual restou ajustado o acordo para a consolidação, em cartório, da propriedade dos Imóveis em favor de ABC com a correspondente quitação das obrigações devedoras representadas pelo Crédito CCI.

O Acordo foi homologado pelo MM. Juízo de Vara Cível de Curitiba em 15 de março de 2023, data em que também foi deferida e formalizada a substituição processual que alçou ABC à qualidade de exequente. A homologação pôs fim à Execução e aos Embargos à Execução, conforme sentença de julgamento do feito com resolução do mérito.

No início do mês de outubro de 2023, a ABC e a Associação levaram a registro perante Cartório de Registro de Imóveis de Curitiba as escrituras públicas de Dação em Pagamento e de Compra e Venda, respectivamente, atos pelos quais a Associação obteria a propriedade registral dos Imóveis. Os títulos, porém, foram devolvidos sem que fossem analisados, em cumprimento à decisão liminar (“Decisão Liminar”) proferida pelo MM. Juízo de Vara Cível de São Paulo, na Ação Judicial.

A Decisão Liminar foi proferida a pedido de “PQR” e ordenou a suspensão do registro da Dação em Pagamento e da Compra e Venda, *in verbis*: “...ordenando-se ao respectivo escrivão que suspenda todo e qualquer registro de alienação dos imóveis objeto desta ação e arrolados escritura pública de compra e venda de fls. 428/464 e matrícula de fls. 465/484”.

A Associação não é parte na Ação Judicial em que se discute o Memorando de Entendimento (“MoU PQR”) firmado em 14 de abril de 2021 entre PQR e “STU”.

Ela consulta-nos a propósito dos fatos discutidos na Ação Judicial e, mais especificamente, sobre a existência do direito alegado por PQR e sobre a possibilidade de que os fatos lá discutidos atinjam a esfera jurídica da Associação.

Passamos a responder.

II. O MoU PQR e a ação judicial

A compreensão da controvérsia pressupõe conhecer o conteúdo de negócio jurídico e de disputa judicial dos quais a consulente, Associação, não é parte. Mais precisamente, é preciso conhecer o conteúdo do Memorando de Entendimento (“MoU”) discutido na Ação Judicial.

Em 14 de abril de 2021, PQR e STU firmaram Memorando de Entendimento (“MoU PQR”). O MoU PQR visava à formalização de parceria comercial entre PQR e STU para exploração conjunta de determinados direitos creditórios, dentre os quais, para este parecer, releva apenas o Crédito CCI.

As obrigações ajustadas no MoU PQR estavam sujeitas à expressa condição precedente¹: a prévia aquisição de direitos de créditos, inclusive do Crédito CCI, por “VXY”, sociedade que não é parte do MoU PQR.

No que interessa à análise aqui realizada, consta que STU e VXY haviam firmado, em 20 de março de 2021, Memorando de Entendimentos (“MoU VXY”), no qual “ZAZ” figurou como interveniente-garantidora. Nos termos do MoU VXY: **(a)** VXY declarou seu interesse na aquisição do Crédito CCI da Fundação, então titular da integralidade do Crédito CCI;² **(b)** STU declarou seu interesse de adquirir a integralidade do Crédito CCI

¹ Cláusula 1^a, MoU PQR: “1.1 O presente Memorando de Entendimentos tem como objeto a formalização da parceria comercial entre PQR e STU a partir da verificação da condição precedente consistente na aquisição da Carteira Fundação e Crédito CCI pela VXY (“Condição Precedente”), bem como suas condições acessórias”.

² Considerando (i), MoU VXY: “(i) A VXY analisa a participação em processo de aquisição dos seguintes créditos detidos pelo Fundo de Pensão Fundação (“Fundação”): (a) a carteira de créditos relacionada no Anexo I, cujo valor total de oferta será entre R\$ 25.000.000,00 e R\$ 33.000.000,00 (“Carteira Fundação”); e (b) o crédito detido por Fundação em razão da Escritura Particular de Emissão de Cédula de Crédito Imobiliário Integral sob a Forma Escritural com Garantia Real, de 19 de setembro de 2013, emitida por JKL Empreendimentos Imobiliários Ltda., conforme aditada, cuja cópia se encontra no Anexo II, e cujo valor total é de R\$ 26.000.000,00 (“Crédito CCI”).”

de XVY;³ e (c) ajustaram-se termos e condições em que se daria a eventual aquisição do Crédito CCI por STU.⁴

Por sua vez, o MoU PQR estabeleceu que, se o quanto ajustado no MoU VXY se concretizasse – e STU adquirisse, ao fim, a integralidade do Crédito CCI –, STU e PQR tornar-se-iam sócias na exploração destes créditos quando cumpridas as seguintes obrigações:

- (i) STU estaria obrigada a repassar à PQR 50% dos direitos do referido Crédito CCI contra o pagamento de R\$ 7.000.000,00 por PQR,⁵ e
- (ii) STU e PQR estariam obrigadas a constituir duas sociedades de propósito específico, com gestão compartilhada para recuperação de créditos, uma das quais teria seu capital social integralizado por meio “da cessão de todos os direitos provenientes da aquisição da Cédula de Crédito Imobiliário (JKL/FUNDAÇÃO)”, devendo, para tanto, STU e PQR, cada uma, aportar no capital social da sociedade os 50% do Crédito CCI por si então detidos.⁶

Consoante os fatos antes narrados, que são corroborados pelas averbações constantes das matrículas dos Imóveis, em 24 de junho de 2021 MNO adquiriu de Fundação a integralidade do Crédito CCI e, em 11 de novembro de 2021, o cedeu, também integralmente, à ABC.

Ciente da operação de cessão realizada entre MNO e ABC, PQR ajuizou, em 21 de novembro de 2022, a Ação Judicial em face de STU e ABC, na qual requereu liminar para impedir a negociação, a movimentação e a transferência do Crédito CCI. O pedido de tutela foi assim formulado por PQR:

Proibição geral de negociar, movimentar ou transferir os ativos objeto do MOU celebrado entre as partes ("Crédito CCI" e "Créditos Fundação") De modo a evitar o descumprimento do Instrumento

³ Considerando (iii), MoU VXY: “(iii) A STU tem interesse na aquisição de 50% (cinquenta por cento) da Carteira Fundação e de 100% do Crédito CCI, caso tais créditos sejam adquiridos pela VXY”.

⁴ Considerando (iv), MoU VXY: “(iv) As Partes desejam estabelecer, desde já, caso a aquisição da Carteira Fundação e do Crédito CCI, pela VXY, seja bem-sucedida, os termos e condições da aquisição de 50% (cinquenta por cento) da Carteira Fundação e de 100% do Crédito CCI (“Direitos Creditórios Cedidos”), pela STU”.

⁵ Cláusula 3.1, V, MoU PQR: “A fim de integralizar o capital do social das duas sociedades, de forma equânime entre os sócios, a STU repassará a PQR 50% (cinquenta por cento) dos direitos de crédito adquiridos junto à VXY. Neste ato, a PQR se compromete a pagar a STU o valor de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais)”.

⁶ Cláusula 3.1, III, MoU PQR: “O capital social da primeira SPE será constituído por meio da integralização da cessão de todos os direitos provenientes da aquisição da Cédula de Crédito Imobiliário (JKL/FUNDAÇÃO) junto à VXY. Esta integralização de capital será efetivada mediante o aporte pela STU e PQR de 100% (cem por cento) dos direitos desta CCI, onde cada sócia detém de 50% (cinquenta por cento) dos direitos relativos a Cédula de Crédito Imobiliário”.

Contratual celebrado entre as partes, que expressamente dispõe sobre a administração conjunta dos ativos, pede seja concedida medida cautelar para se determinar às Rés que se abstenham de negociar, movimentar, ceder ou, de qualquer outra forma, transacionar os ativos objeto do MOU (DOC. 2 - Memorando de Entendimentos PQR x STU) sob pena de anulação do negócio e multa equivalente a 10 (dez) vezes o valor do ativo ilicitamente negociado.⁷

Em 27 de janeiro de 2023, o pedido de tutela de urgência foi negado pelo MM. Juízo de Vara Cível da Comarca de São Paulo, em decisão que destacou a complexidade das obrigações ajustadas no MoU PQR e a necessidade de oitiva dos réus, STU e ABC, antes de decidir sobre o tema.⁸

Em 03 de março de 2023, PQR e ZAZ (que figurou como interveniente-anuente do MoU VXY), em cumprimento ao disposto no art. 308 do CPC, deram início, nos mesmos autos, à Ação de Obrigação de Fazer em face de STU e ABC, na qual formularam o seguinte pedido principal:

Seja julgado totalmente procedente a Ação de Obrigação de Fazer, para determinar à Ré STU o cumprimento das obrigações estabelecidas no Memorando de Entendimentos celebrado entre STU e PQR, na forma acima delineada, fixando-se multa cominatória no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento ou a concessão de qualquer outra medida que o d. Juízo entenda necessária para compelir as Rés ao cumprimento da obrigação (arts. 536 e 537 do Código de Processo Civil).⁹

Em suma, a posição de PQR na Ação Judicial está fundamentada nos seguintes argumentos:

- (i) o MoU PQR é vinculativo e as obrigações nele ajustadas constituem obrigações válidas;¹⁰
- (ii) a condição precedente prevista no MoU PQR, consistente na prévia aquisição do Crédito CCI por STU, foi implementada com a assinatura do MoU VXY, em 20 de março de 2021, ato pelo qual, na sua visão, STU teria passado a ser titular de 100% do Crédito

⁷ Autos n° xxxxxx, Vara Cível de São Paulo, fls. 15.

⁸ Autos n° xxxxxx, Vara Cível de São Paulo, fls. 234 e 235.

⁹ Autos n° xxxxxx, Vara Cível de São Paulo..

¹⁰ “Destaca-se desde já que embora as partes tenham atribuído ao instrumento o nome de “Memorando de Entendimentos”, trata-se de contrato vinculativo, conforme expressamente consignado na Cláusula Oitava, item “b” (vide fls. 23 a 35 – Memorando de Entendimentos PQR x STU)”. (Autos n° xxxxxx, Vara Cível de São Paulo).

- CCI;¹¹
- (iii) por força do MoU PQR, PQR teria se tornado titular de 50% (cinquenta por cento) do Crédito CCI;¹²
 - (iv) a gestão do Crédito CCI por ABC, no que se inclui a operação de consolidação de propriedade, não poderia ter sido feita de forma isolada por ABC, nos termos do MoU PQR,¹³ e, por fim,
 - (v) que se encontraria “alijada da administração das carteiras.”¹⁴

Com base em referidos argumentos, PQR formulou pedido de cumprimento de obrigações contratuais, dentre as quais se destacam a “transferência pela STU de 50% (cinquenta por cento) do “Crédito JKL” e da “Carteira Fundação” à PQR, a fim de que a integralização do capital das SPE’s seja de forma equânime entre as Partes, nos termos da Cláusula 3ª, alínea ‘v’ do Memorando de Entendimentos celebrado entre PQR e STU” e a “(...) constituição de duas sociedades de propósito específico, com a gestão compartilhada para recuperação dos créditos, nos termos da Cláusula 3ª, alínea ‘i’ do Memorando de Entendimentos celebrado entre PQR e STU”.¹⁵

Em nosso entendimento, há óbices ao acolhimento do pedido de cumprimento específico das obrigações formulados por PQR.

Em primeiro lugar, entendemos que a condição suspensiva de eficácia do MoU PQR não se concretizou; em segundo lugar, entendemos que, ainda que concretizada e ainda que houvesse inadimplemento, há óbices que impedem o cumprimento específico das obrigações ajustadas no MoU PQR; e, em terceiro lugar, entendemos que os direitos da Associação devem ser preservados. É o que passamos a demonstrar.

III. Primeira parte: as obrigações do MoU PQR não são exigíveis

A cronologia fática antes narrada demonstra que não se verificaram as condições suspensivas previstas no MoU PQR.

¹¹ "E de fato. Conforme previsto, em 20 de março de 2021 a Ré STU adquiriu a "Carteira Fundação" e o "Crédito CCI", sendo que a Segunda Autora, ZAZ (sócia majoritária da Primeira Autora PQR), conferiu garantia a toda a operação (vide fls. 58 a 67 Memorando de Entendimentos STU, VXY e ZAZ)". (Autos nº xxxxx, Vara Cível de São Paulo).

¹² "Conforme estabelecido no MOU, a PQR é titular de 50% (cinquenta por cento) dos direitos creditórios adquiridos pela STU e a ZAZ é garantidora de toda a operação". (Autos nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo).

¹³ "A partir de uma simples leitura do MOU celebrado entre as Partes, constata-se que o "Crédito JKL" (CCI 01, da série 2013) jamais poderia ser transferido pela STU sem a expressa concordância da PQR (vide fls. 23 a 35 - Memorando de Entendimentos PQR x STU)". (Autos nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo).

¹⁴ "Todavia, atualmente a PQR está completamente alijada da administração das carteiras e, como será demonstrado em tópico próprio, vem suportando os prejuízos decorrentes da morosidade da Ré STU no cumprimento das obrigações estabelecidas no MOU". (Autos nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo).

¹⁵ Autos nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo.

Ao tempo da celebração do MoU PQR, VXY não havia ainda adquirido o Crédito CCI, do qual ainda não era titular. Tanto assim que a prévia aquisição foi alçada pelas Partes à categoria de condição suspensiva (“Condição Precedente”), o que restou expressamente registrado na Cláusula 2^a:

Cláusula 2^a – Da condição precedente

2.2 Com a verificação da Condição Precedente, a PQR e a STU se obrigam a celebrar contrato de gestão de direitos creditórios (“Contrato”), que será regido pelas cláusulas e condições dispostas no presente Memorando.

Nos termos do MoU PQR, no entanto, a exigibilidade das obrigações ajustadas estava sujeita também a outra condição suspensiva, consistente na cessão da integralidade do Crédito CCI por VXY à STU.

A futura realização desta operação, segundo *considerando* “i” do MoU PQR,¹⁶ fora objeto do MoU VXY, no qual STU e XZY ajustaram os termos para que, uma vez adquirido o crédito por XZY, este fosse cedido a STU. O cumprimento das obrigações previstas no MoU VXY foi garantido por ZAZ, sendo essa a sua única ligação ao presente caso. ZAZ, com efeito, não é titular de quaisquer direitos derivados do MoU PQR, pelo que o presente parecer deixará de mencioná-la nas linhas que seguem.

A necessidade de implemento de ambas as condições suspensivas - a aquisição da integralidade do Crédito CCI por XZY e, na sequência, sua transferência a STU -, é facilmente compreensível: enquanto STU não fosse titular do Crédito CCI, ela não poderia cumprir a obrigação de cessão de 50% destes créditos à PQR ou de constituição da SPE para sua exploração conjunta, as quais tampouco seriam exigíveis por PQR.

A verdade é que tal condição jamais se implementou, pois STU nunca foi titular do Crédito CCI: ela não era titular do Crédito CCI ao tempo da celebração do MoU PQR e, posteriormente, não adquiriu sua titularidade.

¹⁶ Considerando “i”, MoU PQR: “A STU, em 20/03/2021 firmou com VXY, sociedade limitada, inscrita no CNPJ/MF sob o nº xxx, com endereço xxx, doravante denominada MOU, no qual estabeleceram as condições pelas quais STU e VXY formariam parceria na hipótese deste último adquirir créditos detidos pela Fundação, compreendendo: (a) a carteira de créditos relacionada no Anexo I do MOU, cujo valor total de oferta será entre R\$25.000.000,00 e R\$33.000.000,00 (“Carteira Fundação”); e (b) o crédito detido por Fundação em razão da Escritura Particular de Emissão de Cédula de Crédito Imobiliário Integral sob a Forma Escritural com Garantia Real, de 19 de setembro de 2013, emitida por JKL Empreendimentos Imobiliários Ltda. estando referida parceria sujeita a algumas condições previstas no MOU (“Crédito CCI”).

Ao contrário do que sustenta PQR, o MoU VXY, negócio jurídico que precedeu o MoU PQR, não conferiu à STU a titularidade do crédito.¹⁷ É o que se infere dos próprios termos do MoU PQR, especialmente quando faz referência ao interesse de PQR de adquirir 50% do Crédito CCI que STU “passe a deter” - no futuro, portanto.¹⁸

Nos termos do art. 121 do Código Civil,¹⁹ a condição é elemento accidental do negócio jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. A futuridade do evento é elemento essencial à configuração da condição. Em outras palavras, se o evento já ocorreu ao tempo da celebração do negócio jurídico, não haverá negócio condicional.

É o que ensina doutrina dedicada ao tema: “a futuridade pressupõe que o acontecimento não tenha ocorrido, o que confere sentido ao caráter temporal da dependência dos efeitos definitivos do negócio jurídico. Por outros termos, se o negócio jurídico já se verificou, seus efeitos principais não estão a depender ‘de algo’; estão, ao contrário, plenamente desenvolvidos”.²⁰

A análise da matrícula do Imóvel ratifica o quanto descrito no MoU PQR e no MoU VXY: a cessão do Crédito CCI por Fundação para MNO ocorreu apenas em 24 de junho de 2021, 3 meses e 4 dias depois da celebração do MoU VXY, e 2 meses e 10 dias depois da celebração do MoU PQR.

Mas, uma vez implementada tal condição, era necessário, nos termos do MoU PQR, que STU se tornasse titular do Crédito CCI para que houvesse a exigibilidade das obrigações ajustadas entre ela e PQR no MoU PQR, o que não ocorreu.

A matrícula dos Imóveis é elucidativa também neste ponto: prova que STU nunca se tornou titular do Crédito CCI, o qual foi cedido de forma integral por VXY a ABC, sociedade que não é parte do MoU PQR.

¹⁷ “Como se observa, há mais de um ano foi finalizada a operação para aquisição dos créditos pela STU (*vide fls. 23 a 35 – Memorando de Entendimentos PQR x STU*)” (Autos nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo, fls. 244).

¹⁸ Considerando “v”, MoU PQR: “Tendo em vista o interesse da PQR em participar como sócia da STU nos créditos que esta passe a deter, as Partes formalizam o presente Memorando de Entendimentos, por meio do qual a PQR pretende realizar a aquisição de 50% [cinquenta por cento) do Crédito CCI (“Direitos Creditórios Cedidos”) e 50% de todo o resultado obtido e repassado pela VXY na carteira FUNDAÇÃO, pertencente à STU, de forma a se tomarem sócios no negócio”.

¹⁹ Art. 121, Código Civil. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

²⁰ MARTINS-COSTA, Fernanda Mynarski. *Condição suspensiva*: função, estrutura e regime jurídico. São Paulo: Almedina, 2017, p. 53.

Não desconhecemos o argumento de PQR de que ABC estaria também vinculada aos termos do MoU PQR, embora dele não seja parte. Tal alegação, no entanto, esbarra no princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual “seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros”.²¹

O MoU PQR foi celebrado, exclusivamente, por STU e PQR. Trata-se de relação negocial que só produz efeitos entre aqueles que, por livre manifestação de vontade, concordam em se submeter ao conteúdo avençado. Com efeito, apenas STU e PQR estão obrigadas ao conteúdo negocial, pelo que PQR só pode exigir o cumprimento das obrigações pactuadas em face de STU.

O simples fato de que STU e ABC fazem parte de um mesmo grupo econômico, fundamento de PQR para a alegação de extensão de eficácia do contrato à ABC, não é suficiente para superar suas existências autônomas, como centros de interesses com direitos e obrigações distintos entre si. Rememore-se, nos termos do art. 49-A do Código Civil,²² que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa de seu sócio.

Ademais, a pretensão de estender efeitos à ABC contraria aos próprios termos do MoU, especificamente a regra de que todo e qualquer aditamento contratual deveria ocorrer por instrumento assinado por todos,²³ o que não ocorreu, uma vez que ABC não assinou qualquer aditamento ao MoU PQR – e tampouco o próprio MoU PQR.

À luz do exposto e conforme o disposto no art. 125 do Código Civil,²⁴ entendemos que, não implementada a condição suspensiva, o credor não tem direito a obrigação exigível. No caso concreto, o fato de STU não ter adquirido o Crédito CCI leva às seguintes conclusões: **(i)** não se implementou a condição suspensiva do MoU PQR; **(ii)** não há obrigação exigível em face de STU; e **(iii)** não há direito de crédito exigível titularizado por PQR.

Daí também decorre que não produzem efeitos as demais obrigações acessórias pactuadas no MoU PQR, tais como aquelas que estipulavam a forma de gestão conjunta

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., revista, atualizada e aumentada. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46.

²² Art. 49-A, Código Civil. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

²³ Cláusula 13, MoU PQR: “O disposto no presente Memorando não poderá ser alterado ou aditado pelas Partes, a não ser por meio de instrumento assinado por todas as Partes”.

²⁴ Art. 125, Código Civil. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

dos Créditos CCI. A respeito delas, especificamente, entendemos que o regramento contratual constante da Cláusula 3ª do MoU PQR, que dispõe sobre a administração da sociedade, somente teria aplicação uma vez constituídas as sociedades de propósito específico ali referidas.

Não há, pois, que se falar que PQR tenha direito a exigir a gestão conjunta do Crédito CCI e que esteja, como afirma, “alijada” de seu exercício.

Apenas por amor ao debate, mesmo que fosse possível ultrapassar estes dois óbices fáticos – STU não adquiriu o Crédito CCI e sua aquisição por ABC não conforma a condição suspensiva constante do MoU PQR –, há também limites intransponíveis ao pedido de cumprimento específico formulado por PQR.

IV. Segunda parte: o cumprimento específico do MoU PQR não é possível

Em cenário hipotético em que fossem implementadas ambas as condições suspensivas ajustadas no MoU PQR, dele emergiriam duas obrigações principais à PQR e à STU: em primeiro lugar, a obrigação de celebrar contrato de cessão de 50% do Crédito CCI, pelo qual STU cederia a PQR tal parcela do crédito (“primeira obrigação”) e, em segundo lugar, a obrigação de constituir sociedade de propósito específico cujo capital social seria integralizado com tais direitos (“segunda obrigação”).

Embora diversas, essas duas obrigações somente ganham sentido quando lidas e interpretadas em conjunto. Quer isso dizer que a sociedade entre as Partes somente tem razão de ser para exploração do Crédito CCI e vice-versa, de forma que uma está vinculada à realização da outra.

Tais obrigações qualificam-se como obrigações de fazer, modalidade obrigacional que tipifica os contratos preliminares *ex vi* art. 463 CC.²⁵ É essa, com efeito, a natureza jurídica do MoU PQR, o qual compõe negócio jurídico que regula o dever de contratar, futuro e condicional, mas que ainda não contém, como todo contrato preliminar, o acordo de transmissão próprio ao contrato definitivo.

²⁵ Art. 463, Código Civil. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

É o que basta para refutar a alegação de PQR de que o MoU PQR tenha a ela conferido o direito de propriedade sobre o Crédito CCI.²⁶ A bem da verdade, somente o cumprimento da primeira obrigação ali ajustada (quando e se devida) é que levaria à transferência da titularidade dos créditos, ato dependente da manifestação de vontade de transmitir emitida pelo titular do direito.

O acerto da conclusão acima exposta é reforçado pelo fato de PQR ter lançado mão de tutela de direito pessoal. Com efeito, na Ação Judicial, PQR alega o descumprimento do MoU PQR e pretende o “*cumprimento das obrigações estabelecidas*”,²⁷ tutela de direito pessoal para o cumprimento específico ou *in natura* de prestações. Somente com o cumprimento de tal prestação é que PQR se tornaria titular do Crédito CCI, não antes.

Não disputamos que obrigações de fazer, tais como aquelas de prestar declaração de vontade, admitam o cumprimento específico, inclusive mediante substituição de vontade.²⁸ Tampouco disputamos que o cumprimento específico é o remédio preferencial diante de inadimplemento contratual.

No entanto, o fato de tal remédio ser possível ou preferencial, *in abstracto*, não significa que não possa haver limitação à tutela jurisdicional na forma específica, *in concreto*. É exatamente o que se passa no caso em mãos.

Vislumbramos impedimentos que obstam o direito de exigir o cumprimento específico do MoU PQR que tocam tanto à primeira obrigação, de transferência de 50% do Crédito CCI, quanto à segunda obrigação, de constituição das SPE, como passamos a elucidar.

IV.1. A transação homologada judicialmente impede nova cessão dos Créditos CCI

No que tange à obrigação de transferência de 50% do Crédito CCI de STU para PQR, o cumprimento específico pretendido por PQR tornou-se impossível com a celebração do Acordo e sua posterior homologação judicial.

²⁶ “Conforme estabelecido no MOU, a PQR é titular de 50% (cinquenta por cento) dos direitos creditórios adquiridos pela STU e a ZAZ é garantidora de toda a operação” (Ação nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo, fls. 251).

²⁷ Ação nº xxxxxx, Vara Cível de São Paulo, fls. 261.

²⁸ Art. 501, Código de Processo Civil. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar precedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

Isso se dá porque, com a celebração do Acordo, o Crédito CCI deixou de existir, hipótese que chama à incidência a regra sobre perda superveniente do objeto mediato da prestação e impede, a um só tempo, que STU ou mesmo ABC (que, *data venia*, não está obrigada aos termos do MoU PQR) possam dispor de forma legítima sobre tais créditos ou possam realizar o cumprimento eficaz da obrigação na forma específica.

Com efeito, como reconhece Menezes Cordeiro, a execução específica do contrato preliminar “pressupõe a viabilidade jurídica do contrato definitivo, no momento em que ela seja decretada”.²⁹ A regra é de todo aplicável ao direito brasileiro. Em monografia dedicada exclusivamente ao contrato preliminar, explica-se que o “afastamento da execução específica acontecerá também quando *o objeto do negócio definitivo se tornar impossível ou ilícito, depois de celebrada a promessa*”.³⁰

Conforme os fatos antes narrados, em 17 de fevereiro de 2022 foi celebrado o Acordo judicial entre ABC (na qualidade de titular da integralidade do Crédito CCI e credora fiduciária), DEF (na qualidade de devedora fiduciária) e demais devedores do Instrumento de Emissão, com a finalidade de satisfação do Crédito CCI. Pelo Acordo, seus signatários não apenas extinguiram o litígio havido entre eles, nos termos do art. 840 do Código Civil,³¹ mas extinguiram igualmente o Crédito CCI. Explicamos.

Com a transação, de fato, alterou-se o conteúdo da obrigação entre as Partes, surgindo para o devedor fiduciário a obrigação de consolidar a propriedade de três imóveis em favor de ABC. A consolidação do imóvel dado em garantia fiduciária nas mãos do credor fiduciário, nos termos da Lei 9.514/1997, se implementaria, a toda evidência, por meio da transferência dos direitos eventuais sobre os imóveis decorrentes do contrato de alienação fiduciária em garantia, dentre os quais os Imóveis referidos neste parecer, *ex vi* art. 26, § 8º.³²

É inquestionável que o devedor fiduciário já executou os atos que lhe incumbiam para o cumprimento do Acordo, uma vez que outorgou a escritura pública de Dação em Pagamento dos direitos eventuais sobre os Imóveis alienados fiduciariamente, título que

²⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. vol. II. t. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 418.

³⁰ BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 201, grifou-se.

³¹ Art. 840, Código Civil. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

³² Art. 26, § 8º, Lei 9.514/1997, na redação vigente ao tempo dos fatos: Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. (...) § 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27.

está pendente de registro única e exclusivamente em razão da liminar obtida por PQR que, *data maxima venia*, não se sustenta juridicamente por tudo o que já se expôs.

Ainda que a transação seja tradicionalmente qualificada como negócio jurídico declarativo, é inequívoca a possibilidade de produzir efeitos modificativos. É o que reconhece Pontes de Miranda, segundo o qual a transação não se esgota necessariamente na declaratividade de direito:

É fácil dito apontar-se a transação como negócio jurídico declarativo. Em verdade, trata-se de negócio jurídico bilateral de modificação. Por êle, algo se aumenta ao mundo jurídico para se eliminar litígio ou incerteza. No que o conteúdo da transação se afasta da relação jurídica preexistente, constitui. Há plus, que a pura declaratividade não admitiria.³³

No mesmo sentido, Eduardo Espínola já apontava como finalidade do ato transacional “extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas”,³⁴ o que importa reconhecer que “a transação implica uma renúncia de direitos”.³⁵ Quer isso dizer, como o faz também Orlando Gomes, que “reconhece-se hoje que a transação não é simplesmente negócio declaratório para dirimir controvérsias”,³⁶ o que significa que por ela extinguem-se obrigações³⁷ e criam-se relações jurídicas.³⁸

E foi justamente o que ocorreu no caso em tela: ABC, DEF, e demais obrigados em relação ao Instrumento de Emissão, celebraram transação que, a um só tempo, extinguiu o Crédito CCI e criou, para DEF, devedora fiduciária, a obrigação de consolidar a propriedade dos Imóveis exclusivamente em nome de ABC, mediante transferência dos direitos eventuais sobre os Imóveis.

³³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, §3.028, p. 124.

³⁴ ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Obrigações solidárias e indivisíveis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 246.

³⁵ ESPINOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Obrigações solidárias e indivisíveis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, p. 248.

³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., revista, atualizada e aumentada. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 543.

³⁷ “O efeito específico da transação é a extinção da relação jurídica controvertida, pela eliminação de sua incerteza. Produz a extinção das obrigações decorrentes da *res dúbia*, e declara e reconhece direitos”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., revista, atualizada e aumentada. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 546).

³⁸ “Por transação, podem criar-se relações jurídicas, eficácia que não teria se fora o negócio simplesmente declaratório”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed., revista, atualizada e aumentada. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 543).

A partir da celebração do Acordo e, posteriormente, de homologação por sentença judicial com julgamento do mérito nos termos do art. 487, III, b, do Código de Processo Civil,³⁹ os signatários do Acordo deixaram de estar obrigados ao cumprimento do Crédito CCI e passaram a estar obrigados ao cumprimento dos termos da transação, que passou a corporificar a única obrigação vinculante entre eles.

Comprova a intenção das partes do Acordo em extinguir definitivamente a relação obrigacional da qual se originavam os Créditos CCI, o fato de que não tenham previsto cláusula resolutiva expressa em caso de inadimplemento e que seus signatários tenham, inclusive, renunciado ao prazo de recurso, submetendo a transação a homologação e julgamento imediatos.

Em relação ao MoU PQR, à luz do regramento do Direito das Obrigações, operou-se o exemplo manualístico de impossibilidade superveniente de cumprimento, qualificado no caso em tela por ter se tornado inexistente o objeto da prestação (notadamente, o Crédito CCI, que deixou de existir).

Embora seja verdade que a obrigação em discussão seja uma obrigação de fazer (i.e., celebração de contrato definitivo de transferência ou cessão do Crédito CCI), insta reconhecer que o regime da impossibilidade do objeto pode também dizer respeito ao contrato definitivo a ser celebrado, e que o Crédito CCI, como objeto mediato, não mais existe.

Segundo o art. 234 do Código Civil,⁴⁰ a perda superveniente do objeto pode levar a duas consequências, nenhuma delas identificada ao cumprimento específico: se não houver culpa do devedor, a obrigação será extinta; se houver culpa, será convertida na prestação do equivalente pecuniário da coisa que se perdeu e perdas e danos.

Neste sentido, já afirmamos em outra oportunidade que a impossibilidade por perda do objeto “(...) afasta a demanda de cumprimento específico por incompatibilidade lógica: não há como obrigar o devedor a cumprir *in natura* uma obrigação impossível, ainda que a impossibilidade decorra de fato a ele imputável”.⁴¹ Na mesma direção, Catarina

³⁹ Art. 487, Código de Processo Civil. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) III – homologar (...) b) a transação.

⁴⁰ Art. 234, Código Civil. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

⁴¹ STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: Pressupostos, evolução e remédios*. vol. II. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 314.

Monteiro Pires ensina que a impossibilidade superveniente da prestação é um “conceito de topo”: “[é] que, neste caso, a prestação originária não pode ser obtida *in natura*, ficando bloqueada a pretensão do credor ao cumprimento natural da prestação devida. A impossibilidade inibe a execução específica da prestação (...)”.⁴²

Tal impossibilidade de entregar créditos que não mais existem é espécie de impossibilidade absoluta. Efetivamente, ela impede, a um só tempo, tanto STU (única devedora nos termos do MoU PQR) como ABC (que, ante o princípio da relatividade dos pactos, não está vinculada nem obrigada ao cumprimento do MoU PQR), ou qualquer outra pessoa, de proceder à cessão.

No que diz respeito à STU, há um óbice adicional que impede PQR de perseguir a execução específica da obrigação de cessão. No momento do ajuizamento da Ação Judicial, o titular do Crédito CCI não era STU, mas ABC. Isso quer dizer que falta à STU legitimidade para dispor eficazmente sobre tais créditos e que qualquer ato de disposição configuraria alienação *a non domino*.

Diga-se mais. STU não só não era titular do Crédito CCI como, diante da celebração do Acordo, tampouco é possível exigir (por argumentar) que STU os adquira de ABC para, então, cedê-los à PQR.

A execução específica do MoU PQR frente à STU é impossível porque levaria à celebração de contrato definitivo ineficaz – incapaz de conter acordo de transmissão que pudesse levar PQR a adquirir os créditos respectivos. É o que reconhece a doutrina especializada:

A execução específica restará afastada também em situações nas quais, por determinado motivo, o negócio prometido não pode produzir os efeitos esperados. Pense-se, por exemplo, no contrato preliminar de compra e venda de coisa alheia. Se o promitente-vendedor não lograr obter a propriedade do bem, a compra e venda prometida restará frustrada, pois o efeito desejado pelas partes – transferência da propriedade para o promitente-comprador – não poderá ser alcançado. O juiz não poderá suprir a manifestação de vontade do terceiro – proprietário do bem –, caso este não concorde em transferir o seu direito. De tal forma, caberá ao promitente-comprador apenas requerer o ressarcimento pelas perdas e danos correspondentes, uma vez que a execução específica não se afigura viável na hipótese.⁴³

⁴² PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 258.

⁴³ BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipelago Editorial, 2017, p. 201.

A impossibilidade de cumprimento *in natura*, no entanto, não atinge apenas a primeira obrigação. Com efeito, a obrigação de constituição de sociedade, que é a ela intimamente vinculada, também não é possível.

IV.2. A obrigação de constituir sociedade não pode ser exigida *in natura*

Ainda que fosse possível o cumprimento da obrigação de cessão de 50% do Crédito CCI à PQR, a inviabilidade de cumprimento específico do MoU PQR permaneceria quanto à segunda obrigação, qual seja, a obrigação de constituição da SPE para exploração conjunta dos Créditos CCI.

A obrigação de constituir sociedade é obrigação de fazer especialíssima, porquanto o seu cumprimento tem o condão de criar novo vínculo jurídico entre as Partes, agora de cunho societário. Com efeito, caso deferido o cumprimento da obrigação *in natura*, PQR, STU e ABC (que nem mesmo é Parte do MoU PQR) passariam a ser sócias de sociedade de propósito específico para gestão conjunta de créditos.

Como já se pode ter presente pelos atos e pelas manifestações havidos na Ação Judicial, tais sociedades não possuem entre si fim comum, isto é, predisposição de assumirem riscos em conjunto no exercício da empresa – registra-se que, contemporaneamente, a noção de *fim comum* vem sendo gradativamente utilizada em lugar da ideia de *affectio societatis*, embora esta expressão ainda ecoe na doutrina⁴⁴ e na jurisprudência; seja como for, fato é que, no caso em análise, a adoção de qualquer das duas noções nos leva ao mesmo resultado.

A inviabilidade de cumprimento específico em circunstâncias tais em que falte a possibilidade de cumprimento conjunto do fim social já foi analisada pelo E. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp n. 1.192.726/SC,⁴⁵ concluiu que a falta do que ali se chamou de *affectio societatis* era impedimento ao cumprimento específico de obrigação de cessão de quotas.

Dada a similaridade dos fatos ali debatidos com o presente, convém apresentar o panorama fático em que proferida a decisão.

⁴⁴ Rubens Requião considera a *affectio societatis* o elemento intencional ou subjetivo do contrato de constituição de sociedade: “O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos”. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. vol. I. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 411).

⁴⁵ STJ. 3ª Turma, REsp n. 1.192.726/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 17.03.2015.

Naquele caso, discutia-se também um contrato preliminar, no qual se estabelecera a obrigação dos autores de aumentar o capital social de determinada sociedade empresarial para posterior cessão à ré, em contrapartida ao preço, para que a sociedade pudesse participar de determinado processo de licitação. Os autores pediram indenização por danos, alegando inadimplemento da ré; esta, por sua vez, apresentou pedido reconvenicional de cumprimento da obrigação contratual de formalização da alteração do contrato social. Pretendia, pois, o cumprimento do contrato preliminar, sustentando que este lhe assegurava o cumprimento da obrigação de fazer prevista no contrato.

Ao julgar o pedido, a Terceira Turma do STJ decidiu, por unanimidade, ser impossível o cumprimento específico da obrigação, por faltar às partes *affectio societatis*. Nos termos da decisão “(...) a intenção de se associar, consolidada com a assinatura do contrato preliminar em discussão, esvaiu-se ‘por conta de grave desentendimento gerado’”, situação que as levou a juízo.

Na esteira do raciocínio seguido pelo STJ neste mesmo julgado, em contrato preliminar para ingresso em quadro societário, “a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social”.

Não há como ignorar que, no caso em tela, também há grave desentendimento entre as Partes que coloca em risco a possibilidade de sociedade em conjunto e impede a instituição adjudicada de um vínculo societário.

Em julgamento anterior àquele antes referido, a Corte também já se havia do conceito de *affectio societatis*, cuja ausência foi tida como impedimento da consecução do fim da sociedade:

a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, 'b', da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.⁴⁶

⁴⁶ STJ, 2ª Seção, EREsp n. 111.294/PR, Rel. Min. Castro Filho, j. 28.06.2006.

Ainda de acordo com o STJ, a dissolução de sociedade pode ser solicitada por qualquer um dos sócios quando inexequível o seu fim social, na medida em que se reconhece, textualmente, ser “impossível a regular manutenção da atividade empresarial quando há ruptura do ânimo societário”.⁴⁷ Do corpo desta decisão, referência é feita a outro aresto da Corte, do qual se lê que “a jurisprudência do STJ reconheceu a possibilidade jurídica da dissolução parcial de sociedade anônima fechada, em que prepondere o liame subjetivo entre os sócios, ao fundamento de quebra da *affectio societatis*”.⁴⁸

E, para que não paire dúvidas sobre a atualidade do entendimento, veja-se que, em decisão contemporânea a este parecer, datada de novembro de 2023, o excerto da decisão antes citada foi reproduzido como razão de decidir: “no que concerne à possibilidade de dissolução parcial da sociedade, percebe-se que o aresto recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte Superior, que reconhece ‘a possibilidade jurídica da dissolução parcial de sociedade anônima fechada, em que prepondere o liame subjetivo entre os sócios, ao fundamento de quebra da *affectio societatis*’ (REsp 1.400.264/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe de 30/10/2017)”.⁴⁹

Nos termos da legislação atual, a situação enquadra-se na inexecuibilidade do fim social, o que, à luz do quanto dispõe o art. 1.394, inciso II, do Código Civil,⁵⁰ autoriza o pedido de dissolução da sociedade.

No caso em tela, a inviabilidade de sociedade em conjunto entre PQR e STU é ainda mais evidenciada quando se observam as regras do MoU PQR para a sua constituição. Com efeito, PQR e STU teriam, cada qual, 50% de participação na SPE a ser criada; cada qual teria também 50% dos votos para gestão dos ativos gerados pelo Crédito CCI. As decisões sobre a gestão da sociedade seriam, ademais, feitas por unanimidade.

O empate, levando à situação de impasse,⁵¹ seria inevitável e a sociedade fatalmente seria inadministrável.

⁴⁷ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.192.726/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 17.03.2015.

⁴⁸ STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.128.431/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.10.2011.

⁴⁹ STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp n. 2.359.352/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.11.2023.

⁵⁰ Art. 1.034, Código Civil. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: (...) II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecuibilidade.

⁵¹ “Haverá impasse quando não se consiga aprovar determinada matéria em decorrência de manifestação de votos em sentidos diversos, que impossibilite a obtenção do quórum mínimo majoritário para a tomada de determinada deliberação colegial”. (FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução do impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 79).

Não é preciso dizer mais para concluir pela inexecutabilidade do fim social em tais circunstâncias, dada a alta litigiosidade entre as Partes. No que toca especificamente ao MoU PQR, em razão das cláusulas nele ajustadas para gestão e administração da sociedade em conjunto, o cumprimento específico da obrigação de constituição de sociedade levaria à criação de uma sociedade *natimorta*.

Uma vez exercido o direito à dissolução da sociedade, seja ele acolhido integral ou parcialmente, haveria extinção da sociedade ato contínuo à sua formação e a controvérsia entre PQR, STU e ABC (por argumentar) seria solucionada *in pecunia*.

Fazemos nova referência à doutrina de Menezes Cordeiro quando afirma que o cumprimento específico da obrigação de contratar decorrente de contrato preliminar pode ser excluído em razão da natureza da obrigação a ser construída com o cumprimento. O jurista exemplifica a afirmação com aqueles contratos que são revogáveis por natureza, como o mandato: “nestas circunstâncias, não faz sentido uma execução específica da correspondente promessa: ela iria cessar por vontade do réu, logo que decretada”.⁵²

No caso em tela, embora seja verdade que não se está no âmbito da pura revogabilidade, a construção jurisprudencial do Direito brasileiro demonstra que, caso constituída sociedade de propósito específico dividida de forma equânime entre sócios que não possuem afinidade entre si, qualquer um deles poderia exigir, ato contínuo, a sua dissolução.

É o que nos leva a concluir que o cumprimento específico da obrigação de constituição de sociedade de propósito específico também se mostra, *in concreto*, impossível.

IV.3. A eficiência de tutela pecuniária

O afastamento da tutela de cumprimento específico não significa que – na improvável hipótese de se reconhecer a exigibilidade das obrigações do MoU PQR e seu posterior descumprimento por STU ou por ABC – não haja remédio jurídico que possa ser conferido em favor de PQR.

⁵² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. vol. II. t. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 427.

Com efeito, afastado o cumprimento específico, permanece possível a tutela indenizatória ou pecuniária.

Tal tutela mostra-se plenamente cabível e satisfatória ao caso em tela. A uma, porque as obrigações (aleadamente) descumpridas são obrigações voltadas à gestão de ativos financeiros que, ao fim e ao cabo, confeririam às partes resultados pecuniários; a duas, porque a liquidação do *quantum* indenizatório não trará maiores dificuldades, especialmente porque as operações com o Crédito CCI, que culminaram com a sua extinção, são quantificáveis em pecúnia

Na operação de quantificação de eventual dano, deve-se considerar, de um lado, que PQR pagaria R\$ 7.000.000,00 por 50% do Crédito CCI e, de outro, que a gestão conjunta não seria isenta de custos, tais como aqueles próprios à constituição da sociedade de propósito específico e sua manutenção. Despesas, incluindo taxas e impostos, da atividade deverão ser levadas em consideração.

Se tudo o que foi dito já bastaria para demonstrar a inexistência do alegado direito de PQR, a primazia *in concreto* da tutela indenizatória é também reforçada pela posição jurídica da Associação que, terceira que é em relação à Ação Judicial, ao MoU VXY e ao MoU PQR, não pode ter sua esfera jurídica atingida pelos fatos praticados por terceiros e ali discutidos.

V. Terceira parte: a esfera jurídica da Associação deve ser preservada

Por derradeiro, os fatos narrados colocam em evidência que a esfera jurídica da Associação, que não é parte da Ação Judicial ou de quaisquer dos MoU (PQR e VXY), deve ser preservada.

A Associação, como visto, jamais negociou o Crédito CCI e nunca foi dele titular. O objeto da Compra e Venda por ela celebrada com ABC objetivou a transferência da propriedade sobre os Imóveis, ao tempo que o Crédito CCI nem mais existia. Ou seja, a Associação adquiriu frações ideais de Imóveis, quando estes já estavam desvinculados da garantia oriunda dos Crédito CCI e consolidados por ABC.

A cadeia de titularidade do Crédito CCI, averbada na matrícula dos Imóveis e a existência de Acordo com homologação judicial, por sua vez, corroboravam, à época da Compra e

Venda, a legitimidade da Dação em Pagamento, título aquisitivo que conferiu o direito à vendedora ABC de alienar os Imóveis a quem lhe conviesse.

Como informa a Associação, a aquisição dos Imóveis se deu para que a obra do empreendimento fosse, enfim, finalizada. Uma das associadas fundadoras dessa Associação é a GHI, adquirente afetada pelo abandono das obras em 2014.

Diferentemente da disputa havida na Ação PQR, que tem conteúdo meramente especulativo e que, se acolhida, manteria a situação de indefinição da construção nos Imóveis, a Associação não disputa créditos, mas seu direito a receber as frações ideais para a conclusão do Empreendimento.

Sem sombra de dúvidas, trata-se de sociedade terceira em relação ao MoU PQR e em relação à Ação Judicial, sendo igualmente terceira a qualquer das relações jurídicas neles discutidas (notadamente, ao MoU VXY, à cessão do Crédito CCI entre MNO e ABC, ao Acordo e à Dação em Pagamento).

Sendo terceira, não se pode exigir que a Associação respeite a existência do alegado (mas, inexistente) direito de crédito da PQR, simplesmente porque este (se existente) seria a ela inoponível.

A oponibilidade é, de acordo com Roberta Mauro Medina Maia, “uma manifestação de eficácia do direito subjetivo em relação aos outros”⁵³. Opor o direito é afirmá-lo perante terceiros, é poder exigir que terceiros o respeitem. Como se sabe, os direitos reais são dotados de oponibilidade *erga omnes*, decorrente dos mecanismos de publicidade que lhes são inerentes: os atos da posse no que tange aos bens móveis, e o registro obrigatório, aos imóveis.

Os direitos de crédito, a seu turno, são inoponíveis a terceiros. Como explica Luigi Cariota Ferrara “há inoponibilidade do negócio quando ele não tem valor contra terceiros, como se, em relação a eles, não houvesse negócio; sua situação jurídica de forma alguma é influenciada pelo negócio”.⁵⁴

⁵³ MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.163.

⁵⁴ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 393, tradução livre.

Excepcionalmente, os direitos de crédito poderão ser oponíveis. Para tanto, mister a comprovação de que o terceiro tinha ciência da existência e do efetivo conteúdo do contrato, isto é, dos exatos contornos do direito de crédito.⁵⁵

A ciência do terceiro poderá ser *reputada* ou *efetiva*.

Será *reputada* quando a própria lei exigir o registro público como mecanismo de publicidade, hipótese em que a mera disponibilidade das informações ao público gera presunção de conhecimento acerca dos fatos, atos ou situações jurídicas reveladas pelo sistema registral.

Em contrapartida, a ciência deverá ser *efetiva*, isto é, efetivamente comprovada pelo titular do direito que se pretende opor a terceiro, quando a lei não impuser o registro obrigatório, mas for adotado algum mecanismo de publicidade. Nesses casos, atribui-se “ao titular do direito oposto o ônus de provar que, em virtude do contato com informações de qualquer modo obtidas, o terceiro sabia da existência do direito que se dispôs a violar”.⁵⁶

No caso em análise, o art. 463, parágrafo único, do Código Civil estabelece que “[o] contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente”. O registro do contrato preliminar não é requisito de validade, mas fator de eficácia perante terceiros.⁵⁷ Significa dizer que, registrado o contrato preliminar, a ciência de terceiros acerca da sua existência e do seu conteúdo é reputada, presumida.

Não se tem notícia de que o MoU PQR tenha sido levado a registro em cartório de títulos e documentos, razão pela qual eventual direito de crédito dos seus signatários é presumidamente inoponível a terceiros.

Tampouco se tem notícias de que a existência da Ação Judicial tenha sido averbada nas matrículas do Imóveis, o que, à luz do princípio da concentração dos atos da matrícula,

⁵⁵ MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.191.

⁵⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria geral dos direitos reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212.

⁵⁷ “Quanto à exigência de registro público, a regra do parágrafo único do art. 463 traz alguma dificuldade interpretativa, pois parece à primeira vista exigir o registro para a validade do contrato preliminar. Essa não é, no entanto, a melhor interpretação desta norma. O registro é exigido para que o contrato tenha efeitos em relação a terceiros. Entre as partes o contrato preliminar pode ser executado mesmo sem o registro prévio. O registro deve ser feito segundo a natureza do objeto. No caso de bens móveis, no Registro de Títulos e Documentos; no de bens imóveis, no Registro de Imóveis onde estiverem localizados”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. III. 21^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 79).

fundado no art. 54 da Lei 13.097/2015,⁵⁸ reforça que a Associação é terceira de boa-fé, cuja esfera jurídica deva ser protegida.

Mas, ainda que assim não fosse, a verdade é que, mesmo que a Associação tivesse tido conhecimento do MoU PQR ou da Ação Judicial, os fatos lá discutidos não alteram o seu direito a obter a transferência dos Imóveis. A conclusão se justifica por tudo o que foi acima exposto a propósito da impossibilidade de cumprimento específico da obrigação.

VI. Resposta aos quesitos

À luz do exposto, passamos a responder aos quesitos que nos foram endereçados:

Primeiro Quesito: Quais as obrigações ajustadas no MoU PQR e a quem elas vinculam?

O MoU PQR é contrato preliminar pelo qual as partes signatárias, PQR e STU, ajustaram duas obrigações de fazer principais, ou seja, obrigações de concluir dois contratos subsequentes: em primeiro lugar, contrato de cessão de 50% do Crédito CCI, pelo qual STU cederia a PQR tal parcela do crédito mediante o pagamento de R\$ 7.000.000,00 por PQR (“primeira obrigação”) e, em segundo lugar, contrato de constituição de sociedade de propósito específico, cujo capital social seria integralizado com tais direitos (“segunda obrigação”). As duas obrigações estavam sujeitas a condições suspensivas.

Segundo Quesito: As obrigações ajustadas no MoU PQR eram exigíveis desde a sua celebração?

Não. As duas obrigações principais decorrentes do MoU PQR estavam sujeitas a condições suspensivas. A primeira destas condições textualmente referida por PQR e STU, signatárias do documento, como “condição precedente” consistia na prévia aquisição do Crédito CCI por MNO. A segunda delas consistia na cessão do Crédito CCI por MNO a STU. Somente se e quando implementadas ambas as condições é que as obrigações contratuais de prestar declaração seriam exigíveis por PQR frente à STU.

⁵⁸ Art. 54, Lei 13.097/2015. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (...). § 1º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Terceiro Quesito: É correto afirmar que, em razão do MoU PQR, PQR tornou-se titular do Crédito CCI?

Não. O MoU PQR estabeleceu a obrigação de STU de transferir 50% da titularidade do Crédito CCI para PQR desde que MNO adquirisse a sua titularidade e a cedesse para STU (condições suspensivas). À época da celebração do MoU PQR, MNO sequer era titular do Crédito CCI, que era ainda detido por Fundação. PQR somente se tornaria titular do Crédito CCI com o cumprimento da primeira obrigação pactuada, notadamente, com a cessão de parte do Crédito CCI de STU para PQR, o que não ocorreu, uma vez que VXY licitamente cedeu o Crédito CCI à ABC.

Quarto Quesito: É correto afirmar que ABC está vinculada e obrigada ao MoU PQR?

Não. O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos determina que a relação negocial só produz efeitos entre aqueles que, através de sua livre manifestação de vontade, concordam em se submeter ao conteúdo avençado. Como ABC não celebrou o MoU PQR, não está vinculada às obrigações nele estabelecidas. O fato de STU e ABC pertencerem ao mesmo grupo econômico não é suficiente para superar o fato de que se trata de duas entidades jurídicas distintas. Nos termos do MoU PQR, ademais, qualquer alteração em seus termos deveria se dar por documento assinado por todas as Partes. ABC jamais assinou documento pelo qual tenha anuído com os termos do MoU PQR.

Quinto Quesito: As obrigações ajustadas no MoU PQR tornaram-se exigíveis?

Não. Embora a primeira condição ajustada tenha sido implementada - pois houve a aquisição do Crédito CCI por MNO, fato confirmado pela matrícula dos Imóveis -, a segunda condição, de cessão do Crédito CCI por MNO à STU, contudo, não foi implementada. Conforme demonstra a matrícula dos Imóveis, MNO cedeu a integralidade do Crédito CCI à ABC e não à STU. ABC, por sua vez, não é parte contratante. Isso quer dizer que não houve implemento da segunda condição suspensiva, o que, nos termos do art. 125 do Código Civil, afasta a exigibilidade do direito de PQR.

Sexto Quesito: Quais os efeitos da celebração do Acordo, homologado judicialmente, em relação ao Crédito CCI?

O Acordo celebrado entre ABC, JKL, DEF e outros, devidamente homologado judicialmente, extinguiu o Crédito CCI. Por força do acordo, as partes signatárias passaram a se submeter a uma nova relação jurídica, pela qual a devedora fiduciária assumiu a obrigação de transferir para ABC os direitos eventuais sobre os Imóveis decorrentes do contrato de alienação fiduciária em garantia como forma de consolidar a propriedade dos Imóveis na esfera jurídica da ABC.

Sétimo Quesito: Qual a função desempenhada, no caso em tela, pela Dação em Pagamento?

A Dação em Pagamento foi celebrada entre DEF e ABC com a finalidade de dar cumprimento às obrigações derivadas da transação homologada judicialmente, nos termos do art. 26, §8º, da Lei 9.514/1997 (alienação fiduciária). Referido dispositivo dispõe que a consolidação da propriedade na esfera jurídica do credor fiduciário (*in casu*, a ABC) pode ocorrer extrajudicialmente, dispensadas a formalidades de execução extrajudicial, por renúncia e dação do devedor fiduciário (*in casu*, DEF) de seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida. Por isso, a escritura pública de Dação em Pagamento consiste no título de aquisição da propriedade dos Imóveis pela ABC.

Oitavo Quesito: PQR tem direito à execução específica das obrigações ajustadas no MoU PQR em face de STU ou de ABC?

Não. Em primeiro lugar, porque não houve implemento da condição suspensiva que permitiria a exigibilidade do direito por PQR. Em segundo lugar, ainda que superada a ausência de implemento da condição, porque há dupla impossibilidade de cumprimento específico das obrigações ajustadas. No que tange à primeira obrigação, de cessão de 50% Crédito CCI, a celebração do Acordo e a sua homologação judicial levaram à extinção do Crédito CCI. Trata-se de situação que configura o perecimento do objeto e leva à impossibilidade de cumprimento específico, nos termos do art. 234 do Código Civil. No que tange à segunda obrigação, de constituição de sociedade de propósito específico, há impossibilidade porque não se mostra viável o exercício de atividade empresarial em conjunto por PQR, STU ou ABC, cujo fim social seria inexecutável.

Nono Quesito: Caso configurado inadimplemento das obrigações do MoU PQR, PQR possui direito a tutela jurídica?

Sim. O afastamento da tutela específica ou *in natura* não impede que eventual inadimplemento por STU seja remediado. Ainda que superados os obstáculos até

agora descritos, caso confirmada a existência de inadimplemento do MoU PQR, PQR teria direito à tutela indenizatória frente a STU. No caso em tela, entendemos que a tutela pecuniária se mostraria, além de tudo, a tutela mais eficiente e que deveria ser prestigiada, uma vez que o valor do Crédito já se encontra quantificado.

Décimo Quesito: Em qualquer caso, o MoU PQR é oponível à Associação?

Não. Para que o MoU PQR fosse oponível à Associação, PQR deveria ter adotado algum mecanismo de publicização do seu conteúdo em relação à Associação, o que nunca ocorreu: o MoU não foi registrado em cartório de títulos e documentos, não foi averbado junto à matrícula dos Imóveis e tampouco a Associação foi diretamente notificada da sua existência e do seu conteúdo antes de celebrar a escritura de compra e venda das frações ideais.

Décimo Primeiro Quesito: A Associação pode ser considerada terceiro adquirente de boa-fé e tem direito ao registro da Compra e Venda?

Sim. A Associação não é parte do MoU PQR, não é parte da Ação Judicial nem de qualquer dos negócios jurídicos nela discutidos, e não houve tomada de providências para que lhe fosse dado conhecimento dos fatos discutidos na Ação Judicial ou referidos no MoU PQR. Fato é, no entanto, que ainda que a Associação deles tivesse conhecimento, o direito à execução específica alegado por PQR não pode ser acolhido. Eventual tutela indenizatória, se cabível, porém, não afasta a validade e eficácia da Compra e Venda, que deverá ser levada a registro.

É o parecer.

Rio de Janeiro e São Paulo, 11 de dezembro de 2023.

Como citar:

TERRA, Aline de Miranda Valverde; STEINER, Renata C. Direito imobiliário: inexigibilidade, impossibilidade e inoponibilidade a terceiros de MoU para venda de créditos imobiliários e constituição de sociedade. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.

