



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1958062 - RJ (2021/0280895-6)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : JOAO FORTES ENGENHARIA S A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADOS : FÁBIO DE OLIVEIRA AZEVEDO - RJ098915
RONAN LUIZ BRAGANÇA DE SOUZA - RJ144994
RECORRIDO : BANCO BRADESCO S/A
ADVOGADOS : GISALDO DO NASCIMENTO PEREIRA - DF008971
ALFREDO ZUCCA NETO - SP154694
BRUNO DELGADO CHIARADIA - SP177650
MILENA GROSSI DOS SANTOS MEYKNECHT - SP292635
FERNANDA CRISTINA ROSSETO BORELLI - SP329984
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 3 LTDA
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 5 LTDA
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 6 LTDA
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 7 LTDA
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 8 LTDA
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 10 LTDA
INTERES. : INCORPORADORA PINHEIRO PEREIRA 12 LTDA
INTERES. : INPAR EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO VIVE LA VIE SPE 34
LTDA
INTERES. : IPP RESIDENCIAL ILE SAINT LOUIS EMPREENDIMENTO
IMOBILIARIO LTDA
INTERES. : IPP RESIDENCIAL KANDINSKY EMPREENDIMENTOS
IMOBILIÁRIOS LTDA
INTERES. : ALFA PORT EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
INTERES. : JFE 2 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 5 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 6 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 7 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
INTERES. : JFE 8 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE9 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE10 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 11 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 12 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 16 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : CHARITAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A
INTERES. : JFE 32 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 34 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA
INTERES. : JFE 35 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
INTERES. : JFE 36 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA
INTERES. : JFE 42 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE SA
INTERES. : JFE 43 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA
INTERES. : JFE 45 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA
INTERES. : JFE 46 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 49 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

INTERES. : CINCO DE JULHO INCORPORACOES SPE LTDA

INTERES. : JFE 50 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 53 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 54 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 55 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 60 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 67 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 68 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 70 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 71 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 73 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : CNR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

INTERES. : JFE 74 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE 76 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE PEI 61 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : JFE ROSÁRIO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA

INTERES. : JOAO FORTES CONSTRUTORA LTDA

INTERES. : LB10 INVESTIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : LB 12 - INVESTIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : MNR 3 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : MNR 7 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA

INTERES. : NS EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO NOROESTE I SPE S.A

INTERES. : CONTEMPORANIUM EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO SPE LTDA

INTERES. : SPE AMERICAS PROJETO 02 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ANDORINHA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ARARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : SPE CEILANDIA BSB EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

INTERES. : COSTABELLA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

INTERES. : FRANK EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS E PARTICIPACOES LTDA

INTERES. : JFE 18 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : HOUSE VENDAS LTDA

ADVOGADOS : MARCELO LAMEGO CARPENTER FERREIRA - RJ092518
ERIC CERANTE PESTRE - RJ103840
FÁBIO DE OLIVEIRA AZEVEDO - RJ098915

INTERES. : PRESERVAR ADMINISTRACAO JUDICIAL, PERICIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA

ADVOGADOS : GUSTAVO GOMES SILVEIRA - RJ089390
ARMANDO ROBERTO REVOREDO VICENTINO - RJ155588
ALEXSANDRO CRUZ DE OLIVEIRA - RJ161886
MICHELLE FIUZA DA SILVA LIMA MUSSER - RJ159319

INTERES. : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS : PATRICIA YAMASAKI - PR034143
LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S) - DF038828
WAMBIER YAMASAKI BEVERVANCO LIMA & LOBO ADVOGADOS - PR002049

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INCOMPATIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a recuperação judicial é compatível com as sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação, que atuam na atividade de incorporação imobiliária.

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, em que os créditos oriundos dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, assim como as obrigações vinculadas à atividade de construção e entrega dos referidos imóveis, são insuscetíveis de novação, sendo, portanto, incompatível com o regime da recuperação judicial.

4. Para cada um dos microssistemas examinados, o legislador previu consequências distintas para a hipótese de não superação da crise econômico-financeira, a inviabilizar o entrelaçamento de institutos que, desde a sua gênese, visam proteger interesses jurídicos distintos.

5. O papel das SPEs com patrimônio de afetação na recuperação judicial do grupo econômico à qual pertencem está, de fato, restrito ao repasse de eventuais sobras após a extinção do patrimônio afetado, que voltarão a integrar o patrimônio geral da incorporadora (*holding*), e, somente a partir desse momento, poderão ser utilizadas para o pagamento de outros credores.

6. Pensar de modo diverso conduziria ao indesejável enfraquecimento dos efeitos esperados e efetivamente concretizados desde a edição da Lei n° 10.931/2004, inserida no ordenamento jurídico com vistas a conferir maior segurança, estabilidade e desenvolvimento ao ramo da incorporação imobiliária, com inegáveis benefícios para todos os envolvidos.

7. Recurso especial não provido. Agravo interno prejudicado.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO FORTES ENGENHARIA S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

"Agravo de instrumento e agravo interno. Direito empresarial. Recuperação judicial. Agravo de instrumento manejado em face de decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo João Fortes, incluídas as Sociedades de Propósito Específico (SPE's), com ou sem patrimônio de afetação, e determinou o segredo de justiça em relação aos bens dos administradores e controladores das sociedades, além das demonstrações contábeis de 2019 (art. 51, VI, LRE). Agravo interno interposto pelo administrador judicial em face da decisão que reconheceu a competência desta Câmara para processar e julgar os recursos distribuídos na recuperação judicial.

1 - Incompatibilidade entre o regime de recuperação judicial e as SPE's com patrimônio de afetação.

2 - O patrimônio de afetação possui autonomia e autossuficiência em relação ao patrimônio do incorporador, não respondendo pelas dívidas estranhas à consecução da incorporação. Tem a finalidade maior de proteger os interesses dos adquirentes de imóveis em caso de insolvência do

incorporador, salvaguardando os investimentos realizados.

3 - Confirmação da decisão agravada na parte que determinou o sigilo da relação de bens dos administradores e controladores das Recuperandas (art. 51, VI, Lei 11.101/05) e as demonstrações contábeis relativas ao exercício de 2019, pois não resulta em ocultação de informações, mas em solução adequada para evitar o acesso indiscriminado de terceiros a dados pessoais dos sócios e das Recuperandas, atentando-se à garantia constitucional da privacidade e intimidade. Informações que poderão ser acessadas pelo Administrador Judicial, Ministério Público ou qualquer credor, mediante requerimento devidamente fundamentado ao Juízo de origem, demonstrando o interesse.

4 - Confirmação da Competência desta Sétima Câmara Cível para julgar os recursos interpostos na recuperação judicial. Requerimentos de falências anteriores, já sentenciados, que não ensejam a prevenção, notadamente considerando a impossibilidade de decretação de falência nos mesmos, em razão da existência de depósitos elisivos. Impossibilidade de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias.

5 - Parcial provimento do agravo de instrumento para excluir da recuperação judicial as Sociedades de Propósito Específico com patrimônio de afetação. Perda do objeto do agravo interno, em parte, diante do cumprimento da decisão do relator na origem, restando improcedente em relação à incompetência desta Câmara" (e-STJ fls. 1.521-1.523).

Os embargos de declaração opostos na origem foram rejeitados.

Em suas razões recursais (e-STJ fls. 1.980-2.012), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação de diversos dispositivos legais, com as respectivas teses:

a) arts. 2º e 48 da Lei nº 11.101/2005 - inexistente vedação legal à sujeição das Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com patrimônio de afetação ao procedimento de recuperação judicial;

b) arts. 31-F e 43, III, da Lei nº 4.591/1964 e art. 119, IX, da Lei nº 11.101/2005 - a partir da suposição de que não se pode decretar a falência da sociedade incorporadora, para justificar a impossibilidade de recuperação judicial do patrimônio afetado, o acórdão recorrido conferiu interpretação distorcida aos referidos dispositivos legais;

c) art. 47 da Lei nº 11.101/2005 - ao impedir que as SPEs com patrimônio de afetação se valham dos mecanismos legais para reestruturar suas dívidas e lutar pela manutenção de suas atividades, o acórdão recorrido desconsiderou o princípio da preservação da empresa;

d) art. 31-A da Lei nº 4.591/1964 - as SPEs possuem dívidas próprias, que podem ser reestruturadas por meio da recuperação judicial, ainda que se entenda pela exclusão dos patrimônios de afetação do processo, e

e) art. 1.022, II, do Código de Processo Civil de 2015 - o Tribunal de origem permaneceu omissivo quanto à necessidade de dissociação entre as sociedades incorporadoras e as parcelas dos seus patrimônios que foram afetadas na forma da Lei de Incorporações e contrariou suas próprias conclusões quando determinou a exclusão indiscriminada das SPEs com patrimônio de afetação do processo de recuperação judicial, apesar de já ter reconhecida a possibilidade de sujeição das referidas sociedades ao procedimento da Lei nº 11.101/2005.

Também apontou a existência de dissídio interpretativo com acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no qual se decidiu que é admissível a recuperação judicial de SPE com patrimônio de afetação desde que se confira incomunicabilidade e autonomia ao patrimônio afetado.

Ao final, requer o provimento do recurso especial a fim de que seja reconhecida a possibilidade de sujeição das SPEs com patrimônio de afetação ao processo de recuperação judicial.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 2.060-2.085), e admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso em parecer assim sintetizado:

"RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO, DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 489 E 1.022 DO NCPC NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO ATACADO QUE RECONHECEU QUE O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO POSSUI AUTONOMIA E AUTOSSUFICIÊNCIA, NÃO RESPONDENDO POR DÍVIDAS ESTRANHAS À CONSECUÇÃO DA INCORPORAÇÃO. FINALIDADE DE GARANTIR OS DIREITOS DOS ADQUIRENTES DE UNIDADES. ADQUIRENTES QUE NÃO FIGURAM COMO CREDORES DA RECUPERAÇÃO, NOS TERMOS DA LEI 11.101/2005. CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ACÓRDÃO EM AFASTAR AS SPE'S COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. MAIORES ANÁLISES SOBRE ALGUMA INCLUSÃO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO, APÓS IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO, QUE EXIGE O REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. PARECER PELO PARCIAL CONHECIMENTO E, NESSA PARTE, PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL" (e-STJ fl. 2.146).

Nos autos da TP nº 3.572/RJ, houve o deferimento do pedido de tutela provisória para conferir efeito suspensivo ao recurso especial, de modo a suspender os efeitos do acórdão recorrido até o julgamento definitiva da irresignação.

Posteriormente, nos termos da decisão de fls. 2.646-2.650 (e-STJ), os efeitos da referida decisão foram parcialmente revogados para impedir, até o julgamento definitivo do recurso especial, o prosseguimento da recuperação judicial apenas em relação às SPEs com patrimônio de afetação.

Contra essa decisão, as recorrentes interpuseram agravo interno (e-STJ fls. 2.656-2.673).

Em despacho proferido às fls. 4.063-4.065 (e-STJ), deferiu-se o ingresso da FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE ASSOCIAÇÕES DE BANCOS - FEBRABAN - na condição de *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O acórdão impugnado foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

A insurgência não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia a definir se as sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação que atuam na atividade de incorporação imobiliária podem se sujeitar à recuperação judicial.

1) Breve histórico

Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por BANCO BRADESCO S.A. contra decisão que, nos autos do Processo nº 0085645-87.2020.8.19.0001, em trâmite perante a Quarta Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, admitiu o processamento do pedido de recuperação judicial do GRUPO JOÃO FORTES, inclusive das Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com patrimônio de afetação dele integrantes.

Nas razões do referido agravo de instrumento, foram defendidas as seguintes teses: a) as SPEs têm prazo de duração determinado, a evidenciar a incompatibilidade com o pedido de recuperação judicial, que visa à preservação de uma atividade produtiva perene; b) as SPEs são regidas por lei especial (Lei nº 4.591/1964), incompatível com o processo de recuperação judicial; c) nem todas as SPEs do Grupo João Fortes passam por crise financeira e d) os documentos referidos no art. 51 da Lei nº 11.101/2005 são essenciais para a análise da situação de crise econômico-financeira dos devedores e da sua viabilidade econômica.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro **deu parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para excluir da recuperação judicial as SPEs com patrimônio de afetação.**

Sobreveio o presente recurso especial (REsp nº 1.958.062/RJ), valendo registrar que recursos semelhantes também foram interpostos nos autos dos agravos de instrumento interpostos por Banco Pine S.A. (REsp nº 2.011.970/RJ) e por Arábia Indústria e Comércio Ltda. (REsp nº 1.978.444/RJ), sendo todos eles apresentados a julgamento nessa mesma assentada.

2) Da negativa de prestação jurisdicional

No que tange ao art. 1.022 do CPC/2015, não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento acerca de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que o Tribunal de origem enfrentou todas as matérias postas em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, concluindo que as SPEs com patrimônio de afetação não se sujeitam ao regime de recuperação judicial.

Frisa-se que, mesmo à luz do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas a respeito daqueles capazes de, em tese, de algum

modo, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador (inciso IV).

Não se pode confundir, portanto, negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação com decisão contrária aos interesses da parte.

3) Da incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária caracteriza-se pela venda de coisa futura, consubstanciada em unidades imobiliárias a serem construídas ou em construção. Sob essa perspectiva, a realização do empreendimento depende da captação de poupança popular. Assim, eventuais atrasos ou insolvência do incorporador expõem os adquirentes a forte risco, inclusive o de perder todas as economias investidas no projeto.

Explica Melhim Namem Chalhub:

*"(...)
Sob qualquer das formas de que se revista (promessa de compra e venda de unidade como coisa futura, promessa de venda de fração do terreno conjugada com contrato de construção etc.), o contrato de incorporação caracteriza-se pela venda de coisa futura, unidades imobiliárias em construção, com pagamento antecipado de parte do preço de aquisição. Dada essa configuração, a atividade da incorporação envolve os riscos próprios da atividade construtiva e importa em captação de recursos do público e envolve interesse da economia popular. Nesse contexto, os adquirentes, em regra, encontram-se em posição de desvantagem técnica e econômica em face da empresa incorporadora". (Incorporação Imobiliária. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book, item 3.2)*

Entre os mecanismos estruturados para proteger os adquirentes está a sociedade de propósito específico (SPE), que é uma pessoa jurídica constituída com a finalidade única de executar um determinado projeto. O seu objeto social está limitado a esse fim, que não pode ser alterado, devendo assumir uma das formas de sociedade previstas no ordenamento jurídico.

No setor imobiliário, sua utilização deu origem aos grupos empresariais de incorporação imobiliária, nos quais a controladora (*holding*) normalmente cria sociedades de propósito específico para cada empreendimento que irá administrar, trazendo maior organização para o setor, conforme esclarece Renan Tadeu de Souza Soares:

*"(...)
Nos grupos empresariais de incorporação imobiliária é possível observar uma estrutura em que o incorporador imobiliário (na maioria dos casos constituído sob a forma de sociedade anônima) figura como controlador de diversas sociedades de propósito específico, as quais apresentam como finalidade a construção do empreendimento imobiliário, por tempo determinado. Com o atingimento da finalidade e o advento do prazo, inexistindo alteração contratual a alterar a vigência primitivamente pactuada, a sociedade de propósito específico se encerra, dando lugar a outras sociedades de mesmo formato, para a construção de outros empreendimentos.*

Nessa lógica, cada empreendimento passou a funcionar como um projeto específico do incorporador controlador. O sucesso de seu projeto implica construção do empreendimento imobiliário, com a entrega das unidades aos adquirentes, pagamento de dívidas perante seus credores e distribuição de resultados ao incorporador controlador, no patamar inicialmente planejado ou superior". (Patrimônio de Afetação em

Recuperação Judicial e Falência do Incorporador Imobiliário. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito)

Apesar da maior organização dada pelas SPEs ao setor imobiliário, o caso Encol demonstrou que os mecanismos até então adotados eram insuficientes para trazer segurança aos adquirentes. De fato, as incorporadoras financiavam as construções, dando o terreno e o prédio a ser edificado como garantia. No entanto, em vez de utilizar os valores obtidos com o financiamento na construção daquela edificação, as quantias eram utilizadas para o pagamento de outros débitos, prática que acabava levando o grupo à falência.

É nesse cenário que foi editada a MP nº 2.221/2001, que adotou parte do anteprojeto proposto pelo Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, prevendo a segregação patrimonial como forma de trazer mais segurança aos adquirentes de imóveis.

No entanto, por conter algumas disposições incompatíveis com a finalidade inicial de proteção aos adquirentes de imóveis, a medida provisória acabou revogada pela Lei nº 10.931/2004, que acrescentou os arts. 31-A a 31-F à Lei nº 4.591/1964, introduzindo a figura do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária.

A afetação patrimonial implica a separação de uma parte do patrimônio geral do incorporador, que ficará vinculada a um empreendimento específico, a partir da averbação de um termo de afetação no Registro de Imóveis.

O memorial de incorporação, previsto no art. 32 da Lei nº 4.591/1964, documento que contém cópia do projeto de construção, descrição da futura edificação, das unidades imobiliárias autônomas, das frações do terreno que irão se vincular às unidades imobiliárias, além de trazer o orçamento, composto pelo custo total da obra e de cada unidade, de certa forma já é a base para a constituição do patrimônio de afetação.

Além disso, cada empreendimento possui receita própria, proveniente da alienação das unidades imobiliárias ou de financiamento específico, conferindo-lhe independência e autossustentação, características que se amoldam perfeitamente à estrutura do patrimônio em separado.

Acerca do tema, vale transcrever a doutrina de Thiago Ferreira Cardoso Neves:

"(...)
Em outras palavras, o patrimônio de afetação tem um regime de responsabilidade próprio, só respondendo os bens que o compõem pelas obrigações que deram origem à afetação, não respondendo esses bens pelas obrigações gerais do seu titular, às quais incumbirá ao patrimônio geral responder. O patrimônio de afetação, então, serve como garantia dos credores relacionados com a obrigação que deu origem à afetação." (Contratos mercantis. 2. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, págs. 23-24 - grifou-se)

Cabe ao incorporador, no caso de optar pelo regime de afetação, realizar contabilidade separada para cada empreendimento, apresentar balancetes e

demonstrativos do estado da obra à Comissão de Representantes dos adquirentes a cada 3 (três) meses, no mínimo, demonstrando a **exata correspondência entre o andamento do projeto, o prazo e os valores do patrimônio de afetação**.

Além disso, deve manter os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta para tal fim, podendo os adquirentes, ou quem eles indicarem, e as instituições financeiras ter acesso à obra, aos livros, aos contratos e à movimentação da conta, garantindo transparência e possibilidade de fiscalização.

Com a crise econômica de 2014, o mercado imobiliário sofreu forte retração, chegando ao Poder Judiciário alguns pedidos de recuperação judicial de grupos econômicos de incorporação imobiliária composto por sociedades de propósito específico, com e sem patrimônio de afetação.

Esses pedidos expuseram a insuficiência da proteção conferida aos adquirentes pelo legislador, com a segregação do patrimônio. De fato, as incorporadoras constituídas sob a forma de sociedade anônima podem se utilizar do chamado método POC (*Percentage of Completion*) para fins de contabilização das receitas provenientes das suas controladas, segundo o qual o incorporador apura os resultados de acordo com as receitas decorrentes da comercialização das unidades imobiliárias ainda em construção (ainda que não tenha recebido o valor total), o que permite que as SPEs paguem lucros e dividendos à controladora antes da conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes.

Com a inadimplência dos adquirentes e o aumento do número de distratos, as quantias anteriormente direcionadas à controladora passam a fazer falta para a conclusão da obra e o pagamento dos trabalhadores, das instituições financeiras, do fisco e dos prestadores de serviços.

Explica João de Oliveira Rodrigues Filho:

"(...)

*O grande problema da operação, nem sempre ocasionado por culpa ou dolo do incorporador, é a forma de manutenção da segregação do patrimônio no decurso da operação, haja vista **a previsão expressa da lei sobre o que se exclui da segregação e a legislação contábil vigente**.*

Isso porque a receita da venda dos imóveis pode ser reconhecida antes da entrega das unidades, de acordo com o progresso da construção, diante da característica de irretratabilidade do contrato de compra e venda da unidade, além da especificação do objeto a ser entregue e como tal procedimento ocorrerá.

(...)

Caso a apuração antecipada projete resultado superavitário, configura-se a disponibilidade contábil e societária para a distribuição, mormente nas operações do grupo societário, sendo tal operação dotada de legalidade, salvo se a incorporadora estiver sujeita a provisões em contrário advindas em tal época, tais como o adimplemento de contratos de financiamento.

No entanto, os resultados antecipados nem sempre são concretizados no momento oportuno por diversos fatores não previstos inicialmente quando da antecipação, tais como o recrudescimento do número de distratos, aumento do custo real da obra frente ao quanto estipulado no projeto, dentre outros. E não existe a obrigação de reversão dos resultados distribuídos em virtude de eventos supervenientes". (Reflexões sobre

Outros fatores também influenciam negativamente a incorporação, a exemplo da falta de melhor planejamento, com a provisão de recursos destinados ao pagamento de eventuais despesas que, na verdade, integram o risco do negócio (distratos, elevação de custos, desaquecimento do mercado etc.).

Daí resultam os pedidos de recuperação judicial.

4) Da sujeição das sociedades de propósito específico (SPEs) que atuam na atividade de incorporação imobiliária ao procedimento de recuperação judicial

A primeira questão trazida a debate refere-se à compatibilidade ou não da recuperação judicial com a atividade de incorporação imobiliária, pois a Lei nº 11.101/2005 não tratou especificamente do tema.

A atividade de incorporação imobiliária está geralmente estruturada na forma de uma *holding* que controla diversas sociedades de propósito específico (SPEs), cada uma constituída para o desenvolvimento de um empreendimento específico.

Em regra, os pedidos de recuperação judicial, como ocorre no caso concreto, são feitos pelo **grupo empresarial** e, uma vez satisfeitos os requisitos para o seu processamento, devem ser deferidos.

A Lei nº 11.101/2005 não traz expressamente, em seu art. 2º, vedação quanto à submissão de sociedades incorporadoras ao regime da recuperação judicial.

Ademais, conquanto a LREF tenha como princípio a preservação da empresa, dando a ideia de que se dirige a atividades com características duradouras, não veda a sua concessão a sociedades constituídas por prazo determinado, como é o caso das SPEs. A atividade empresarial será prestigiada enquanto perdurar, gerando empregos, beneficiando consumidores e recolhendo tributos.

É oportuno mencionar, ademais, que a atividade de incorporação se desenvolve como um todo. Finalizada uma obra, outra é iniciada, muitas vezes com os mesmos trabalhadores e fornecedores. Sob essa perspectiva, trata-se de uma atividade empresarial contínua.

Assim, **não parece haver impedimento para o pedido sob o fundamento de que as SPEs têm prazo de duração determinado e objeto específico**, conquanto se possa pensar em conferir a elas, dadas as suas peculiaridades, tratamento diferenciado quanto a alguns aspectos da Lei nº 11.101/2005, a exemplo dos requisitos previstos no art. 48: i) exercer atividade há mais de 2 (dois) anos; ii) não ser falido; iii) não ter obtido concessão de recuperação judicial nos últimos 5 (cinco) anos e iv) não ter condenação por crimes previstos na LREF.

É que, embora constituídas com personalidade jurídica distinta, patrimônio separado e escrituração contábil própria, as SPEs mantêm vínculo com o grupo empresarial ao qual pertencem, podendo, portanto, sofrer restrições ao deferimento de

eventual pedido de recuperação judicial singularmente formulado por motivos que, embora alheios à sua personalidade jurídica, seriam aplicáveis ao conglomerado econômico.

Além disso, o fato de a Lei nº 11.101/2005 não trazer vedação expressa quanto à submissão de SPEs ao regime da recuperação judicial não impede o intérprete de concluir, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, que a SPE com patrimônio de afetação não se sujeita a tal procedimento em função da disciplina legal específica a ela aplicável.

4.1) Das SPEs com patrimônio de afetação

Em sua origem, o patrimônio de afetação foi concebido visando, primordialmente, à **proteção dos adquirentes de imóveis contra eventual insolvência do incorporador**. Na criação desse microssistema objetivou-se, acima de tudo, a consecução da incorporação, com a finalização da obra e a entrega das unidades aos respectivos compradores.

Dentro desse microssistema, foi inserido um **procedimento extrajudicial de solução de crises**, como bem destacado por Melhim Namem Chalhub:

"(...)

*Nos termos em que foi concebido, o regime de afetação da incorporação imobiliária constitui importante **mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da incorporação, na medida em que, independente de intervenção judicial, possibilita aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra. Caso venha a ocorrer a falência da incorporadora, os créditos vinculados à incorporação afetada não estarão sujeitos a habilitação no Juízo da falência, devendo ser satisfeitos com as receitas da própria incorporação, cuja administração passa a ser conduzida pela comissão de representantes dos adquirentes, com autonomia em relação ao processo falimentar.**" (ob. cit., item 3.1 - grifou-se)*

A recuperação judicial, por outro lado, tem como princípio a **preservação da atividade empresarial**, sempre tendo em mira a sua inegável função social, ainda que isso possa exigir determinados sacrifícios por parte dos credores da empresa recuperanda. Na recuperação judicial, o **procedimento de superação da crise é processado perante o Estado-Juiz**, conquanto normalmente limitada a atuação do magistrado à verificação do devido cumprimento das normas legais aplicáveis.

A distinção do bem jurídico que cada um dos institutos visa tutelar e o âmbito em que se busca a solução de eventual estado de crise já são fortes indicativos da existência de incompatibilidade entre eles.

Além disso, se o plano de recuperação judicial não for aprovado ou se houver o descumprimento das obrigações nele previstas, a recuperação judicial deve ser convalidada em falência, a evidenciar, no ponto, outra incompatibilidade entre os institutos, tendo em vista que, sendo decretada a quebra da incorporadora, seus efeitos não atingem os patrimônios de afetação constituídos, cabendo aos adquirentes

optar pela continuação da obra ou pela liquidação do patrimônio de afetação, na forma do art. 31-F da Lei nº 4.591/1964.

Com efeito, a Lei de Incorporações criou um regime de incomunicabilidade do patrimônio afetado em que **os créditos oriundos dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, assim como as obrigações vinculadas à atividade de construção e entrega dos referidos imóveis são insuscetíveis de novação**, visto que é retirada da incorporadora a disponibilidade sobre o patrimônio afetado, como bem adverte Marcelo Sacramone:

"(...)

Após a instituição do patrimônio de afetação, os bens, direitos e obrigações vinculados ao empreendimento serão apartados do patrimônio do incorporador; o incorporador não poderá se utilizar para fins diversos dos recursos obtidos; os ativos só respondem por dívidas relacionadas ao empreendimento; os demonstrativos do estado da obra devem corresponder aos recursos financeiros; e qualquer alteração na obra precisa ser aprovada pela Comissão dos Representantes.

Diante desse regime especial, suprime-se a autonomia do incorporador em relação aos bens e obrigações contraídas em razão do empreendimento. A despeito de continuar na propriedade do incorporador, os referidos bens ficam vinculados ao desenvolvimento do empreendimento, de modo que a ingerência do titular é limitada para se preservar o referido patrimônio e garantir aos credores que com ele serão satisfeitos. A limitação da autonomia do incorporador, nesses termos, impede que qualquer alteração na relação jurídica envolvendo os credores seja realizada, a menos que haja anuência expressa do contratante.

A afetação do patrimônio a uma determinada atividade não apenas limita os poderes do incorporador sobre os referidos bens, como confere poderes à coletividade dos adquirentes para decidir o seu destino. Essa conferência de poderes pela Lei, entretanto, não é irrestrita para toda e qualquer deliberação.

Nos termos do art. 31-F, §§ 1º e 2º, da Lei 4.591/1964, a paralisação da obra por mais de 30 dias ou o retardo demasiado, sem motivo justificado, asseguram aos adquirentes, e apenas a esses, por maioria absoluta, o direito de prosseguirem nas obras em detrimento do incorporador, com a instituição do condomínio de construção.

A simples paralisação ou retardo, injustificados, conferem aos adquirentes esse poder de assumirem o desenvolvimento do empreendimento. Caso deliberem pela continuação da obra, os adquirentes ficarão sub-rogados nos direitos do incorporador. Ficarão, entretanto, também sub-rogados nas obrigações e encargos desse, inclusive em relação ao contrato de financiamento da obra (art. 31-F, § 11).

Assim, ainda que os demais credores não votem na Assembleia que decidirá sobre a continuação ou não do empreendimento, seus direitos são garantidos pela sub-rogação das obrigações pelos adquirentes. **Cumpra aos adquirentes o pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, do financiamento da construção e dos demais credores vinculados ao patrimônio de afetação.**

Essa sub-rogação motiva que a Assembleia dos Adquirentes possa ser convocada não só pela Comissão de Representantes, ou por um sexto dos titulares das frações ideais. Poderá também ser convocada de ofício pelo Juiz ou pela própria instituição financiadora do empreendimento.

Na Assembleia Geral, os adquirentes deliberarão pela continuidade do empreendimento, sobre sua responsabilidade, ou pela liquidação do patrimônio de afetação. Nessa última hipótese, continua evidente o poder dos adquirentes em detrimento da autonomia do próprio incorporador. A própria Comissão de Representantes promoverá a alienação extrajudicial do terreno e acessões, além de transmitir a posse e propriedade aos novos adquirentes. Deverá, ainda, com o produto dessa alienação, satisfazer as obrigações vinculadas ao empreendimento (art. 31-F, §§ 7º e 18, e art. 43, VII) e o saldo será distribuído entre os adquirentes até o valor

despendido por esses.

Não garante a Lei outra possibilidade à Assembleia Geral e nem poderia fazê-lo, sob pena de suprimirem os direitos e garantias dos demais credores. Isso porque se assegura o direito de voto na Assembleia Geral apenas aos adquirentes. Esses poderão deliberar pela continuidade do empreendimento, o que assegurará aos demais credores o direito de serem satisfeitos, na medida em que os adquirentes se sub-rogam nas obrigações do incorporador. Ou poderão deliberar pela liquidação do patrimônio de afetação, medida que também garantirá aos demais credores, os quais serão satisfeitos com o produto da alienação do terreno e acessões.

Afetado o patrimônio em razão da incorporação imobiliária, portanto, as relações jurídicas vinculadas ao empreendimento submetem-se ao regime especial não compatível com o procedimento da recuperação judicial. A autonomia do incorporador, pressuposto da propositura da novação das obrigações, é restringida em virtude da afetação.

O poder sobre o patrimônio, por seu turno, na hipótese de paralisação ou mora no desenvolvimento do empreendimento imobiliário, é atribuído à Assembleia dos adquirentes, o que não se harmoniza com os dispositivos da Lei Falimentar, que submete o plano de recuperação judicial à aprovação de todos os credores, nem pelo quórum qualificado de maioria dos presentes de cada classe como determinado no art. 45 da Lei 11.101/05.

A compatibilização entre os dois diplomas, outrossim, também não poderia ocorrer mediante a aprovação prévia da Assembleia Geral dos Adquirentes para se submeter à recuperação judicial.

Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação não garantem apenas os adquirentes, mas todos os demais credores de relações jurídicas atreladas ao desenvolvimento do empreendimento imobiliário. Como, pela Lei de Incorporação Imobiliária, a destinação desses ativos será deliberada apenas pelos compromissários compradores, esses não poderão deliberar sobre o direito de terceiros ou reduzir-lhes a garantia. Poderão, assim, apenas optar entre a continuação das obras, com a assunção de responsabilidade pelo pagamento dos demais credores, ou a liquidação do patrimônio de afetação, com a alienação dos bens para a satisfação dos credores." (Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 76, ano 20. págs. 173-193. São Paulo: RT, abr-jun. 2017 - grifou-se)

Em parecer juntado aos presentes autos (e-STJ fls. 190-214 - Apenso 1), Francisco Satiro também ressalta um outro aspecto importante, consubstanciado no fato de que os adquirentes não participariam ativamente de um eventual processo de recuperação judicial, revertendo a lógica criada pela Lei nº 10.931/2004, que os coloca à frente da própria incorporadora no momento de deliberar pela continuidade da obra ou pela liquidação do patrimônio.

Confira-se:

"(...)

47. O simples fato de que nem incorporador, nem seus credores pecuniários possuem poder para definir os destinos do patrimônio de afetação é suficiente para afastar qualquer possível legitimidade para decisão de adotar o regime da recuperação judicial — modelo de negociação exclusivo entre devedor e alguns credores pecuniários — ainda mais em conjunto com outras empresas também marcadas pela segregação de patrimônio. **Considerando-se que os adquirentes não possuem crédito submetido, nem terão voz ou participação na recuperação judicial, permitir-se um pedido de recuperação judicial da SPE com patrimônio de afetação — ainda mais em consolidação processual - é inverter completamente a lógica de proteção que os teriam levado a adquirir as unidades, aplicando um golpe fatal no regime de proteção da Lei 4.591/64. Em outras palavras, é transformar os**

adquirentes de 'condutores' a 'passageiros' do processo de solução da crise do empreendimento, em rigorosa contradição com o regime previsto para incorporação imobiliária.

48. É nesse exato sentido que há incompatibilidade lógica entre as normas da Lei 4.591/64 e a Lei 11.101/2005. Pela Lei 11.101/2005, a recuperação judicial deve possibilitar a recuperação da empresa em crise porém viável, para o que coloca devedor e credores 'em lados opostos da mesa' para negociar o melhor destino da empresa e de seu patrimônio. E dá aos credores, organizados em Assembleia e decidindo por maioria, o poder de aceitar ou não a proposta de solução feita pelo devedor através do plano. No caso do empreendimento realizado por SPE em regime de patrimônio de afetação, a lei confere não aos credores, mas aos adquirentes — também em assembleia e em regime de maioria - a prerrogativa de destinação dos bens que estão segregados como meio de garantia do imóvel adquirido. Eles podem escolher, inclusive, por terminar o empreendimento, substituindo o incorporador. E em caso de conflito de normas, o princípio da especialidade determina que prevalece a especial (incorporação de imóveis) sobre a geral (recuperação judicial)."

A partir desses entendimentos, em que são destacadas a falta de autonomia do incorporador, a indisponibilidade do patrimônio afetado e a impossibilidade de inversão da lógica pretendida com a edição da Lei nº 10.931/2004, exsurge, de fato, a incompatibilidade do patrimônio de afetação com o procedimento de recuperação judicial, não se mostrando suficiente para contornar tal incongruência a segregação dos patrimônios afetados, tampouco a apresentação de listas de credores individuais de cada um deles, visto que o plano eventualmente apresentado não poderia prever nenhuma forma de novação que pudesse atingir, ainda que indiretamente, o patrimônio afetado e o fim a que ele se destina.

A incomunicabilidade resultante da afetação patrimonial impede que ao conjunto de ativos e passivos vinculados à consecução de uma finalidade específica seja dada destinação diversa daquela inicialmente prevista, que é assegurar a construção das unidades imobiliárias e entregá-las aos respectivos adquirentes, **livres e desembaraçadas de qualquer ônus.**

Em determinado trecho das razões recursais, as recorrentes defendem que, na hipótese de não aprovação do plano, poderiam os adquirentes do respectivo empreendimento tomar as medidas previstas na legislação específica, isto é, decretada a falência da SPE, poderiam reunir-se em assembleia e decidir pela continuidade da obra ou pela liquidação do patrimônio afetado, exatamente na forma do art. 31-F da Lei nº 4.591/1964.

É preciso perceber, no entanto, que, para cada um dos microssistemas aqui examinados, o legislador previu consequências distintas para a hipótese de não superação da crise econômico-financeira, a inviabilizar o entrelaçamento de institutos que, desde a sua gênese, visam proteger interesses jurídicos distintos.

A pretensão de submeter as SPEs com patrimônio de afetação à recuperação judicial revela com nitidez a intenção do empreendedor de se valer apenas dos benefícios de determinado instituto, sem arcar com os respectivos ônus. Quando

sobrevém um cenário de crise, passa a invocar as regras de outro instituto que mais lhe favorece.

Vale lembrar que o patrimônio de afetação foi concebido com o objetivo de resgatar a confiança dos consumidores no mercado imobiliário e de proporcionar maior segurança para os agentes econômicos responsáveis pelo financiamento das incorporações imobiliárias.

É por isso que, em circunstâncias normais, abstraído o cenário de crise do empreendimento, o patrimônio de afetação somente se exaure quando a obra é encerrada e as unidades são entregues aos adquirentes, prevendo a lei, ainda, como pressuposto para a sua extinção, o adimplemento das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento (art. 31-E, I, parte final, da Lei nº 4.591/1964).

A proteção conferida aos agentes financiadores também vem em boa medida, como forma de garantir a continuidade da atividade de incorporação imobiliária a custos mais baixos, em benefício de todo o setor e, mais uma vez, dos próprios adquirentes.

O fato de não se permitir nenhum tipo de ingerência sobre o patrimônio de afetação, impedindo, inclusive, que sobre ele se projetem os efeitos da recuperação judicial, é um dos aspectos que proporciona essa maior segurança e confiança do mercado, tanto de consumo quanto de crédito, na atividade de incorporação imobiliária.

O desejo de resgatar a confiança no mercado imobiliário e de conferir maior proteção aos adquirentes de imóveis, a propósito, foram os principais motivos que inspiraram o legislador a, por intermédio da Lei nº 10.931/2004, revogar a MP nº 2.221/2001, justamente porque esta apresentava disposições conflitantes com a natureza da afetação e com seu sentido social.

No atual cenário, reconhecer a possibilidade de submissão das SPEs com patrimônio de afetação ao procedimento de recuperação judicial colocaria em risco todos os benefícios alcançados a partir da edição da Lei nº 10.931/2004, em prejuízo, aliás, das próprias incorporadoras, que também se beneficiam dessa maior credibilidade conferida ao setor no qual atuam.

Basta perceber que, apesar de ser facultativa (art. 31-A da Lei nº 10.931/2004), a constituição de patrimônio de afetação é prática que tem sido largamente utilizada pelas incorporadoras como forma de atrair maior clientela e de reduzir os custos da construção.

É que a separação do patrimônio como mecanismo de proteção dos adquirentes e dos demais credores, conforme já salientado, também traz diversos benefícios para a incorporadora, como atrair mais clientes, obter financiamentos em melhores condições, apurar individualmente os lucros de cada empreendimento, ter redução da carga tributária (Lei nº 10.931/2004) e manter transparência na gestão.

Como bem anotou Fábio Ulhoa Coelho em parecer encartado nos presentes

"(...)

28. A incorporação em regime de afetação patrimonial é sempre uma opção unilateral da incorporadora, a seu exclusivo critério, como diz a lei (Lei n. 4.591/64, art. 31-A).

29. O que justifica, porém, esta decisão empresarial? Em que situações, a incorporadora de condomínio edilício normalmente opta pelo regime de afetação?

30. A resposta é muito clara: **este regime traz vantagens na comercialização das unidades projetadas e no acesso a financiamento mais barato.**

31. Com ênfase, **maior contingente de consumidores é atraído por empreendimentos oferecidos ao mercado sob o regime de afetação**, porque eventuais insucessos daquela incorporadora em seus outros negócios não irão atrapalhar a construção daquele edifício.

32. A seu turno, **como o regime de afetação assegura ao agente financiador assumir exclusivamente os riscos do empreendimento financiado, e não os associados a toda a atividade econômica da incorporadora, a segregação possibilita a cobrança de juros sujeitos a menos impactos, e, conseqüentemente, menores.**

33. Em contrapartida da facilitação na comercialização e do barateamento do financiamento, a afetação do patrimônio limita os direitos da incorporadora sobre a parcela afetada de sua propriedade. Ela se torna verdadeiramente uma administradora dos bens e obrigações (ativas e passivas) afetados.

34. Em conseqüência, a incorporadora não dispõe juridicamente dos bens e direitos do patrimônio afetado do mesmo modo que tem a disponibilidade ou titularidade dos não afetados. Ativos e passivos integrantes de patrimônios especiais (outra denominação para a afetação) não são da titularidade da incorporadora na mesma extensão em que são os do seu patrimônio geral.

35. É, aliás, precisamente este o significado jurídico da afetação: determinados bens e direitos não são mais da livre disponibilidade da incorporadora, porque devem ser, a partir da especialização patrimonial, administrados por ela exclusivamente para a realização da finalidade indicada, ou seja, a construção daquele condomínio edilício em particular. Há um vínculo entre aquela parcela afetada do patrimônio da incorporadora e a conclusão de um determinado empreendimento. Nada pode desvirtuar este vínculo, enquanto ele perdurar na forma da lei.

36. Deste modo, **quando uma incorporadora opta pela constituição de um patrimônio de afetação, para levar adiante determinado empreendimento imobiliário, ela toma uma decisão empresarial que, como qualquer outra, lhe traz vantagens (barateamento do financiamento, atração de mais consumidores etc) e limitações (indisponibilidade dos bens afetados, entre elas).** Adota, em suma, decisão empresarial de conseqüências bem definidas.

37. **Entre as conseqüências da decisão empresarial de constituição do patrimônio de afetação, como decorrência da indisponibilidade dos bens afetados, encontra-se a impossibilidade de recuperação judicial.**

38. Afinal, **não tendo mais a livre disponibilidade dos elementos patrimoniais afetados (ativos e passivos), não os possui a incorporadora como meios para tentar se recuperar das dificuldades que alega estar enfrentando.** A solução destas, então, deve seguir o disposto na Lei n. 4.591/64, porque, não titulando o empresário os recursos mínimos para se reerguer, a Lei n. 11.101/05 não tem como ser aplicada.

39. Em suma, **a incorporadora que opta pelo regime de afetação patrimonial não tem direito à recuperação judicial."**

O risco, ainda que em potencial, de vir a enfrentar o processamento de um pedido de recuperação judicial de uma SPE com patrimônio de afetação, durante a obra ou mesmo depois do seu término, traria enorme insegurança jurídica, tanto para os adquirentes quanto para os agentes financiadores, aniquilando os efeitos que se pretendeu produzir com a edição da norma especial.

Também não se pode olvidar que, a despeito dos potenciais benefícios, toda recuperação judicial – que já pressupõe um cenário de crise – gera custos diretos e indiretos. Em caso de insucesso do procedimento recuperacional, esses custos certamente seriam repassados aos adquirentes, obrigando-os a enfrentar uma situação ainda mais agravada no momento de deliberar, por meio da sua Comissão de Representantes, pela continuidade da obra ou pela liquidação do patrimônio afetado.

E ao contrário do que afirmam as recorrentes, negar a recuperação judicial das SPEs com patrimônio de afetação **não** corresponde a deixá-las num limbo jurídico, sem que possam se socorrer de um meio de proteção legal para a reestruturação de suas dívidas. É que a legislação específica aplicável ao patrimônio de afetação prevê meio diverso de superação da crise, focado, primordialmente, nos direitos dos adquirentes, e não na preservação da empresa.

Ainda que fossem sopesados os interesses dos adquirentes de imóveis e o princípio da preservação da empresa, este não poderia sobressair àquele, tendo em vista que a solução da crise na forma estabelecida no art. 31-F da Lei nº 4.591/1964 atingiria apenas a sociedade de propósito específico criada para dar concretude a um empreendimento específico, sem resvalar os seus efeitos sobre o restante do grupo empresarial.

Exemplo disso é que, no processo de recuperação judicial do Grupo João Fortes, de um polo ativo formado em litisconsórcio pela *holding* (João Fortes Engenharia S.A.) e por 62 (sessenta e duas) empresas subsidiárias, apenas 6 (seis) apresentam-se sob a forma de SPE com patrimônio de afetação.

A rigor, portanto, nem sequer se poderia falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, tendo em vista que, ao excluir da recuperação judicial apenas as SPEs com patrimônio de afetação, não se está impedindo a tentativa de reestruturação do grupo econômico, que continuará atuando em outros empreendimentos.

A partir da análise desse dado também é possível inferir que outras SPEs com patrimônio de afetação pertencentes ao mesmo grupo econômico alcançaram seus intentos anteriormente ao cenário de crise, a evidenciar a eficácia do microssistema introduzido pela Lei nº 10.931/2004.

Assim, o papel das SPEs com patrimônio de afetação na recuperação judicial do grupo econômico ao qual pertencem está, de fato, restrito ao repasse de eventuais sobras após a extinção do patrimônio afetado, que voltarão a integrar o patrimônio geral da incorporadora (*holding*), e, somente a partir desse momento, poderão ser utilizadas para o pagamento de outros credores.

Destaca-se, a propósito, a doutrina de Melhim Namem Chalhub:

"(...)

Assim, estando uma incorporação submetida ao regime legal da incomunicabilidade, os créditos oriundos dos contratos de alienação das unidades imobiliárias que a compõem, vinculados à realização do objeto de afetação, e as obrigações a eles correspondentes, não integram o plano de recuperação judicial.

Isto posto, na medida em que a empresa recuperanda deve continuar em atividade, os administradores da empresa recuperanda prosseguirão o recebimento dos preços convencionados nos contratos de venda, assim como os recursos provenientes de financiamento, se houver, na execução da obra e liquidação do passivo da incorporação; nessa atividade, esses mesmos administradores manterão separadas a conta corrente e a contabilidade de cada incorporação afetada, fornecerão à comissão de representantes demonstrativos trimestrais sobre o empreendimento e continuarão a praticar os demais atos típicos da administração dos patrimônios de afetação, definidos no art. 31-D da Lei nº 4.591/1964.

Cessada a incomunicabilidade, por efeito do cumprimento da destinação da afetação, isto é, conclusão da obra, entrega das unidades aos adquirentes e resgate do financiamento da construção, se houver, extingue-se e o patrimônio de afetação e seu resultado será incorporado ao patrimônio geral da empresa recuperanda. Se, nessa ocasião, a recuperação judicial ainda estiver em curso, o conjunto dos direitos e obrigações assim desafetado passará a submeter-se ao plano aprovado pela assembleia dos credores". (Incorporação imobiliária. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book, item 3.5.6.1 - grifou-se)

Em igual sentido, o Enunciado nº 628, da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

"Os patrimônios de afetação não se submetem aos efeitos de recuperação judicial da sociedade instituidora e prosseguirão sua atividade com autonomia e incomunicáveis em relação ao seu patrimônio geral, aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos e ao plano de recuperação até que extintos, nos termos da legislação respectiva, quando seu resultado patrimonial, positivo ou negativo, será incorporado ao patrimônio geral da sociedade instituidora."

Mesmo aqueles que defendem, em tese, a possibilidade de submissão das SPEs com patrimônio de afetação ao processo de recuperação judicial veem poucos chances disso se concretizar na prática, independentemente do meio utilizado para a superação da crise – deságio, remissão parcial, parcelamento etc. –, ante a impossibilidade de admitir formas de novação de dívida capazes de ensejar, por exemplo, modificações no cronograma de pagamentos devidos ao agente financiador e atrasos na conclusão da obra, como bem acentua Fernanda Costa do Amaral:

"(...)

A questão que se apresenta é se uma sociedade imobiliária com patrimônio afetado, elaborando um plano de pagamentos compatível com o patrimônio de afetação, sem lhe desviar a função, poderia valer-se de uma recuperação judicial?

A resposta é afirmativa para a situação em tese, já que nesse caso a preservação do patrimônio de afetação estaria assegurada, não havendo motivos para coibir o devedor de lançar mão dessa alternativa legal para equacionar suas dívidas.

Entretanto, na prática, diante da dinâmica do setor imobiliário, e considerando que o credor mais relevante de uma incorporação mobiliária costuma ser o agente financiador, vê-se pouca viabilidade na elaboração de um plano de recuperação que preservasse os pagamentos devidos ao agente

financiador de modo a não serem verificados atrasos na liberação de recursos para a obra, ou mesmo atraso na liberação de unidades objeto de garantia real, para possibilitar o repasse, que é o meio mais comum para a quitação de tais financiamentos, feito pelo próprio adquirente da unidade, ao contrair crédito em outra instituição financeira para a quitação do saldo devedor de seu contrato de aquisição.

Desse modo, **embora em tese seja possível a recuperação judicial de sociedades com patrimônio afetado desde que tal patrimônio se mantivesse integralmente preservado, sem prejudicar os direitos dos adquirentes e do financiador das obras, a situação na prática seria de viabilidade remota.**" (A recuperação judicial da sociedade de propósito específico imobiliária, in: Direito imobiliário e urbanístico: temas atuais. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, págs. 129-137 - grifou-se)

Soma-se a isso o fato de que nem mesmo a conclusão do empreendimento e a efetiva entrega das unidades aos adquirentes é capaz de neutralizar potenciais prejuízos ao patrimônio de afetação, que, repita-se, somente se extingue após o adimplemento das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento (art. 31-E, I, parte final, da Lei nº 4.591/1964).

Não há dúvida de que outras dívidas remanescentes à conclusão do empreendimento também afetam, direta ou indiretamente, o interesse dos adquirentes, a exemplo do que se extrai da petição e documentos juntados às fls. 891-1.102 (e-STJ), por meio dos quais o Condomínio One Offices, ao requerer o seu ingresso no feito como terceiro interessado, comprova a propositura de inúmeras execuções contra uma das SPES com patrimônio de afetação (SPE Américas Projeto 02 Empreendimentos Ltda.), visando à cobrança de vultosa quantia a título de cotas condominiais relativas a unidades não comercializadas.

Nessa específica situação, a sistemática oferecida pela Lei nº 10.931/2004 seria mais vantajosa para os adquirentes, que, por deliberação da sua Comissão de Representantes, poderiam liquidar o patrimônio afetado, aí incluídas as unidades não comercializadas, e saldar as dívidas que deles pudessem ser exigidas no futuro.

A interposição do Agravo de Instrumento nº 0040753-96.2020.8.19.0000 (noticiada às fls. 2.155-2.162) pelos adquirentes do empreendimento "OCEAN GARDEN CONDOMINIUM CLUB", de responsabilidade da empresa JFE 53 Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda., visando excluí-la da recuperação judicial, é outro exemplo de que muitas vezes a via intentada pelas recorrentes, de socorrer-se ao instituto da recuperação judicial, não atende aos interesses dos adquirentes.

É certo, como bem observado por Renan Tadeu de Souza Soares, que,

"(...) em certas ocasiões, a novação, em processo de recuperação judicial, de créditos protegidos pelo regime de afetação patrimonial, pode ser possível e até mesmo desejada por credores e adquirentes; em abstrato, será desejada por credores se a implementação do plano de recuperação judicial proporcionar resultado mais vantajoso se comparado à liquidação, bem como por adquirentes, se viabilizar o recebimento das unidades adquiridas em condições melhores quando comparadas à entrega do empreendimento por outro incorporador" (ob. cit).

A questão, no entanto, não pode ser tratada casuisticamente, como se os institutos em tela não visassem atingir finalidades específicas, notadamente quando se analisa o tema sob a perspectiva de que o patrimônio de afetação foi inserido no ordenamento jurídico com vistas a conferir maior segurança, estabilidade e desenvolvimento ao ramo da incorporação imobiliária.

Cenários de crise são comuns nos mais diversos setores produtivos. Para a solução dessas crises, no entanto, não se pode adotar medidas que possam causar ainda mais adversidades – não só para as empresas que já passam por dificuldades financeiras, mas também para aquelas que seguem o curso normal de sua atividade –, desestruturando todo um sistema que, desde a sua criação, trouxe enormes benefícios para todos os envolvidos.

Como último argumento, as recorrentes defendem i) que as dívidas dos patrimônios afetados não se confundem com as dívidas da sociedade incorporadora, sendo apenas parte integrante (e segregada) do patrimônio total da sociedade, que possui, em quase todos os casos, outros ativos e passivos absolutamente desvinculados daquele patrimônio afetado, e ii) que determinadas dívidas da sociedade incorporadora podem em nada se relacionar com a incorporação do empreendimento afetado por ela desenvolvido.

A decisão agravada, ao deferir o processamento da recuperação judicial de todo o grupo econômico, destacou apenas que deveria ser "*(...) mantida a segregação substancial com relação às empresas com patrimônio afetado, inclusive com apresentação de planos de recuperação distintos e, portanto, observada a regra da incomunicabilidade*" (e-STJ fl. 1.528).

Nas contrarrazões ao agravo de instrumento, as ora recorrentes nada disseram a respeito da alegada distinção entre o patrimônio afetado e o patrimônio total da sociedade.

Ao dar parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo ora recorrido (BRADESCO), o órgão colegiado assim o fez "*(...) tão somente para determinar a exclusão da recuperação judicial das **SPE's com patrimônio de afetação***" (e-STJ fl. 1.557 - grifou-se).

Somente nos embargos de declaração é que a matéria foi trazida a título de omissão, tendo o suposto vício sido refutado pela Corte de origem ao fundamento de que o acórdão embargado foi suficiente claro quanto "*(...) à exclusão das SPE's com patrimônio de afetação da Recuperação Judicial, e não apenas do patrimônio afetado*" (e-STJ fl. 1.901 - grifou-se).

Nessa medida, levando em consideração que o efeito devolutivo do agravo de instrumento está limitado à questão resolvida pela decisão agravada, não seria mesmo o caso de se pronunciar acerca de matéria que não foi decidida e que somente foi trazida pelas ora recorrentes nos aclaratórios.

De todo modo, não se pode perder de vista que as SPEs, como já salientado, são pessoas jurídicas constituídas com a finalidade única de executar um determinado

projeto, estando o seu objeto social limitado a esse fim específico, que não pode ser alterado.

Na prática, portanto, dificilmente haverá ativos e passivos que não estejam, direta ou indiretamente, vinculados à saúde financeira da incorporadora e ao propósito de garantir a entrega do empreendimento no prazo e nas condições pactuadas, valendo ressaltar, mais uma vez, que a incorporadora tem o dever de entregar as unidades aos adquirentes **livres e desembaraçadas de todo e qualquer ônus**.

O único exemplo trazido pelas recorrentes que poderia fugir dessa realidade é o empreendimento "Mares de Goa", que, segundo afirmam, é desenvolvido pela própria *holding*, que, para esse fim, constituiu patrimônio de afetação. No tocante a esse específico empreendimento e outros que porventura estejam nessa mesma situação, falta interesse recursal às recorrentes, tendo em vista que o acórdão recorrido determinou que fossem excluídas da recuperação judicial **apenas as SPEs com patrimônio de afetação**.

4.2) **Das SPEs sem** patrimônio de afetação

Ainda que isso seja desinfluyente para a solução da presente controvérsia, reforça-se a tese de que, no caso de a sociedade de propósito específico não administrar patrimônio de afetação, não há, a princípio, óbice para a novação dos créditos, sendo vedado apenas estruturar a recuperação em consolidação substancial.

Com efeito, a estipulação da sociedade de propósito específico tem sua razão de ser na execução de um objeto social único, evitando a confusão entre o seu caixa e as obrigações dos diversos empreendimentos criados pela controladora. Diante disso, não se mostra possível a reunião de seus ativos e passivos com os das outras sociedades do grupo em consolidação substancial, salvo se os credores considerarem essa situação mais benéfica.

Nessa linha, afirma João de Oliveira Rodrigues Filho:

"(...)
No tocante à SPEs, não há que se permitir a consolidação substancial das atividades que se pretendam soerguer, para evitar a confusão entre situações díspares ou particulares de cada caso, salvo se comprovado contexto de homogeneidade de situações nas quais eventual consolidação poderá obter condição mais benéfica." (Reflexões sobre Recuperação Judicial de Sociedades de Propósito Específico e de Patrimônio de Afetação *in*: *Processo Societário III*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pág. 344)

No mais, a recuperação judicial pode se processar normalmente, salvo se a obra estiver paralisada.

Com efeito, nos termos do art. 43, VI, da Lei nº 4.591/1964, na hipótese de a obra estar paralisada por mais de 30 (trinta) dias, sem justa causa, ou o incorporador retardar excessivamente o seu andamento, o Juiz poderá notificá-lo para que reinicie a obra. Desatendida essa determinação, o incorporador pode ser

destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, que darão prosseguimento à obra, com a extinção dos contratos de compromisso de compra e venda. Nessa situação, não há atividade a ser preservada.

Caso os adquirentes não optem pela destituição, a recuperação judicial pode ter o seu curso, não havendo óbice para que eventual destituição seja determinada durante a recuperação que porventura já tenha sido deferida, por se tratar de norma especial cogente que deve preponderar.

5) Do recente julgado acerca do tema:

A matéria objeto dos presentes autos foi recentemente enfrentada por este Órgão Colegiado, estando o respectivo acórdão assim ementado:

"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 n^{os} 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 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 n^o 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 n^o 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

No referido julgado, não se proclamou a absoluta impossibilidade de submissão das SPEs com patrimônio de afetação, até mesmo em tese, ao regime de recuperação judicial.

Ficou assentado, todavia, **i)** que 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; **ii)** que o patrimônio afetado não pode ser contaminado pelas outras relações jurídicas estabelecidas pelas sociedades do grupo; **iii)** que 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 insuscetíveis de novação, e **iv)** que eventuais sobras após a extinção do patrimônio afetado poderiam voltar a integrar o patrimônio geral da incorporadora (*holding*), e, somente a partir desse momento, poderiam ser utilizadas para o pagamento de outros credores.

No entanto, analisando o tema com mais vagar, chega-se à conclusão de que as sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação que atuam na atividade de incorporação imobiliária não podem se sujeitar à recuperação judicial, sob qualquer ângulo que se analise, haja vista a incompatibilidade sistêmica entre os institutos.

Pensar de modo diverso conduziria ao indesejável enfraquecimento dos efeitos esperados e efetivamente concretizados desde a edição da Lei nº 10.931/2004, inserida no ordenamento jurídico com vistas a conferir maior segurança, estabilidade e desenvolvimento ao ramo da incorporação imobiliária.

6) Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, ficando prejudicado o agravo interno de fls. 2.656-2.673 (e-STJ).

É o voto.