



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1973180 - SP (2021/0358574-2)

**RELATOR** : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

RECORRENTE : ESSER HOLDING LTDA

RECORRENTE : ESSER EUROPA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

RECORRENTE : ESSER FRANÇA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

RECORRENTE : ESSER MILAO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

RECORRENTE : ESSER ORLANDO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

RECORRENTE : ESSER URUGUAI EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO - DF018958  
ROBERTO GOMES NOTARI - SP273385  
JORGE NICOLA JUNIOR - SP295406  
TIAGO ARANHA D ALVIA - SP335730  
LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - RS053731  
MARCO ANTONIO POZZEBON TACCO - SP304775

RECORRIDO : CAPITAL ADMINISTRADORA JUDICIAL LTDA - ADMINISTRADOR

ADVOGADO : LUIS CLAUDIO MONTORO MENDES - SP150485

RECORRIDO : VILA NOBRE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO - DF018958  
ROBERTO GOMES NOTARI - SP273385  
JORGE NICOLA JUNIOR - SP295406  
TIAGO ARANHA D ALVIA - SP335730  
LUIZ FERNANDO VIEIRA MARTINS - RS053731  
MARCO ANTONIO POZZEBON TACCO - SP304775

RECORRIDO : BANCO DO BRASIL SA

ADVOGADOS : WILSON CUNHA CAMPOS - SP118825  
FERNANDO MASSAHIRO ROSA SATO - SP245819  
MARCELO LEANDRO DOS SANTOS - SP352353

INTERES. : ESSER BRUXELAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER CANNES EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

INTERES. : ESSER MAZAL EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA

INTERES. : ESSER DINAMARCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

INTERES. : ESSER DOMINICANA EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE  
LTDA

INTERES. : ESSER MIAMI EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA

INTERES. : ESSER EILAT EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER HAVANA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER NEW YORK EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA

INTERES. : ESSER ROMA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER GENOVA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER GRECIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER SANTORINI EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA

INTERES. : ESSER HOLANDA EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA

INTERES. : ESSER INGLATERRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERES. : ESSER VANCOUVER EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA



INTERES. : ESSER ITALIA EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA  
 INTERES. : ESSER JAPAO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : GENERAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER LISBOA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER LONDRES EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : LEGACY EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA  
 INTERES. : ESSER LOS CABOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : TRIUNPH EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.  
 INTERES. : VILA NOBRE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER JERUSALEM EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER MABRUK EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER MACAUBAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER MALDIVAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER MEXICO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER MONACO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER NICE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER NORONHA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER PANAMA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER PORTO ALEGRE EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE  
 LTDA  
 INTERES. : ESSER PUNAU EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER RIO DE JANEIRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS  
 LTDA  
 INTERES. : ESSER ROMENIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER SALVADOR EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER TOKIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER VENEZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER VITORIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : FIGUEIRA INVESTIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA  
 INTERES. : ESSER ANCHORAGE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO - SPE  
 LTDA  
 INTERES. : ESSER ALASKA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER AMAZONIA EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA  
 INTERES. : ESSER ANCHORAGE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO - SPE  
 LTDA  
 INTERES. : ESSER AUSTRALIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA  
 INTERES. : ESSER BAHAMAS EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA  
 INTERES. : ESSER BARROW EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
 INTERES. : ESSER ESPANHA EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA  
 INTERES. : ESSER BELO HORIZONTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS  
 LTDA.  
 INTERES. : ESSER BRASIL EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO - SPE LTDA

## **EMENTA**

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°s 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° 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° 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.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por ESSER EUROPA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., ESSER FRANÇA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., ESSER HOLDING LTDA., ESSER MILÃO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., ESSER ORLANDO EMPREENDIMENTOS LTDA. e ESSER URUGUAI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

***Recuperação Judicial.*** *Processamento da recuperação judicial do Grupo Esser, composto por 'holdings' e diversas Sociedades de Propósito Específico (SPE's) controladas por aquelas. Constatação de que houve incorporação de algumas SPE's pelas 'holdings' às vésperas e após o pedido de recuperação. Fortes indícios da utilização fraudulenta da recuperação judicial, inclusive nas movimentações societárias, que exigia a realização de verificação prévia. Entendimento do Enunciado VII do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial desta Corte. Questão que acabou positivada com as alterações advindas da Lei n° 14.112/2020 e a inclusão do art. 51-A na Lei n°*

11.101/2005. Estudo realizado na origem, após a interposição dos agravos, que norteará o julgamento, em homenagem aos princípios da celeridade, efetividade e primazia do julgamento de mérito.

**Recuperação Judicial.** Embora não haja empecilho legal à admissão do pedido recuperatório da Sociedade de Propósito Específico, o instituto é incompatível com aquelas dedicadas à incorporação imobiliária, seja em regime de afetação ou não. Revisão de posição anterior para, no caso concreto, diante da insignificância do estoque de algumas SPE's (1 ou 2 imóveis), não permitir o processamento do pedido de nenhuma delas. A recuperação judicial também não deve beneficiar as sociedades inoperantes, pois ausente atividade empresarial a preservar. A existência de projeto de construção de empreendimento imobiliário, mesmo com obtenção de alvará, não é bastante para concluir o pleno funcionamento da empresa. Administração da carteira de recebíveis que faz parte da liquidação da sociedade e não tem o condão de reavivar a atividade empresarial. Há que se demonstrar, efetivamente, a prática de atividade empresarial atual, suscetível de proteção. Projetos imobiliários que remontam os anos de 2013 e 2016, sem início das obras ou, quando iniciada (só há um caso), encontra-se abandonada há anos. A locação dos terrenos que serviriam para a construção dos prédios não representa atividade empresarial, destoando, ademais, do objeto social das SPE's. Exame detido de cada uma das sociedades de propósito específico que revela a incompatibilidade de todas elas com o processamento da recuperação judicial. E, indeferido o processamento das controladas, a controladora (Esser Holding) também deve seguir o mesmo caminho. Deferimento do processamento da recuperação judicial cassado, com indeferimento da inicial.

**Recuperação Judicial.** Diante da constatação de que as operações societárias de incorporação de várias SPE's pelas 'holdings' Esser Holding e Triumph Empreendimentos promoveu, pela via transversa, a admissão, no processo recuperatório, de sociedades incompatíveis com o instituto, o caso exigiu a verificação individual da situação de cada uma delas, independente de incorporação. A incorporação à Esser Holding não pode ser considerada para fins de exame do postulado, pois, havida após a distribuição a recuperação judicial, dependia da autorização dos credores, nos termos do art. 50, inciso II, da LRF. No que toca à incorporação à Triumph, não carece de deliberação se esta não demonstrou a existência de atividade empresarial apta à proteção.

**Recurso provido**" (e-STJ fls. 626-627).

No recurso especial, as recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

i) arts. 1º e 2º da Lei nº 11.101/2005 (LREF) – porque não há vedação para que a recuperação judicial seja concedida a sociedades de propósito específico.

Destacam que a recuperação judicial é destinada ao empresário e à sociedade empresária, com exceção dos casos previstos no art. 2º da LREF, dentre os quais não está a sociedade de propósito específico.

Ressaltam que foram constituídas na forma de sociedade limitada, exercendo atividade econômica para a produção ou circulação de bens e serviços, restando demonstrada sua legitimidade para o pedido de recuperação judicial.

Apontam, ademais, que em situações análogas, relativas ao Grupo Viver e ao Grupo PDG, o Tribunal de origem concedeu a recuperação judicial.

ii) arts. 48, 51 e 52 da Lei nº 11.101/2005 – porque na distribuição do pedido foi demonstrado o preenchimento dos requisitos para usufruírem dos benefícios da recuperação judicial, ocasião em que foram acostados aos autos toda a

documentação exigida, cuja análise não permite ao Judiciário adentrar o exame da viabilidade econômico-financeira da atividade, especialmente na fase inicial do processo, providência que compete exclusivamente aos credores.

Asseveram, ademais, que o Juízo de primeiro grau afirmou expressamente que os documentos estão presentes nos autos e que restaram preenchidas as condições formais estabelecidas pelo legislador para o deferimento da recuperação.

Ressaltam que, após a constatação prévia determinada pelo Tribunal paulista, o Juízo de primeiro grau delimitou o processamento da recuperação judicial, reafirmando o preenchimento dos requisitos legais.

Aduzem que foi devidamente apurada a existência de projetos de incorporação em andamento, os quais estão em fase de implementação. A despeito de seu início ter ocorrido há alguns anos, esclarecem que existem problemas nos terrenos em que os empreendimentos serão realizados, questões que podem ser solucionadas inclusive no âmbito da recuperação.

Acrescentam que, apesar do preenchimento de todos os requisitos legais, o aresto recorrido, contrariando a perícia prévia, indeferiu a petição inicial em relação a todas as sociedades do grupo.

iii) art. 51-A da Lei nº 11.101/2005 – porque, na ocasião em que foi apresentado o pedido de recuperação judicial, ainda não havia sido incluído na LREF o dispositivo legal que trata da constatação prévia. Ademais, ainda que estivesse vigente, não seria possível fazer nenhum juízo de valor sobre a viabilidade econômica das requerentes. Reiteram que preenchem todos os requisitos legais para a obtenção da recuperação, pois estão em atividade, gerando empregos diretos e indiretos, tendo sido apresentada toda a documentação exigida por lei.

iv) art. 47 da Lei nº 11.101/2005 – porque ao terem negada a possibilidade de se valerem da recuperação judicial, veem-se impedidas de superar a crise econômico-financeira que atravessam, na contramão do entendimento de que deve ser preservada a empresa viável. Ressaltam, ainda, que a consequência do indeferimento da recuperação será a distribuição de diversos pedidos de falência.

v) arts. 31-F da Lei nº 4.561/1964 e 119 da Lei nº 11.101/2005 – porque a lei que regula o segmento de incorporação imobiliária não contém nenhuma vedação ao pedido de recuperação judicial. Salientam que a atividade de incorporação não segue um padrão, tendo as sociedades de propósito específico sido criadas para viabilizar os empreendimentos do grupo.

Afirmam que o Tribunal de origem, contrariando precedentes, entendeu, com fundamento no art. 31-F da Lei nº 4.561/1964, que não seria cabível a recuperação judicial para as sociedades de propósito específico voltadas à incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação. Ocorre que referido dispositivo somente tem aplicação na hipótese de falência.

Relembrem que o objetivo da recuperação judicial é a continuidade da atividade empresarial, sacrifício aceito pelas partes interessadas, daí não ser aplicável

a esse instituto a lógica de preservação de um patrimônio de afetação independente.

Frisam que, no caso de falência, não haverá prejuízo para os adquirentes dos imóveis, diante da proteção legal.

Destacam, ainda, que o art. 119 da Lei nº 11.101/2005, que subsidia o acórdão recorrido, está inserido na parte da lei que trata da falência, cuidando do poder do administrador de verificar a conveniência da continuidade do negócio para a massa falida, dispositivo que também não se aplica à recuperação judicial, a demonstrar a confusão que a Corte de origem fez entre os institutos.

Indicam, como paradigma, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferido no julgamento do AI nº 1.0000.20.515429-7/001, no qual teria sido deferido o processamento da recuperação judicial de sociedades de propósito específico sem patrimônio de afetação.

Pleitearam, na origem, a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Requerem o provimento do recurso especial para que seja deferido o processamento de sua recuperação judicial.

Contrarrazões às fls. 734-746 e 748-765.

Pelas decisões de fls. 799-803 e 813-815 (e-STJ), o recurso especial foi admitido, tendo sido deferido em parte o efeito suspensivo requerido, somente para sustar a expedição de carta de arrematação de imóveis (matrícula nº 96.800 do 13º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo e matrícula nº 191.246 do 4º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo), bem como o levantamento de valores.

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

*"RECURSO ESPECIAL. Recuperação Judicial. Sociedades de Propósito Específico (SPE's). Ausência de restrição legal para habilitação das SPEs para recuperação judicial. Princípio da Preservação da Empresa. Lei nº 11.101/2005 aplicável. Parecer pelo PROVIMENTO do Recurso"* (e-STJ fl. 848).

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 acolhida.

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.

## 1) Breve histórico

Trata-se, na origem, de pedido de recuperação judicial formulado por Esser Holding Ltda., em processo de incorporação de 49 (quarenta e nove) sociedades que lista, General Empreendimentos Imobiliários Ltda., Triumph Empreendimentos Imobiliários Ltda., Esser Empreendimentos e Participações Ltda. e outras.

O pedido de processamento da recuperação judicial foi deferido pelo Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo (e-STJ fls. 178-193).

Contra essa decisão, Banco do Brasil opôs embargos declaratórios, afirmando a impossibilidade de deferimento da recuperação judicial quanto às sociedades incorporadas, tendo em vista que não houve arquivamento dos atos de incorporação na Junta Comercial.

O Banco Votorantim S.A. também opôs aclaratórios à decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, apontando a falta de documentos exigidos pela Lei nº 11.101/2005, além de noticiar a prática de diversas fraudes e a inexistência de atividade empresarial a ser recuperada, fatos que, segundo defende, impediriam a concessão do pedido e poderiam ser constatados com a realização de perícia prévia.

Os embargos opostos pelo Banco do Brasil e pelo Banco Votorantim foram rejeitados.

Contra essa decisão, Banco do Brasil S.A. interpôs agravo de instrumento.

A Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu a tutela antecipada recursal, em acórdão assim ementado:

*"Recuperação Judicial. Recurso tirado contra r. decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do **Grupo Esser**, composto por 'holdings' e diversas Sociedades de Propósito Específico (SPE's) controladas por aquelas. Incompatibilidade da recuperação judicial com as SPE's com patrimônio de afetação ativo, daquelas que já exauriram o seu objeto ao concluir o empreendimento imobiliário e não têm mais estoque, e daquelas que, apesar da existência de estoque, não têm dívidas. Processamento da recuperação judicial que também não deve beneficiar as sociedades inoperantes, pois ausente atividade empresarial a preservar. Tutela antecipada recursal deferida para determinar a imediata exclusão, do polo ativo, das sociedades em tal situação, além da realização de verificação prévia com relação às remanescentes. Ordem dirigida à Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), de registro da incorporação das SPE'S pela controladora **Esser Holding**, também cassada. Tutela antecipada recursal conferida" (e-STJ fl. 384).*

Na sequência, foi provido o agravo de instrumento, destacando o relator que todos os 5 (cinco) recursos interpostos contra a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Esser seriam julgados simultaneamente.

Sobreveio o presente recurso especial (REsp nº 1.973.180/SP), valendo ressaltar que idênticos recursos também foram interpostos nos autos dos agravos de

instrumento interpostos pelos espólios de Konstantinos Antonios Dogas e de Asta de Almeida Dogas (REsp nº 1.955.428/SP), por Banco Votorantim S.A. (REsp nº 1.969.829/SP), por Zeev Chalon Horovitz (REsp nº 1.975.067/SP) e por Fundo de Liquidação Financeira - Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados - (REsp nº 1.975.082/SP), sendo todos eles apresentados à julgamento nessa mesma assentada.

**2) Da sujeição das sociedades de propósito específico (SPEs) ao procedimento de recuperação judicial – violação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 11.101/2005 e 31-F da Lei nº 4.591/1964 e dissídio jurisprudencial**

As recorrentes afirmam que as sociedades de propósito específico (SPEs) têm legitimidade para pleitear recuperação judicial, não estando inseridas entre as vedações do art. 2º da LREF. Apontam julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deferiu o processamento da recuperação de sociedades de propósito específico sem patrimônio de afetação.

Cumprе esclarecer, de início, que a Corte de origem, no julgamento da antecipação de tutela recursal, decidiu excluir da recuperação judicial as SPEs i) com patrimônio de afetação ativo, especialmente aquelas em que a Esser acabou destituída, ii) que concluíram o empreendimento e não possuem estoque, iii) que têm estoque, mas não têm dívidas e iv) que não exercem atualmente atividade empresarial.

Diante dos critérios delineados pelo Tribunal estadual, o magistrado de primeiro grau excluiu a maioria das sociedades que compunham o polo ativo, restando apenas as recorrentes: Esser Holding e as SPEs: Esser Europa, Esser França, Esser Milão, Esser Orlando e Esser Uruguai.

No julgamento de mérito, a Corte de origem entendeu que as sociedades de propósito específico em geral podem optar pelo ajuizamento da recuperação judicial, havendo restrição apenas no tocante àquelas dedicadas à incorporação imobiliária, seja com ou sem regime de afetação, conforme se verifica do seguinte trecho do aresto recorrido:

"(...)

**Ora, o ideal de preservação de empresa insculpido no art. 47 da lei de regência não alcança, evidentemente, a atividade empresarial temporária, como é o caso da incorporação imobiliária (seja com ou sem regime de afetação).**

*Essa atividade, apesar das características de empresa, encerra-se com a conclusão da obra e a entrega das unidades comercializadas.*

**Além disso, a legislação pertinente à incorporação imobiliária prevê mecanismos de proteção ao adquirente, frente à insolvência do incorporador, como, por exemplo, a criação de comissão de proprietários, dotada de poderes de fiscalização. É possível, também, a assunção do empreendimento pela Comissão, com a destituição, portanto, do segundo.**

*Sobre o assunto, asseverou o Des. Fabio Tabosa, então relator no paradigma que norteou o exame da tutela antecipada recursal:*

*A lógica do sistema, enfim, é a de que, perdendo o*



incorporador as condições para a condução do empreendimento, assumam os próprios adquirentes, pelos organismos próprios, essa tarefa, seja pela destituição do primeiro (possível com ou sem patrimônio de afetação), seja pela alternativa mais radical de sua liquidação (exclusiva das obras com patrimônio afetado). Mais ainda: mesmo no curso normal do empreendimento, e seja qual for o regime da incorporação, com ou sem patrimônio de afetação, a autonomia do incorporador perante os adquirentes não é ampla, estando claramente limitada pelo legislador, desde as origens da legislação ora considerada, como se pode notar pela previsão de atuação da assembleia dos credores ou pela Comissão de Representantes por essa nomeada. **Não se pode assim conceber que o incorporador contorne essa situação de sujeição e se imunize a um só tempo contra a falência (com todos os mecanismos de proteção ao conjunto dos adquirentes) e mesmo contra eventual impossibilidade de condução adequada da obra, impingindo aos adquirentes um regime de recuperação judicial capaz de obstar-lhes o exercício dessas prerrogativas.**

*E acrescenta: se os adquirentes das unidades imobiliárias, credores de prestação de entregar coisa (não pecuniária), não estão sujeitos à recuperação judicial, não será possível admitir o pedido formulado pela SPE e entregar, aos credores pecuniários, o destino do empreendimento imobiliário, que, nos termos da Lei 4.591/1964, cabe exclusivamente aos primeiros.*

*Ou seja, a limitação de autonomia do empreendedor, no caso a SPE, impede formular o pedido de recuperação judicial sem anuência dos adquirentes (condição que não se cogita).*

*Nas hipóteses de SPE's com patrimônio de afetação, a incompatibilidade com o processo recuperatório é ainda mais evidente, pois inequívoca a segregação do patrimônio, que só responde por dívidas do próprio empreendimento erigido.*

*Aliás, o art. 31-F da Lei de Incorporações Imobiliárias, **cuja eficácia foi expressamente declarada na Lei de Recuperação e Falência** (inciso IV do art. 119), cuida de estabelecer, sem margem de dúvida, a incomunicabilidade do patrimônio afetado, prevendo que os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.*

*Ainda é possível considerar, em complemento e com maior profundidade, a incompatibilidade da recuperação judicial com as SPE's com obra inacabada, porque, como dito, segundo a legislação aplicável aos empreendimentos imobiliários, os adquirentes poderiam, em tese, optar, em caso de insolvência da incorporadora, por assumir a construção ou mesmo fiscalizar a sua execução.*

*Conclui-se, também neste caso, que o incorporador não tem autonomia para requerer a recuperação em detrimento da vontade dos adquirentes.*

*Na mesma trilha, não é equivocado dizer que, concluída a obra e entregues todas as unidades, exaurido está o objeto da sociedade criada para tal fim específico.*

*E não há, em tal hipótese, atividade empresarial a preservar, mostrando-se descabida, também sob tal vertente, a utilização do meio judicial de recuperação de empresa.*

*E é por isso que está correta a conclusão exarada pelo i. Magistrado, ao cumprir a tutela antecipada recursal conferida neste recurso, quando considerou que a administração da carteira de recebíveis oriundos das vendas de unidades imobiliárias não revela, por si, atividade empresarial.*

*Nota-se que tal atividade, especialmente ligada à administração*

*de créditos e débitos, faz parte da liquidação da sociedade, que, como dito, já exauriu o seu objeto e só tem o caminho do encerramento para percorrer” (e-STJ fls. 638-641 - grifou-se).*

A questão é controversa e merece uma análise detida.

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, já que podem perder todas as economias aplicadas 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, tendo seu objeto social 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 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 ineficientes para trazer segurança aos adquirentes. De fato, as incorporadoras financiavam as construções, dando o terreno e o prédio a ser edificado como garantia. Porém, em vez de utilizar os valores obtidos com o financiamento na construção daquela edificação, as quantias eram utilizadas para o pagamento de outros débitos, o que acabou por ensejar a falência do grupo.

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 compradores, 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 5.491/1964, 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. Ademais, 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 e 24).*

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 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, contratos e movimentação da conta, garantindo transparência e possibilidade de fiscalização.

Todavia, é preciso ter em conta que o patrimônio de afetação não está totalmente dissociado do patrimônio geral do titular, pois permanece ligado a ele, apenas sendo utilizado destacadamente para cumprir determinada função.

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 ou sem patrimônio de afetação.

Esses pedidos expuseram a insuficiência da proteção conferida pelo legislador aos adquirentes 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 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, 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 com 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 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, págs. 342-343)

Outros fatores podem influenciar negativamente a incorporação, como elevação dos preços dos materiais e da mão de obra, por exemplo, circunstâncias que retiram o equilíbrio financeiro inicialmente previsto pela incorporadora.

Daí resultam os pedidos de recuperação judicial.

A primeira questão trazida a debate, então, 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.

### **3) Da recuperação judicial da incorporadora imobiliária**

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

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.

Com efeito, a Lei nº 11.101/2005 não traz 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 de perpetuidade, 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 contínua.

Não bastasse isso, o deferimento do processamento da recuperação judicial não significa que a atividade conseguirá se soerguer, nem tampouco que, mesmo recuperada, será mantida posteriormente por seus titulares, o que não obsta que lhe seja concedida a recuperação. Assim, não parece haver impedimento para o pedido sob esse fundamento.

#### **3.1) Com patrimônio de afetação**

No caso de haver sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação entre as integrantes do grupo, na parte a ele relativa continuarão a desenvolver suas atividades de forma independente, com observância das regras

estabelecidas pela Lei nº 4.591/1964.

Com efeito, a Lei de Incorporações criou um regime de incomunicabilidade que é 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.

Nesse 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."*

A separação do patrimônio como mecanismo de proteção dos adquirentes e dos demais credores traz diversos benefícios à 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. Em contrapartida, reduz sua liberdade, pois lhe retira a disponibilidade sobre o patrimônio afetado.

Vale transcrever, no ponto, a lição de Marcelo Sacramone:

*"(...)*

*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. Cumpre 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. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 76, ano 20. págs. 173-193. São Paulo: RT, abr-jun. 2017 - grifou-se).

Encerrada a obra e entregues as unidades aos adquirentes, o patrimônio de afetação se exaure. Eventuais sobras voltarão a integrar o patrimônio geral da incorporadora e, somente a partir desse momento, poderão ser utilizadas para o pagamento de outros credores.

É preciso destacar, 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 recebimentos do preços convenciados 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 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)***

É oportuno mencionar que, no caso de decretação da quebra da incorporadora, a falência não atingirá as incorporações submetidas à afetação, cabendo aos adquirentes optar pela continuação da obra ou liquidação do patrimônio de afetação, na forma do art. 31-F da Lei nº 4.591/1964.

### **3.2) Sem patrimônio de afetação**

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 seu curso.

#### **4) Do caso concreto**

As recorrentes sustentam que, na hipótese, foi realizada a verificação prévia, procedimento que não encontrava previsão legal na data em que deferido.

De fato, no julgamento do pedido de tutela recursal, a Corte estadual, diante da denúncia de irregularidades por parte dos credores, determinou a realização de verificação prévia. Ainda que na ocasião do julgamento não estivesse positivada a constatação prévia na LREF, esse procedimento 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.

Tal prática, ademais, como bem salientou o ilustre representante do *parquet* em parecer juntado nos autos do REsp nº 1.957.067/SP (e-STJ fls. 1.450-1.462), já constava da Recomendação nº 57/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que, com amparo nos arts. 156, 370 e 481 do CPC/2015, passou a prescrever medida semelhante, a ser adotada pelos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial:

*"Art. 1º Recomendar a todos os magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial, em varas especializadas ou não, que determinem a constatação das reais condições de funcionamento da empresa requerente, bem como a verificação da completude e da regularidade da documentação apresentada pela devedora/requerente, previamente ao deferimento do processamento da recuperação empresarial, com observância do procedimento estabelecido nesta Recomendação."*

Não há, portanto, nenhuma irregularidade nessa determinação.

Superada essa questão, de acordo com o art. 48 da Lei nº 11.101/2005, poderá requerer a recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos.

Na hipótese, a partir do exame dos documentos juntados aos autos e dos fatos apurados na verificação prévia, a Corte paulista concluiu, **após minuciosa análise**, que inexistente atividade a ser preservada, seja das sociedades controladas (SPEs), seja das controladoras, conforme se verifica do seguinte excerto do acórdão recorrido, da lavra do Desembargador Araldo Telles:

"(...)

**Não há dúvida, portanto, que, apesar dos projetos, a inatividade empresarial é antiga e conhecida do próprio mercado.**

*Este relator, cuidou, inclusive, de realizar pesquisa na internet, que ocorreu em 19 de abril do corrente ano, e, lançando o nome 'Grupo Esser' no provedor Google, deparou com o sítio eletrônico das recuperandas em manutenção, a revelar, de vez, que não há, sequer em hipótese, qualquer empreendimento previsto para o ano de 2021.*

**A conclusão, portanto, é que Esser Europa, Esser França, Esser Milão, Esser Orlando, Esser Uruguai e Esser Gênova não possuem atualmente (os projetos e alvarás de construção são dos anos de 2013 e 2016), atividade empresarial suscetível de recuperação. A Esser Austrália, com construção interrompida há anos, também não cuidou de demonstrar a existência de atividade empresarial. Triumph e Esser sequer registram movimentação contábil ou qualquer atividade. Por fim, Esser Espanha, Esser New York e Esser Santorini, apesar do estoque, diante da sua insignificância, que denota em verdade, a ausência de atividade empresarial apta à recuperação, também não merecem o processamento da demanda.**

*E se as controladas (SPE's) estão inaptas, o mesmo destino deve seguir a Esser Holding, controladora daquelas" (e-STJ fl. 650 - grifou-se).*

Rever essa conclusão para entender que há fonte produtora a ser mantida, finalidade primordial da recuperação judicial, nos termos do art. 47 da LREF, demandaria revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula nº 7/STJ.

Cumpre assinalar que o deferimento do processamento da recuperação judicial depende de uma análise formal do cumprimento dos requisitos dos arts. 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005.

Assim, a demonstração de que existe a atividade cuja recuperação se pretende, sendo exercida regularmente há mais de 2 (dois) anos, é pressuposto para o deferimento, o qual traz inúmeras consequências para os credores, como a paralisação das execuções e a necessidade de habilitação do crédito, por exemplo.

Observa-se que o deferimento de uma recuperação judicial que não tem como prosperar, pode causar graves prejuízos aos envolvidos.

Daniel Cárnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo afirmam:

"(...)

**A decisão que defere o processamento da recuperação empresarial gera sérias consequências, como, por exemplo, a suspensão das ações e execuções em face do devedor (stay period).**

*Portanto, é acertada a decisão do legislador ao positivar a constatação prévia quando o juízo julgar necessário, pois, **deferir o processamento de uma recuperação judicial para uma empresa que é inviável, mantendo-a em funcionamento, pode criar expectativas, para credores e colaboradores, que não serão realizadas, prejudicando o mercado e a sociedade.** Da mesma forma, decretar a falência de uma empresa, ainda viável, gera prejuízos sociais com a perda de potenciais empregos, tributos e riquezas que ainda poderiam ser gerados.*

*Assim, conforme esclarece o § 5º do artigo em análise, **a constatação prévia consistirá, objetivamente, na verificação das reais condições de funcionamento da empresa e da regularidade documental, sendo vedado o indeferimento do processamento da***

*recuperação baseado na análise da viabilidade econômica do devedor". (Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021, pág. 161 - grifou-se)*

É oportuno mencionar que o Tribunal de origem, ao constatar a ausência de atividade das recorrentes, não incursionou na viabilidade econômica das empresas mas, sim, verificou a ausência de um dos pressupostos para o deferimento do pedido de processamento - o exercício de atividade regular pelo prazo de 2 (dois) anos.

### **5) Do dispositivo**

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.