



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO – PPGD

Carolina Lanzini Scatolin

**A COMPATIBILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM AS SOCIEDADES
DE PROPÓSITO ESPECÍFICO ATUANTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Florianópolis

2023

Carolina Lanzini Scatolin

**A COMPATIBILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM AS SOCIEDADES
DE PROPÓSITO ESPECÍFICO ATUANTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação
da Universidade Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Scatolin, Carolina Lanzini

A compatibilidade da recuperação judicial com as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária. / Carolina Lanzini Scatolin ; orientador, Orlando Celso da Silva Neto, 2023.

p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Recuperação judicial. 3. Incorporação imobiliária. 4. Sociedade de propósito específico. 5. Patrimônio de afetação. I. Silva Neto, Orlando Celso da . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.

Carolina Lanzini Scatolin

A compatibilidade da recuperação judicial com as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária.

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof.(a) André Santa Cruz Ramos, Dr.
Instituição Centro Universitário IESB - DF

Prof.(a) Marcus Vinícius Motter Borges, Dr.
Instituição Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof.(a) Orlando Celso da Silva Neto Dr.
Instituição Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.
Orientador

Florianópolis/SC, 2023.

AGRADECIMENTOS

Em regra, o trabalho de pesquisa é uma atividade solitária e introspectiva. Apesar disso, seria muito injusto dizer que passei sozinha pelos desafios encontrados no caminho. É preciso reconhecer as contribuições daqueles que acompanharam, de uma forma ou de outra, a intensa jornada que foi esse mestrado em direito.

Em especial, agradeço aos meus pais, pelo incentivo desde sempre, pelas palavras nos momentos de surtos de ansiedade e incertezas e pelo suporte incondicional. Ao meu irmão e à minha cunhada, agradeço o apoio e o incentivo desde o processo seletivo até a finalização deste trabalho, bem como pelas sugestões e auxílios com materiais para leitura.

Aos meus amigos, agradeço a paciência de me ouvir falar infinitas vezes sobre essa pesquisa, sobre as angústias, os medos e as alegrias que o mestrado me proporcionou. As palavras de incentivo e apoio e as risadas para deixar tudo mais leve proporcionaram força e esperança para prosseguir.

Ao meu namorado, agradeço pela compreensão, pela enorme paciência com minhas explosões de nervosismo e inseguranças, pela dedicação em tornar essa pesquisa realidade, pelo ânimo nos momentos de cansaço e pelo carinho de sempre. Todo o processo de pesquisa e escrita foi mais leve contigo ao meu lado.

Agradeço aos meus colegas do escritório, pela força, ajuda e incentivo nas horas de incertezas e inseguranças, pelo estímulo contínuo para a realização de pesquisa e pela parceria que foi construída.

Ao meu orientador, agradeço a oportunidade, por acreditar na pesquisa proposta e pelos auxílios e ensinamentos durante a elaboração do trabalho.

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo. (Albert Einstein)

RESUMO

A presente dissertação busca analisar se o instituto da recuperação judicial, constante na Lei n. 11.101/2005 juntamente com as alterações realizadas por meio da Lei Federal n. 14.112/2020, é aplicável às sociedades de propósito específico (SPE) com atividade de incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação, que pertençam a um grupo econômico ou não. O objetivo desta dissertação é verificar a compatibilidade do instituto da recuperação judicial com as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação. O trabalho tem ainda como objetivo analisar a possibilidade de o grupo econômico, do qual a SPE é integrante, realizar pedido de recuperação judicial em formação de litisconsórcio ativo facultativo (consolidação processual) e/ou litisconsórcio ativo obrigatório (consolidação substancial). Esta pesquisa se dará por meio da delimitação, análise, compreensão dos institutos da recuperação judicial, com seus requisitos essenciais, seus princípios e seu processo, a fim de compreender o recurso existente para a empresa em crise. Ademais, será abordado o instituto da incorporação imobiliária, analisando e compreendendo como essa atividade é desenvolvida no Brasil, bem como a constituição de sociedades de propósito específico e do patrimônio de afetação. Além disso, será abordada a constituição, os efeitos e a extinção do patrimônio de afetação, conforme a Lei n. 4.591/1964. O trabalho discute ainda a abordagem da consolidação processual e substancial, com uma compreensão dos elementos decorrentes dela, como o grupo econômico e a formação de litisconsórcio, bem como a maneira determinada pela legislação e pela jurisprudência para a determinação da consolidação processual e substancial. Por fim, é abordada a compatibilidade do instituto da recuperação judicial às sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, no que se acredita, todas as possibilidades, ou seja, com ou sem patrimônio de afetação, em formação de grupo econômico ou não, em consolidação substancial e/ou processual. Com vistas a alcançar os objetivos apresentados, o método de pesquisa adotado é o dedutivo. A pesquisa pode ser classificada em relação à abordagem como qualitativa e em relação ao objetivo como exploratória. No que toca ao procedimento, a elaboração do trabalho segue o método monográfico. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica e documental. Concluiu-se que há uma certa incompatibilidade entre a Lei de Incorporações e o instituto da recuperação judicial, devido ao modo como a atividade de incorporação imobiliária é desenvolvida, com a formação de sociedades de propósito específico e constituição de patrimônio de afetação. Isso se dá, pois deve haver o respeito à personalidade jurídica, além do que, o patrimônio de afetação cria um regime de incomunicabilidade dos bens afetados ao patrimônio geral do incorporador, o qual é incompatível com a reunião dos ativos e passivos do processo recuperacional. No entanto, o entendimento da jurisprudência e da doutrina ainda não é uníssono, existindo casos em que houve o deferimento da recuperação judicial de SPE com patrimônio de afetação, em consolidação substancial e processual. Portanto, se faz necessária análise dos operadores do direito para obter a melhor solução para cada caso.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Incorporação imobiliária. Patrimônio de afetação. Consolidação processual. Consolidação substancial.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze whether the institute of reorganizing bankruptcy, contained in Law n. 11.101/2005 as amended by changes made through the Federal Law n. 14.112/2020, is applicable to companies of specific purpose with real estate development activity, with or without assets of affectation, belonging to an economic group or not. The objective is to verify the compatibility of the institute of reorganizing bankruptcy with the specific purpose companies working in the real estate development, with or without assets of affectation. It also aims to analyze the possibility of the economic group, of which the society of specific purpose is part, to make request for reorganizing bankruptcy, in formation of optional active litigation consortium (procedural consolidation) and/or mandatory active litigation (substantial consolidation). This research will take place through the delimitation, analysis, understanding of the institutes of reorganizing bankruptcy, with their essential requirements, their principles and its process in order to understand the existing resource for the company in crises. Next, the institute of real estate development will be approached, analyzing and understanding how this activity is developed in Brazil, as well as the constitution of specific purpose companies and the assets of allocation. Furthermore, in this chapter, the constitution, effects and the extinction of the assets of affectation, according to Law n. 4.951/1964. The work proceeds with the approach of procedural and substantial consolidation, with an understanding of the elements arising from it, such as the economic group and the formation of litisconsortium, as well as the manner determined by the legislation and jurisprudence for determining procedural and substantial consolidation. Finally, the compatibility of the institute of reorganizing bankruptcy with companies of specific purpose in the real estate development, as believed, all possibilities, that is, with or without assets of affectation, in the formation of an economic group or not, in substantial and/or procedural consolidation. It was concluded that there is a certain incompatibility between the Law n. 4.951/1964 and the institute of reorganizing bankruptcy, due to the way in which the real estate development activity is developed, with the formation of specific purpose companies and the constitution of assets of affectation. This, because there must be respect for legal personality, as well as the assets of affectation creates a regime of incommunicability of the assets affected to the general assets of the developer, which is incompatible with the meeting of assets and liabilities of the recovery process. However, the understanding of jurisprudence and doctrine is not yet unison, and there are cases in which there has been the approval of the reorganizing bankruptcy of a company of specific purpose with assets allocation, in substantial and procedural consolidation. Therefore, it is necessary the operators of the law to analyze each case to obtain the best solution for each one. The research method adopted is deductive. The research can be classified in relation to the approach as qualitative and in relation to the objective as exploratory. With regard to the procedure, the preparation of the work follows the monographic method. The research technique used is bibliographic and documentary.

Keywords: Reorganizing bankruptcy. Real estate development. Assets of affection. Procedural consolidation. Substantial consolidation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas

ABJ Associação Brasileira de Jurimetria

ACC Adiantamento de Contrato de Câmbio

AGC Assembleia Geral de Credores

CC Código Civil

CF Constituição Federal de 1988

CPC Código de Processo Civil

CVM Comissão de Valores Mobiliários

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LREF Lei de Recuperação de Empresas e Falência

SPE Sociedade de propósito específico

PA Patrimônio de afetação

PRJ Plano de Recuperação Judicial

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A REESTRUTURAÇÃO DE EMPRESAS POR MEIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	19
2.1	A crise empresarial e as soluções do direito	20
2.2	Histórico da recuperação judicial	24
2.3	Lei n. 11.101/2005 e as recentes alterações	30
2.3.1	Principais distinções entre o Decreto-Lei 7.661/45 e a Lei n. 11.101/2005.....	30
2.3.2	Princípios norteadores da Recuperação Judicial.....	31
2.3.2.1	<i>Preservação da empresa e função social da empresa</i>	<i>32</i>
2.3.2.2	<i>Retirada da empresa inviável do mercado.....</i>	<i>33</i>
2.3.2.3	<i>Proteção ao trabalhador.....</i>	<i>33</i>
2.3.2.4	<i>Redução do custo do crédito</i>	<i>35</i>
2.3.2.5	<i>Interesse e participação ativa dos credores.....</i>	<i>35</i>
2.3.3	Recentes alterações na LREF por meio da Lei n. 14.112/2020.....	36
2.4	Identificação da crise e requisitos do pedido de recuperação judicial	37
2.5	O processo de recuperação judicial	39
3	INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO	47
3.1	Conceito e definição legal da incorporação imobiliária	49
3.2	Constituição da incorporação imobiliária e as obrigações de seus sujeitos	53
3.3	Patrimônio de afetação.....	58
3.3.1	Teoria da afetação aplicada à incorporação imobiliária	60
3.3.2	Regime jurídico do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária	62
3.3.3	Constituição, limitações impostas e extinção do patrimônio de afetação	65
3.3.4	Comissão de representantes	69
3.3.5	Regime especial de tributação das incorporações imobiliárias com patrimônio de afetação.....	70

3.4	Sociedade de propósito específico.....	72
3.4.1	Sociedade empresária e empresário	72
3.4.2	Origem da sociedade de propósito específico.....	75
3.4.3	Sociedade de propósito específico na incorporação imobiliária.....	77
4	CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL.....	80
4.1	Grupo econômico	82
4.2	Litisconsórcio ativo.....	85
4.3	Consolidação processual.....	88
4.4	Consolidação substancial	93
5	COMPATIBILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM SPE	
	ATUANTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	99
5.1	O patrimônio de afetação na recuperação judicial da incorporadora	101
5.2	Recuperação judicial de sociedade de propósito específico ou da sociedade empresária de incorporação imobiliária	104
5.3	Recuperação judicial de sociedades atuantes na incorporação imobiliária em consolidação substancial	110
5.3.1	Sociedade com patrimônio de afetação	111
5.3.2	Sociedade sem patrimônio de afetação.....	114
6	CONsiderações Finais.....	117
	REFERÊNCIAS.....	125

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre a compatibilidade do instituto da recuperação judicial com as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária ganhou destaque nos últimos anos. Ressalta-se que esse setor e o da construção civil no Brasil possuem, há tempo, grande relevância na economia do país.

Ao final dos anos 1990, a decretação da falência da construtora Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria (Encol), que provocou a paralisação de mais de setecentas obras em todo o país, deixou cerca de 42 mil pessoas sem receber o seu imóvel e aproximadamente 850 milhões de reais em dívidas com bancos, fornecedores, além de dívidas fiscais e tributárias (JUNIOR; PATURY; SIMONETTI, 1997), levantando discussões em diversos âmbitos do Poder Público.

Como pontos da discussão, cita-se a ausência de segurança do adquirente quando da falência do incorporador ou quando da paralisação da obra sem justa causa, e a prática usual das incorporadoras constituírem garantias reais sobre um determinado imóvel para a garantia de dívidas não vinculadas a sua construção (AMARAL, 2021). O resultado das discussões foi a aprovação da Lei n. 10.931/2004, a qual acrescentou à Lei de Incorporações (Lei n. 4.591/1964), a regulamentação da segregação do patrimônio do empreendimento do patrimônio geral da empresa incorporadora. Em outras palavras, o legislador buscou proteger o adquirente com a instituição do patrimônio de afetação e tornou-o incomunicável com as dívidas alheias ao empreendimento, bem como passou a responsabilizar o incorporador em casos de atraso das obras.

Essa novidade legislativa, o patrimônio de afetação, é uma faculdade do incorporador e, caso instituído, possui caráter irretroatável. Ele abrange todo o ativo e passivo decorrente de um determinado empreendimento e possui a exclusiva finalidade de concluir a obra, entregar as unidades autônomas e adimplir todas as despesas decorrentes da construção a que está vinculado.

Apesar disso, algumas incorporadoras fazem o uso da constituição de uma nova personalidade jurídica, a sociedade de propósito específico (SPE), com vistas a segregar o patrimônio de determinado empreendimento do patrimônio geral da sociedade incorporadora. Essa forma de sociedade possui objeto social e prazo determinados; assim, uma vez atingido o objeto e/ou o prazo estabelecido no contrato social, a SPE é extinta.

Em geral, as sociedades incorporadoras costumam ser estruturadas de forma a sobrepor a sociedade de propósito específico e o patrimônio de afetação, a fim de garantir maior segurança ao adquirente, bem como obter maiores benefícios dessa estruturação, como, por exemplo, obter uma tributação inferior com o regime de afetação, conseguir melhores condições de financiamento e atrair mais pessoas interessadas em adquirir as unidades futuras.

Apesar dessas formas de proteção ao adquirente e da responsabilização do incorporador, este não está imune às crises econômico-financeiras que o mercado pode sofrer. Nos anos de 2014 a 2016 o mercado imobiliário amargou uma profunda crise¹. A diminuição do número de unidades imobiliárias vendidas, a expressiva quantidade de desistências requeridas por adquirentes e o encarecimento do crédito foram os principais fatores para a crise desencadeada (VALOR ECONÔMICO, 2018; ESTADÃO, 2017).

Mais recentemente, com a crise econômica mundial causada pela pandemia do COVID-19², o setor imobiliário enfrentou a dificuldade de manter a cadeia de suprimentos sempre abastecida, o que ocasionou escassez de matéria-prima para os diversos setores, inclusive o de construção civil (ISTO É, 2022).

Na busca pela reestruturação e soerguimento da atividade, as sociedades empresárias buscaram a negociação com seus principais credores, com a solicitação de dilação de prazos para pagamentos, repactuação de taxas, juros e encargos, contratação de empréstimos complementares. Por vezes, essa negociação extrajudicial não é viável, o que fez com que parte das sociedades incorporadoras afetadas pela crise recorressem à recuperação judicial para a preservação da atividade e a superação da crise.

O instituto da recuperação judicial está delimitado na Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei n. 11.101/2005) e seu foco é o soerguimento da empresa viável, com a preservação da atividade, a manutenção dos empregos e da fonte produtora. Todavia, o requerimento deste pelas sociedades atuantes na incorporação imobiliária suscitou discussões acerca da compatibilidade entre a Lei n. 4.591/1964 e a Lei n. 11.101/2005.

A forma de estruturação das empresas de incorporação imobiliária, com sociedades controladas — as sociedades de propósito específico — e a controladora — sociedade

¹ Nesse sentido são os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, dos quais é possível extrair que o Produto Interno Bruto – PIB medido para o setor da construção civil (com recorde positivo medido no primeiro trimestre do ano de 2014) foi no primeiro semestre do ano de 2018 igual ao medido no terceiro trimestre do ano de 2009 (Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/observatoriodaconstrucao/noticias/pib-daconstrucao-civil-cai-11-no-segundo-trimestre/>. Acesso em: 30 dez 2022).

² De acordo com o relatório do Banco Mundial, a crise desencadeada pela pandemia do COVID-19 é a pior desde a grande depressão de 1930. (International Bank for Reconstruction and Development, 2022)

incorporadora —, somadas à constituição de patrimônio de afetação para cada empreendimento, acarretaria incomunicabilidade do patrimônio afetado com as demais dívidas da sociedade incorporadora. Isso gerou o debate sobre a possibilidade de incorporadoras e suas controladas ingressarem com o pedido de recuperação judicial.

O objetivo desta dissertação é verificar a compatibilidade do instituto da recuperação judicial com sociedades de propósito específico atuantes na atividade de incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação. Além disso, investigar se o mesmo instituto é aplicável na hipótese da sua utilização por sociedades de propósito específico com atividade de incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação, em conjunto com outras empresas do mesmo grupo econômico, em consolidação processual e/ou substancial.

Desta forma, o segundo capítulo busca conceituar, delimitar e analisar as formas de crise que acometem as atividades empresariais, bem como quais as soluções dadas pelo ordenamento jurídico a elas. Além disso, busca definir a origem do processo de recuperação judicial, suas causas, seus objetivos e princípios, com vistas a identificar em qual momento da crise tal medida deve ser aplicada. Ao final do capítulo, identificam-se quais os requisitos para a concessão dessa medida e como é o procedimento da recuperação judicial.

No terceiro capítulo, estuda-se o regime da incorporação imobiliária, com os seus principais elementos, sua constituição e as responsabilidades dos sujeitos dessa atividade. Ademais, analisa-se a sua forma de estruturação por meio da instituição do patrimônio de afetação, que é objeto de estudo mais aprofundado, com a sua origem, sua constituição, seus efeitos e sua extinção. Por fim, analisa-se a sociedade de propósito específico, também utilizada na atividade de incorporação como meio de segregação patrimonial. Esse estudo visa compreender a incorporação imobiliária, seus elementos e sua estruturação.

O quarto capítulo, por sua vez, inicia com a análise de grupo econômico e de litisconsórcio ativo com suas variações (facultativo, necessário, comum e unitário), tendo em vista a necessidade dessa discussão para a compreensão da consolidação processual e substancial determinada na legislação recuperacional. Ainda nesse capítulo, realiza-se a análise da legitimidade ativa na recuperação judicial dos grupos econômicos em consolidação processual e/ou substancial, adentrando nos requisitos, nas funções e nas consequências de sua configuração para o procedimento recuperacional.

Por fim, no quinto capítulo, discute-se a efetiva compatibilidade da recuperação judicial com as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, com ou sem a instituição do patrimônio de afetação. Além disso, investiga-se nesse capítulo se o

mesmo instituto é compatível na hipótese de ser utilizado por sociedades de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, em conjunto com outras empresas do mesmo grupo econômico, em consolidação processual e/ou substancial.

O método de pesquisa adotado neste trabalho é o método dedutivo. A pesquisa pode ser classificada, em relação à abordagem, como qualitativa e, em relação ao objetivo, como exploratória. No que toca ao procedimento, a elaboração do trabalho segue o método monográfico. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica e documental.

2 A REESTRUTURAÇÃO DE EMPRESAS POR MEIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A atividade empresarial possui o risco como fator intrínseco ao seu desenvolvimento. O enfrentamento de sistemas concorrenciais faz com que haja a necessidade constante de busca por novos mercados e por novos produtos ou serviços para atender às exigências do mercado consumidor.

Essa busca, por vezes, implica em assumir riscos de insucesso. Observa-se, todavia, que o fracasso da atividade não necessariamente diz respeito à incapacidade do empresário no seu desenvolvimento, mas poderá indicar uma falta de adaptação ao mercado, uma decisão gerencial errônea ou apenas uma condição inesperada advinda do meio externo à atividade empresarial.

O insucesso pode acarretar à atividade empresarial uma crise econômico-financeira que poderá prejudicar e, até mesmo, inviabilizar sua continuidade. A crise, de modo amplo, apresenta-se quando o empresário não consegue mais manter o desenvolvimento de suas atividades empresariais e, ao mesmo tempo, suportar as obrigações decorrentes destas (TOMAZATTE, 2022).

Diante da existência dessas crises empresariais, há a necessidade de conceituá-las em suas diversas formas e relacioná-las a possíveis soluções encontradas no âmbito do direito falimentar, quais sejam, a falência e a recuperação judicial. No primeiro caso, quando a empresa em crise não mais é apta ao prosseguimento de suas atividades, o Estado, por meio de leis, opta por retirá-la do mercado, de modo célere e que incorra em menor prejuízo, tanto ao empresário quanto aos credores.

Já no segundo caso, objeto de estudo do presente trabalho, a atividade empresarial encontra-se em crise, porém esta é temporária e reversível. O Estado, em razão da viabilidade econômica da empresa, opta pela elaboração de uma legislação que possibilita à empresa a concessão de benefícios para que satisfaçam, em condições especiais, suas obrigações (TOMAZATTE, 2022) e, assim, possam permanecer operantes no mercado.

Neste capítulo, busca-se conceituar, delimitar e analisar as formas de crise que acometem as atividades empresariais, bem como as soluções dadas, pelo ordenamento jurídico, a elas. Além disso, pretende-se definir a origem do processo de recuperação judicial, suas causas, seus objetivos e princípios, com a finalidade de identificar em qual momento da crise empresarial tal medida deve ser aplicada. Por fim, estabelece-se quais são os requisitos

essenciais para a concessão do benefício da recuperação judicial exigidos pela legislação vigente.

2.1 A CRISE EMPRESARIAL E AS SOLUÇÕES DO DIREITO

O mundo empresarial possui como principal engrenagem a obtenção de lucro por meio da produção. O risco³, então, torna-se essencial à atividade ainda mais quando está inserida em uma sociedade capitalista, em regime de concorrência. O risco também decorre da busca de novos mercados, da tentativa de descoberta de novos produtos ou serviços (SACRAMONE, 2022a) ou de novas tecnologias que possam aumentar a qualidade do produto ou serviço já oferecido.

Quando uma empresa entra em crise, há a necessidade de averiguar a sua origem, tendo em vista que tal crise pode decorrer de fatores externos à atividade econômica ou de fatores internos, como a gestão dos sócios e administradores.

É preciso, assim, conceituar a crise empresarial. Ela pode estar intimamente ligada às mudanças organizacionais e sociais, bem como a processos decisórios. No âmbito da literatura administrativa, sua conceituação conta com três dimensões, visto que a crise organizacional: (i) ameaça valores primordiais da entidade; (ii) apresenta um curto período para resposta; (iii) é inesperada ou imprevista (HERMANN, 1963). Entretanto, a prática demonstra que muitas das crises possuem aviso prévio, porém as respostas dadas aos anúncios são, por vezes, atrasadas, gerando o agravamento da situação de crise (DIAS, 2012).

Para Fábio Ulhoa Coelho (2020), a crise da empresa nem sempre está ligada à má administração ou ao cometimento de atos ilícitos dos sócios e/ou administradores. Às vezes, os sócios e os administradores atuam em conformidade com todas as leis e dentro da ética negocial para o desenvolvimento da empresa, mas ainda assim o negócio não tem êxito. Isso implica dizer que a causa da crise empresarial se dá por fatores externos de economia, em que os sócios e os administradores não possuem controle e nenhuma responsabilidade pode ser imputada a eles.

Em alguns casos, a crise empresarial pode ser equiparada à insolvência empresarial, porém pode, também, englobar situações de mero desequilíbrio econômico-financeiro ainda

³ Os riscos nas empresas, em linhas gerais, correspondem a tudo aquilo que as impede de obter lucro e/ou que as faz perder lucro. São todos os eventos e expectativas de eventos que impedem a empresa e as pessoas da empresa de ganharem dinheiro (BARALDI, 2018).

não crônico ou situações de pré-insolvência (HENRIQUES, 2021). Para Carlo Angelici (2008), a crise das empresas é um fenômeno característico do mercado. Na economia planificada, a questão da ineficiência da empresa encontra-se no âmbito da atividade de planejamento. Ocorre, dessa forma, um deslocamento do foco que faz com que, no que se refere à economia de mercado, a crise, ainda que derivada de fatores externos, ecloda na empresa (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016).

As causas para essa crise são as mais variadas e, normalmente, a crise decorre de um conjunto dessas causas. Para Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2018), poder-se-ia classificar as causas em dois grandes grupos: causas internas, imputáveis à própria empresa; e causas externas, decorrentes de eventos que fogem ao controle de quem explora a atividade.

Quanto às formas de crise empresarial, Marlon Tomazette (2022) classificou-as como: de rigidez, de eficiência, econômica, financeira e patrimonial. No primeiro caso, o autor a delimita como uma crise que ocorre quando a atividade não se adapta ao ambiente externo. Geralmente ela tem origem em causas externas, como o avanço tecnológico, a mudança repentina de gosto do consumidor, a mudança dos custos do trabalho ou a concorrência. Todas essas causas possuem um ponto em comum: o empresário, ao sofrer de crise de rigidez, demonstra sua incapacidade de reação frente a mudanças, demonstra a ausência de flexibilidade do negócio para o desenvolvimento da atividade.

A crise de eficiência, por outro lado, geralmente possui origem em causas internas como, por exemplo, a escassa capacidade de inovação e a dificuldade de solucionar problemas com terceiros, sejam eles clientes, fornecedores, instituições de crédito. Essa forma de crise possui sua manifestação nas áreas de gestão empresarial, pois se refere a uma empresa cujos rendimentos não são compatíveis com sua potencialidade (GARELLA, 2003).

Ao conceituar a crise econômica, Marlon Tomazette (2022) a expõe como uma atividade que possui rendimentos menores que seus custos, ou seja, uma empresa que trabalha no prejuízo. Para outros autores (ver KIRSCHBAUM, 2009), a crise econômica pressupõe um modelo de negócio fundado no mau emprego dos ativos de titularidade da pessoa jurídica em que os concorrentes produzem algo melhor com um custo menor. Nesse caso, os ativos da empresa são incapazes de gerar riquezas suficientes quando comparados com os custos operacionais. Nessa situação, mesmo que haja a recapitalização da atividade, a ausência de modernização de sua planta e de seu modelo de negócios ou dos hábitos de consumo fará o problema persistir.

Já na crise financeira, encontra-se o caso de uma crise de liquidez, a qual inviabiliza a empresa de cumprir com suas obrigações cotidianas. Em outras palavras, a crise financeira é a constante incapacidade de a empresa arcar com as próprias dívidas e com os recursos financeiros que possui à disposição (GARELLA, 2003). Não é incomum situação de crise financeira produzida por fatores externos à empresa. Ela pode estar ligada a fatores macroeconômicos, os quais não afetam necessariamente os fundamentos econômicos das empresas, porém comprometem por um período sua capacidade financeira (KIRSCHBAUM, 2009). Esse é o caso de atividades econômicas que dependem fortemente de receitas de exportações, as quais estão intimamente ligadas à variação cambial e às variações do mercado externo.

Por fim, na crise patrimonial inexistente patrimônio suficiente para suportar a totalidade das dívidas da empresa (COELHO, 2021). Trata-se, portanto, da insolvência em seu sentido mais econômico (TOMAZATTE, 2022). Essa forma de crise pode não ser fatal para a empresa, mas decorrer somente de grandes investimentos realizados para o aumento do parque industrial e a projeção dos resultados pode ser superior ao investimento realizado.

Embora sejam diferentes formas de manifestação, a crise empresarial pode conjugar mais de uma forma e possuir diversas causas. Outro ponto a ser considerado é que o risco empresarial, inerente à atividade de empresa e assumido pelos gestores e sócios, pode desencadear perdas surpreendentes não só para a sociedade, mas também para a comunidade que nela está englobada. Em razão disso, para Fabio Ulhoa Coelho, existem alguns princípios aplicáveis à crise: da inerência do risco e do impacto social da crise da empresa.

O primeiro se verifica no fato de que não há como neutralizar ou mitigar totalmente o risco empresarial. Mesmo a empresa com a melhor organização, de acordo com os preceitos da administração e com o melhor programa de governança e *compliance*, não está imune aos fatores da macroeconomia. É a partir desse princípio que surge a necessidade de aferir a causa da crise para, quando for o caso, responsabilizar o causador (COELHO, 2020).

Já o segundo princípio demonstra a abrangência dos efeitos que uma crise dentro de determinada empresa pode causar. Os interesses que gravitam em torno da atividade empresarial estão além dos interesses dos sócios, incluem os interesses dos trabalhadores na manutenção de seus empregos, dos consumidores nos produtos e/ou serviços oferecidos pela empresa, do fisco com a geração de tributos (COELHO, 2020). Em uma empresa em crise, todos esses interesses podem ficar prejudicados.

Assim, quando uma atividade empresarial enfrenta uma crise, o foco do empresário se torna a sua solução. A busca por renegociação com seus credores, a busca por novos recursos e a reestruturação do negócio são algumas maneiras que o empresário utiliza para resolver a crise. Caso essas estratégias deem resultado positivo, afirma-se que houve uma solução de mercado (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

No entanto, para casos em que a solução de mercado não é suficiente para a superação da crise enfrentada pela empresa, o Estado criou institutos para assegurar a preservação da atividade econômica e, conseqüentemente, a continuidade do desenvolvimento de suas atividades. Isso ocorre pois não há apenas o interesse dos credores com o inadimplemento de seus créditos, há o comprometimento dos interesses dos consumidores e dos trabalhadores, sem contar, ainda, o interesse público com a manutenção de um ambiente concorrencial, com a geração de riquezas e pagamento de impostos (SACRAMONE, 2022a).

Os institutos criados pelo Estado para que o empresário possa superar a crise contam com a atuação do Poder Judiciário, não como sujeito responsável pela reestruturação e soerguimento da empresa, mas como sujeito que acompanhará a aplicação dos procedimentos legalmente previstos (TOMAZATTE, 2022).

Entre os institutos criados pelo Estado para auxiliar o empresário em crise tem-se a falência. Esse mecanismo é caracterizado pela execução coletiva dos bens do empresário, e é utilizado quando a crise empresarial tenha atingido um nível de irreversibilidade e inviabilidade da continuidade da atividade no mercado (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018). A decretação da falência permite que todos os bens do devedor sejam arrecadados e alienados a fim de satisfazer os créditos.

Além da satisfação dos créditos, há o outro lado dessa alienação dos bens, qual seja, a obtenção de bens que possam ser empregados para a atividade de outras empresas ajudando em um desenvolvimento mais eficiente de outra empresa. Em outras palavras, há tanto a satisfação dos credores, por meio da liquidação dos ativos do devedor, quanto a circulação de riquezas, como meio de preservar a higidez do mercado e de alocar eficientemente os recursos escassos (SACRAMONE, 2022a).

Outro instituto criado foi a recuperação extrajudicial, por meio da qual a crise da empresa pode ser superada com a utilização de um mecanismo mais suave, através de renegociação com algumas classes de credores de modo a equalizar as contas. Por fim, o Estado criou o instituto da recuperação judicial. Este abrange as empresas em situação de crise de maior

gravidade, porém ainda reversível e com viabilidade (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

A reestruturação empresarial passou por diversos momentos na história do ordenamento jurídico. Desde a dilação de prazo para pagamento ou abatimento do valor devido até a cumulação de diversos meios para que o empresário devedor possa reorganizar sua atividade e possibilitar a manutenção da empresa (SACRAMONE, 2022).

As soluções encontradas pelo Estado foram positivadas em legislações que sofreram significativas mudanças no decorrer do tempo, conforme se verá a seguir.

2.2 HISTÓRICO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A existência de regulamentações sobre como os devedores deveriam responder por suas dívidas advém da antiguidade, e sua evolução ocorre até os dias de hoje, com novas legislações e regimes concursais, a fim de conciliar os interesses do devedor em cumprir suas obrigações e dos credores em ver satisfeitos seus créditos.

Na antiguidade, o devedor respondia por suas obrigações com a própria liberdade e, às vezes, com a própria vida (REQUIÃO, 1978). Somente com a edição da *Lex Poetelia Papira* a responsabilidade das obrigações contraídas passou a ser patrimonial. Em seguida, surgiram novas leis que possuíam como objetivo a satisfação da obrigação tendo em vista os bens patrimoniais que o devedor possuía (RAMOS, 2016). No entanto, ainda restavam dúvidas sobre como reagir quando o patrimônio do devedor fosse menor que a obrigação a ser satisfeita.

A solução para esse problema foi encontrada na *Lex Iulia*, na qual constavam alguns princípios que, até hoje, se aplicam para o direito falimentar, quais sejam: a faculdade de os credores disporem dos bens do falido; a divisão dos bens entre os credores em igualdade de condições (*par conditio creditorium*); além da chamada *missio in possessio bonorum*, por meio da qual os credores adquiriam a posse comum dos bens do devedor, assumindo a posição de um administrador (RAMOS, 2016).

A partir desses princípios, Roma, na Idade Média, moldou a falência. Este instituto, no século XIV, estava delineado nos estatutos das cidades italianas, pelo menos em suas linhas essenciais. A grande característica desse instituto era a “pena de infâmia”, que implicava a exposição dos falidos em espetáculos públicos, para serem objeto de riso e zombaria (CARVALHO DE MENDONÇA, 1964, p. 12-13).

Com o avanço da economia e com o advento da globalização, o instituto da falência viu-se obrigado a se adaptar a novos paradigmas. A noção de insolvência como algo que ocorre somente com devedores desonestos começa a ser revista e passa ser tida como algo normal, inerente ao risco empresarial.

Com as crises econômicas tornando-se comuns, a perspectiva sobre elas sofreu alterações. Assim, a falência deixa de ser o único instrumento para o devedor. O reconhecimento da função social da empresa e dos danos causados pela paralização de certos agentes econômicos fez com que o legislador notasse a necessidade de, muitas vezes, preservar o devedor em crise quando diante da possibilidade de recuperação e, conseqüentemente, da manutenção da atividade econômica, a qual gera empregos e contribui para o desenvolvimento econômico (RAMOS, 2020).

No Brasil, a legislação falimentar também foi moldada com o tempo e com as alterações culturais e econômicas ocorridas no país. Foi a abertura dos portos às nações amigas, realizada por D. João, ao aportar no Brasil, que fez com que as relações comerciais fossem incrementadas e culminassem na promulgação do Código Comercial, em 1850 (RAMOS, 2020).

O referido *codex*, mais precisamente em seu artigo 797⁴, determinava que todo comerciante que cessava os pagamentos entendia-se por quebrado ou falido. A constatação do fracasso empresarial podia se dar por três motivos: (i) caso fortuito ou força maior; (ii) culpa; ou (iii) fraudulentamente. A lei previa também duas modalidades recuperacionais para o devedor: a concordata, abrangendo somente credores simples ou quirografários, excluindo os de domínio, os privilegiados e os hipotecários, e era sempre incidental à falência, ocorria somente após a instrução da falência (NEGRÃO, 2010); e a moratória, a qual era destinada ao devedor que demonstrasse

que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas procede de acidentes extraordinários imprevistos ou de força maior (art. 799), e que ao mesmo tempo verificar por um balanço exato e documentado que tem fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera (Brasil, 1850, art. 898).

A distinção entre a moratória e a concordata dizia respeito à sua natureza. Na concordata o devedor poderia utilizar-se de inúmeros meios para a recuperação, por meio da apresentação de proposta dentro de 8 (oito) dias da data em que se ultimasse a instrução do

⁴ Art. 797 – Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido (BRASIL, 1850).

processo de quebra (NEGRÃO, 2010). Já a moratória possuía como característica única ser instrumento dilatório, apresentado para prevenir a falência.

No Código Comercial de 1850 já constava a possibilidade de os credores declararem a quebra às autoridades. Em caso de ser despachada procedente a declaração de quebra, o devedor poderia embargar a decisão provando não ter cessado seus pagamentos. Nesse caso, o julgamento teria que ocorrer dentro de um prazo de 20 dias, improrrogáveis (BRASIL, 1850, art. 808). O objetivo desse prazo para o julgador era o de dar celeridade ao procedimento.

Com a Proclamação da República e a constituição de um governo provisório, houve a substituição da parte referente às quebras do Código Comercial Brasileiro pelo Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890. Naquele momento houve a criação do instituto da continuação do negócio do falido, sob a direção de pessoa indicada por ele e com a supervisão do síndico (art. 37). Essa continuação, todavia, dependia de autorização judicial.

Apesar de contar com a possibilidade de continuidade do empresário falido, por falta de melhor delimitação legislativa, a continuação do negócio do falido não poderia ser considerada uma forma de recuperação. O Decreto n. 917/1890 (BRASIL, 1890) aumentou as possibilidades de recuperação do devedor passando de duas, previstas no Código Comercial de 1850, para cinco: três preventivas e duas concordatas incidentais.

As incidentais, descritas no artigo 42 do referido decreto (BRASIL, 1890), eram: a concordata por abandono, a qual consistia na adjudicação de todos os bens da massa, ou de parte deles, aos credores; e a concordata por pagamento, podendo ser proposta por qualquer sócio, era concedida por escrito por credores que representassem pelo menos três quartos dos créditos sujeitos a seus efeitos, além de prever a manutenção do devedor na posse da massa pelo tempo acordado com os credores (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Quanto às formas preventivas, havia três possibilidades: a moratória, que impedia ao devedor a prova de que a impossibilidade do cumprimento com suas obrigações estava em acidente extraordinário, imprevistos ou de força maior, sendo que o pagamento poderia ser realizado desde que houvesse um prazo maior para tanto; o acordo extrajudicial com os credores que representassem três quartos da totalidade do passivo, o qual deveria ser submetido à homologação judicial; e a terceira forma era permitida somente por um determinado período de tempo — quarenta e oito horas após o protesto do título —, no qual o devedor poderia requerer a “imissão de seus credores na posse da totalidade dos bens presentes para que por eles se paguem e o desonerem de toda responsabilidade” (BRASIL, 1890, art. 131).

Com o avanço da sociedade em termos de cultura e economia, com o aumento de empresas e empresários, tornou-se necessária a atualização da legislação falimentar. Surge, assim, o Decreto-Lei n. 7.661 de 1945. Essa legislação transferiu o poder da aprovação da proposta de concordata ao juiz, ao qual competia deferir o processamento da concordata e concedê-la, se presentes os requisitos legais (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016). O que de fato aconteceu, entretanto, foi o enfraquecimento da participação dos credores e o fortalecimento dos poderes do magistrado (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018). Exatamente por essa razão, a concordata passou a ser imposta pelo juízo em favor do devedor e deixou de ser um acordo entre o devedor e seus credores. Segundo vários autores⁵, a concordata como determinada nesse decreto é considerada um verdadeiro favor legal.

Esse novo formato da concordata trouxe um grave efeito negativo, a paralisia e o engessamento do instituto. O legislador, ao optar por não dar poderes desmedidos ao devedor na apresentação de sua proposta, acabou por limitar os contornos da concordata. Assim, ela se tornou uma opção limitada, incapaz de lidar com todos os tipos de crises empresariais (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Quanto à falência, o processo determinado pelo Decreto-Lei n. 7.661/1945 demonstrou-se lento e ineficiente. Isso ocorreu pois a venda tardia dos ativos, ocorrida somente após o término do quadro geral de credores e a solução do inquérito judicial que concluía a fase processual e que permitiria o pedido de concordada, resultava na obsolescência e imprestabilidade dos bens e ativos (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016). Com essa legislação, as possibilidades de reestruturação do devedor e a efetiva superação da crise empresarial tornaram-se restritas. A concordata e a falência, da forma como estabelecidas, não traziam benefícios aos credores.

Após a promulgação do Decreto-Lei n. 7.661/1945, começou a ser consagrado, nas legislações estrangeiras, o princípio da preservação da empresa, como, por exemplo, na legislação norte-americana, com o *Bankruptcy Reform Act*, de 1978, e da Lei 85-98, de 1985, na França (BERNIER, 2016).

O engessamento do devedor na apresentação da proposta de soerguimento aos seus credores, presente na legislação brasileira, ia de encontro ao princípio da preservação da empresa e de sua função social. Inclusive, em conferência realizada no Instituto dos Advogados

⁵ J. Carvalho de Mendonça (1964), Rubens Requião (2012), João Pedro Scalzilli, Rodrigo Tellechea, Luis Felipe Spinielli (2018) são alguns dos autores que definem a concordata como exposta do Decreto-Lei n. 7.661/1945 como um favor legal.

Brasileiros, no Rio de Janeiro, em março de 1974, Rubens Requião alertou que a falência, como prevista no Decreto-Lei 7.661/45, era tão “ruinosa para os credores, que nas mais das vezes esses optam pela esperança, raramente realizada, de receber migalhas de seu crédito” (REQUIÃO, 1974, p. 99).

O mesmo autor prossegue expressando que a concordata, nos moldes da legislação vigente à época, por ser concedida por mero preenchimento dos requisitos legais sem conhecer a origem da crise empresarial e da verificação da viabilidade da empresa, não passava de um “meio hábil de enriquecimento dos devedores mais sagazes e menos escrupulosos” (REQUIÃO, 1974, p. 99).

O que se verifica da referida legislação é sua inoperabilidade e sua morosidade, causadora da dilapidação da empresa e da ineficiência dos institutos existentes. Todas as legislações mencionadas anteriormente eram destinadas à recuperação do devedor em crise e pressupunham a entrega ou a manutenção de todo o ativo sob sua administração e disposição (NEGRÃO, 2010), prevendo, todavia, poucas formas de como preservar a empresa com foco nos interesses dos credores.

A década de 1990 foi marcada por diversas crises cambiais⁶ que atingiram a economia mundial, provocando, assim, grande debate no âmbito jurídico sobre as possíveis soluções para a minimização de seus efeitos (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016). O debate específico sobre a eficiência dos sistemas de insolvência ganhou grande importância e, nos anos seguintes, o que se observou foi a implementação de diversas mudanças legislativas.

Nos Estados Unidos da América, na década de 1990, o destino das grandes companhias, devido às crises, passou a ser uma questão de caráter social, com consequências não só ao devedor e aos seus credores, mas para todos os empregados, os fornecedores, os clientes e as comunidades nas quais estavam inseridas. Nesse contexto, a solução encontrada foi o desenvolvimento, pelos advogados das companhias devedoras, de acionistas e de credores, da *corporate reorganization* (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018). Este mecanismo consistia em dar espaço ao devedor para negociar com seus credores, a fim de chegar em uma solução conjunta, com o objetivo de preservar a empresa (SKEEL, 2001). Em outras palavras, buscou-se a criação de um ambiente de negociação entre o devedor e os credores.

⁶ O colapso cambial pode ser caracterizado pela perda repentina de confiança na moeda nacional, e sua rápida depreciação em relação a outras moedas, onde este aumento de volatilidade pode ocorrer em diferentes tipos de arranjos cambiais, com consequências adversas sobre o setor real da economia. (PEREIRA; SEABRA, 2004).

Além disso, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁷, em 15 de dezembro de 1997, por meio da Resolução n. 52/158 da Assembleia Geral, aprovou a redação da Lei Modelo de Insolvência Transnacional, cujos objetivos eram:

alcançar a cooperação entre os tribunais e demais autoridades competentes do Estado e dos Estados estrangeiros; maior segurança jurídica para o comércio e para os investimentos; uma administração equitativa e eficiente das insolvências transnacionais que proteja os interesses de todos os credores e das demais partes interessadas, inclusive o devedor; a proteção dos bens do devedor e a otimização de seu valor; e a facilitação da reorganização das empresas em dificuldades financeiras, a fim de proteger o capital investido e de preservar os empregos. (UNCITRAL, 2012, p. 317)⁸.

Em junho de 2004, como fruto de uma proposta feita para a UNCITRAL para preparar uma legislação sobre a insolvência, houve a publicação do *Legislative Guide on Insolvency Law*, contendo os principais objetivos e, segundo o prefácio:

as características essenciais para um processo de insolvência sólido, a relação entre o devedor e os credores, incluindo a reestruturação extrajudicial, e um guia legislativo contendo abordagens flexíveis para a implementação desses objetivos e recursos, incluindo uma discussão das possíveis abordagens e os benefícios e prejuízos delas. (UNCITRAL, 2012, p. iii)⁹

O guia supracitado possui 198 recomendações agrupadas em 24 títulos. As recomendações de 1 a 7 e as de 139 a 198 possuem o intuito de informar quanto aos objetivos e características estruturais de um modelo de lei de insolvência e tratar sobre os procedimentos de reorganização.

Assim, seguindo o espírito existente na mudança de cultura socioeconômica e o Guia Legislativo da UNCITRAL, o Brasil, em 9 de fevereiro de 2005, teve promulgada a Lei n. 11.101, a qual regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

⁷ A UNCITRAL, foi estabelecida pela Resolução n. 2.205, de 17 de dezembro de 1966, com o objetivo de fomentar a harmonização e a modernização do direito comercial. A UNCITRAL busca trazer a uniformização e, consequentemente a facilitação do comércio por meio da preparação e da promoção do uso e da adoção de instrumentos legislativos e não legislativos em várias áreas do direito comercial. .

⁸ Tradução livre do original: The purpose of this Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of: (a) Cooperation between the courts and other competent authorities of this State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency; (b) Greater legal certainty for trade and investment; (c) Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor; (d) Protection and maximization of the value of the debtor's assets; and (e) Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.

⁹ Tradução livre do original: a mandate to prepare a comprehensive statement of key objectives and core features for a strong insolvency, debtor-creditor regime, including out-of-court restructuring, and a legislative guide containing flexible approaches to the implementation of such objectives and features, including a discussion of the alternative approaches possible and the perceived benefits and detriments of such approaches.

2.3 LEI N. 11.101/2005 E AS RECENTES ALTERAÇÕES

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF) possui inúmeras diferenças em relação ao revogado Decreto-Lei 7.661/45. Essas distinções fizeram com que a legislação falimentar desse um grande salto para sua adequação à realidade socioeconômica do Brasil. A nova legislação passou a adotar os princípios da função social e da preservação da atividade, o que demonstra a preocupação do legislador com a geração de riquezas das empresas e com os efeitos delas na economia. Passa, então, a existir uma legislação com forte viés econômico.

A análise de algumas distinções entre a legislação anterior e a Lei n. 11.101/2005 é necessária para que se possa compreender a evolução trazida com a finalidade de efetivamente possibilitar às empresas em crise o soerguimento e a preservação da atividade econômica.

2.3.1 Principais distinções entre o Decreto-Lei 7.661/45 e a Lei n. 11.101/2005

O projeto da Lei n. 11.101/2005, depois de aprovado na Câmara dos Deputados, passou a ficar sob a responsabilidade do senador Ramez Tebet. Ao apresentar seu relatório, o parlamentar consignou que a modernização da legislação foi pautada no objetivo de aumentar a eficiência econômica em um ambiente de respeito ao direito dos mais fracos. Em trecho de seu relatório, é demonstrada a preocupação com a comunidade atingida pela crise da empresa:

[o] que se pretende é dar condições às empresas viáveis de se manterem ativas. É claro que, muitas vezes, serão necessárias profundas reorganizações administrativas. Mas o importante é que os trabalhadores não sejam vitimados pelo efeito social mais deletério das falências: o desemprego que decorre da desintegração pura e simples de empresas falidas. (BRASIL, 2003, p. 10)

Observa-se que até o advento da nova lei, o legislador não oferecia soluções razoáveis para a recuperação das empresas em crise. No novo texto legal, observou-se um sistema com potencial de fornecer mecanismos e instrumentos para a superação da crise da empresa ou empresário viável, a retirada do mercado da empresa inviável com celeridade, podendo realizar a realocação do negócio no mercado, seja no todo ou em parte, sob nova gestão, e a criação de um sistema equilibrado entre os interesses dos credores e do devedor, com vistas à preservação da empresa (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016).

Diferentemente do Decreto-Lei 7.661/45, em que havia a predominância do caráter processual, resultante da própria estrutura das soluções apresentadas (a concordata como favor legal concedido pelo juiz e a falência limitando-se à liquidação da empresa para pagamento dos credores) (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016), a nova lei possui como destaque o caráter

amplamente negocial das soluções para as crises das empresas. Nesta legislação, tanto o processo em seus procedimentos quanto a atuação do juiz estão voltados para a criação de um ambiente de negociação entre o devedor e seus credores.

As principais alterações legislativas no sistema concursal brasileiro, a fim de atingir os objetivos acima descritos, foram os novos institutos criados e as suas finalidades. A recuperação de empresas deixa de ser um mecanismo engessado na forma das concordatas e passa a ocorrer em duas modalidades, a judicial e a extrajudicial. Ambas possuem como objetivo a preservação da empresa e o atendimento dos interesses dos credores, incluindo os credores trabalhistas, obrigando os credores fiscais a oferecer planos de parcelamento, desse modo, já não fica restrita aos credores quirografários, como era na concordata (BEZERRA FILHO *et al.*, 2016).

O soerguimento da empresa em crise vem da elaboração de um plano de recuperação, instituído pela LREF, cujo conteúdo é livre e pode ser amplamente negociado com os credores a fim de estabelecer medidas necessárias e possíveis para a reestruturação do negócio empresarial. Somada a isso, outra diferença que merece ser lembrada é a reinserção, nos processos falimentares, da realização da assembleia de credores de forma modificada e aperfeiçoada, a fim de possibilitar maior poder aos credores na aprovação do plano de recuperação.

A legislação que passou a vigor a partir de 2005 adotou, desde sua formulação como projeto de lei complementar, alguns princípios que, até hoje, são considerados como norteadores da recuperação judicial. Entre eles, tem-se os seguintes princípios: a preservação da empresa; a separação dos conceitos de empresa e de empresário; a recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; a proteção ao trabalhador; a celeridade e a eficiência dos processos judiciais; a segurança jurídica; e a participação ativa dos credores. Tais princípios serão analisados na sequência.

2.3.2 Princípios norteadores da Recuperação Judicial

Os princípios norteadores da Recuperação Judicial possuem como objetivo designar qual é a finalidade a ser perseguida por aquela normativa, por isso o conhecimento deles é necessário para a compreensão e adequada aplicação da legislação na realizada prática (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

2.3.2.1 Preservação da empresa e função social da empresa

Considerado como princípio basilar da recuperação judicial, a preservação da empresa deve ser observada na interpretação de todos os elementos da legislação existente. Isso porque, para a economia de mercado, a empresa é o ponto nodal e deve ser preservada por sua relevante função social (COMPARATO, 1986; 1996).

Antes de adentrar ao princípio da preservação da empresa, é preciso trazer o princípio da função social. A Constituição Federal de 1988 instituiu em seu artigo 5º, inciso XXIII, que a propriedade deve atender sua função social e, no artigo 170, inserido no Capítulo dos Princípios Gerais da Ordem Econômica, consta expressamente o princípio da função social da propriedade. Ambos serviram de fundamento para chegar-se à função social da empresa e a sua preservação.

A expressão *função social* traz a ideia de um agir em prol do outro (SZTAJN; FRANCO, 2008). No direito comercial, a interpretação dessa expressão indica que a atividade empresarial não pode ser voltada somente para proveito de seu titular, mas sim para proveito de uma coletividade, como os interesses dos trabalhadores, do fisco e da comunidade na qual está inserida (TOMAZATTE, 2022).

A preservação da empresa, decorrente da função social, tem sua razão de existir no fato de ser exercida uma atividade econômica, na qual são promovidas interações com outras empresas, movimentando a economia. Desse modo, acaba, então, por estimular a compra, a venda, o pagamento de salários e tributos, contribuindo para o desenvolvimento da comunidade na qual a empresa está inserida (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Na legislação recuperacional, a importância social encontra-se positivada no artigo 47¹⁰ (BRASIL, 2005) e concretizado nos regimes de recuperação, seja judicial, extrajudicial ou para microempresas e empresas de pequeno porte. Nota-se que o interesse nas recuperações não está em salvar o empresário — individual ou sociedade — mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa como atividade assume posição superior à do sócio e empresário.

Além disso, ele pode ser visto em diversos dispositivos espalhados pela legislação, os quais buscam sempre a viabilização do soerguimento da empresa em crise. Como exemplo

¹⁰ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005, on-line)

desses dispositivos pode-se citar o artigo 6º, §4º da Lei n. 11.101/2005, cuja determinação de suspensão das ações executivas auxilia o devedor com prazo para começar a se reorganizar.

A intenção do legislador ao positivar a preservação da empresa e de sua função social acarreta busca pela preservação dos interesses que gravitam ao seu redor. Assim, esse princípio se materializa por meio de dispositivos legais que possibilitam a criação de um ambiente favorável à negociação entre o devedor e os credores.

2.3.2.2 Retirada da empresa inviável do mercado

Apesar do princípio da preservação da empresa, o legislador tomou cuidado para que esse princípio não fosse imposto a todo custo. A LREF consagrou, em conjunto com a preservação da empresa, o princípio da retirada da empresa inviável do mercado.

Quando o agente econômico não é mais capaz de gerar riquezas e pode prejudicar a segurança e a confiabilidade do mercado, não é viável que a empresa lese os outros agentes (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018). O ordenamento jurídico existente tem o condão de assegurar o funcionamento do mercado, não para “socorrer o agente individualmente considerado” (FORGIONI, 2009, p. 17-18), isto é, o agente econômico deve permanecer no mercado somente enquanto for útil ao sistema, pois do contrário poderá onerar os demais integrantes desse sistema.

A falência, da forma como elaborada na Lei n. 11.101/2005, quando observada sob a ótica econômica, não é uma má opção. Ao estar incapaz de gerar riquezas, os recursos da empresa falida devem ser realocados para que possam voltar ao mercado e, conseqüentemente, voltar a gerar riquezas.

Com o princípio da retirada da empresa inviável, a legislação se obriga a realizar um procedimento falimentar célere e que possa realmente possibilitar a transferência de recursos para agentes capazes de torná-los geradores de riqueza. Como consequência desse princípio, conclui-se que somente as empresas viáveis estão aptas a realizar o pedido de recuperação judicial, cabendo aos credores do devedor julgarem a viabilidade por meio da aceitação ou não do plano de recuperação judicialmente apresentado pelo devedor (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

2.3.2.3 Proteção ao trabalhador

Conforme visto anteriormente, o artigo 170 da Carta Magna do Brasil determina expressamente a valorização do trabalho humano, a fim de garantir uma existência digna. Respeitando esse regramento, o legislador determinou que o trabalhador deve ser protegido quando da recuperação ou falência da atividade empresarial.

No parecer, emitido pela Comissão de Assuntos Econômicos, em 2004, sobre o projeto da LREF, o relator Ramez Tebet, consignou que:

[o]s trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados. (BRASIL, 2003, p. 10).

Na recuperação judicial, o artigo 47 da Lei n. 11.101/2005 já possui a norma de natureza alimentar do crédito trabalhista. Além dele, o artigo 54 da mesma lei prevê um prazo máximo de um ano, dentro do plano de recuperação, para o pagamento dos créditos trabalhistas já vencidos e um prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos até três meses antes do pedido de recuperação judicial, no limite de até cinco salários-mínimos por trabalhador.

Todavia, é preciso reconhecer que a proteção aos trabalhadores e sua participação no deslinde do processo recuperacional ou da falência se dá, basicamente, apenas quando estes detiverem também o posicionamento de credores. Isso porque nas situações em que não são titulares de créditos, os trabalhadores não participam da Assembleia Geral de Credores, não nomeiam membros ao comitê de credores, nem podem apresentar impugnações aos créditos constantes na relação de credores apresentada pelo administrador judicial (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018). Em outras palavras, caso não haja inadimplemento dos créditos trabalhistas, os trabalhadores não possuem voz ativa na recuperação judicial e na falência.

Apesar desse ponto crítico, ao determinar em seu artigo 161, §1^o11 (BRASIL, 2005) que os créditos da classe trabalhista só poderão ser negociados de forma coletiva com o sindicato da respectiva classe profissional, a legislação dá grande guarida ao direito do trabalhador em caso de recuperação extrajudicial.

¹¹ Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. (BRASIL, 2005, on-line).

§ 1º Estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do **caput** do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional (BRASIL, 2005, on-line).

Desta forma, observa-se que o legislador teve a preocupação em proteger o hipossuficiente ao editar a Lei n. 11.101/2005. Garantiu ao trabalhador a preferência no recebimento de seus créditos ao considerar o crédito de natureza alimentar e auxiliou a empresa em crise a manter suas atividades econômicas funcionando por meio da mão de obra dos trabalhadores.

2.3.2.4 Redução do custo do crédito

A busca pela redução do custo do crédito fez com que o legislador, ao instituir a Lei n. 11.101/2005, criasse regras com direitos especiais para as instituições financeiras, reduzindo os riscos a que elas normalmente ficariam expostas com suas operações de crédito (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018). Exemplos de alguns desses direitos encontram-se na exclusão dos créditos decorrentes de contratos com alienação fiduciária em garantia, de arrendamento mercantil, e adiantamentos de contrato de câmbio (ACC)¹².

Outra vantagem está no fato de que, na composição da assembleia geral de credores (AGC), há formação de classe própria com os titulares de garantias reais, os quais geralmente são as instituições financeiras¹³. Essa classe possui direito a voto em separado para deliberar sobre o plano de recuperação judicial, o que lhes garante um certo poder de bloquear a aprovação (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

2.3.2.5 Interesse e participação ativa dos credores

Os principais afetados pela crise empresarial são os credores. Por isso, a participação ativa deles possui tamanha relevância, a ponto de ser considerada um princípio da legislação. Isso ocorre pois são eles que acabam por financiar a atividade do devedor ou, até mesmo, aceitam receber seu crédito de forma diversa da contratada (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Na recuperação judicial, objeto de estudo da presente pesquisa, a importância da participação dos credores está no fato de a aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor depender deles. Além disso, conforme artigo 35, inciso I, alínea “d”

¹² Esses exemplos estão contidos no artigo 49, §§3º e 4º da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

¹³ Art. 41, inciso II, c/c art. 45, ambos da Lei n. 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

cumulado com artigo 52, §4º, da LREF, após deferido o pedido de recuperação judicial é preciso a aprovação dos credores para que o devedor possa desistir do processo:

Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

[...]

d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do §4º do art. 52 desta Lei [...] (BRASIL, 2005).

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

§4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se tiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores. (BRASIL, 2005).

As regras inseridas na Lei n. 11.101/2005 preveem uma participação ativa dos credores, uma vez que serão eles aqueles que sofrerão com os efeitos da recuperação judicial. Por isso, a importância de sua participação efetiva, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, para que otimizem os resultados obtidos com o processo (BRASIL, 2003).

2.3.3 Recentes alterações na LREF por meio da Lei n. 14.112/2020

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências, quando da sua promulgação, trouxe um grande avanço para toda a sociedade, principalmente a parte empresarial dela. Quando utilizada adequadamente, com efetiva reorganização para a manutenção da atividade econômica e a busca para a satisfação dos credores, a recuperação judicial é reconhecida como um importante meio de superação da crise empresarial.

Recentemente, mais especificamente em 23 de dezembro de 2020, houve o sancionamento da Lei n. 14.112, a qual realizou alterações na legislação falimentar e incluiu mecanismos processuais e materiais a fim de favorecer o desenvolvimento dos institutos da recuperação judicial, extrajudicial e da falência da empresa.

Algumas das alterações trazidas pela lei no ano de 2020 visam dar celeridade aos procedimentos recuperacional e de falência, como também trazer economia processual. Para além disso, tem-se a positivação de procedimentos já realizados anteriormente, a fim de dar segurança jurídica.

Como exemplos das modificações que foram positivadas tem-se: a possibilidade de ser ajuizado pedido de recuperação judicial de grupo econômico em litisconsórcio ativo por meio da consolidação processual e/ou substancial; a possibilidade de obter financiamento

durante o processo de recuperação, assegurando ao financiador a classificação de crédito extraconcursal em caso de convação em falência; a possibilidade de o juiz determinar o encerramento da recuperação judicial em tempo inferior ao de dois anos (art. 61, Lei n. 11.101/2005).

Além dos pontos supracitados, há também a possibilidade de venda de ativos sem sucessão, ou seja, o comprador de ativos do devedor não ficará responsável pelas dívidas da empresa em crise, e a possibilidade de os credores apresentarem um plano de recuperação alternativo, caso não concordem com a proposta apresentada pelo devedor. Isso demonstra que o legislador busca realmente a preservação da empresa.

Todavia, conforme será analisado no decorrer do presente trabalho, há situações na legislação falimentar que necessitam de uma análise minuciosa e, devido às alterações recentemente realizadas, dependem de como será a interpretação do Poder Judiciário. Um desses casos é o objeto de estudo desta pesquisa.

2.4 IDENTIFICAÇÃO DA CRISE E REQUISITOS DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O objetivo do processo de recuperação judicial é, em linhas gerais, a superação da crise empresarial por meio dos instrumentos oferecidos pela legislação brasileira. Conforme visto anteriormente, a crise na atividade é risco inerente ao negócio, todavia, mais importante que o empresário saber disso é saber a origem da crise. Isso porque desequilíbrios econômico-financeiros podem ter seu início com fatores externos, os quais não são ligados à ineficiência empresarial (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018), mas relacionados às alterações econômicas no âmbito em que a atividade empresarial está inserida, como, por exemplo, aumento da carga tributária e/ou dos juros, mudança na política cambial, variação brusca na cotação dos insumos e materiais necessários para a produção.

A origem da crise também pode estar relacionada a fatores internos, ou seja, fatores ligados à ineficiência empresarial podendo, dessa forma, serem imputáveis à empresa. Alguns desses fatores são desentendimentos entre os sócios, falta de experiência empresarial, desqualificação da mão de obra, má escolha de fornecedores, falta de gestão de risco, avaliação errada de mercado, entre outras (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Para a saída do cenário de crise, o empresário pode buscar alternativas fora do judiciário, como, por exemplo, melhorar a gestão do negócio, ajustar a contabilidade da

atividade, renegociar com alguns credores, buscar novas tecnologias e novos mercados. Tudo isso com a finalidade de encontrar soluções que possam garantir à empresa uma reorganização e, conseqüentemente, a superação da crise. Entretanto, é preciso que o empresário não fique preso às medidas extrajudiciais e deixe de realizar o pedido de recuperação judicial.

Assim, é preciso atentar para o momento em que o pedido de recuperação judicial deve ser a medida adotada para a superação de crise, visto que o instituto da recuperação judicial não será eficiente, caso o pedido recuperacional seja realizado de forma prematura — sem a real existência de uma crise econômico-financeira que só seja solucionada com os benefícios concedidos pelo instituto recuperacional — ou de forma extemporânea, quando já não há mais possibilidade de recuperação (SALDANHA, 2021).

Historicamente, houve a elaboração de parâmetros financeiro-contábeis que podem auxiliar na previsão do risco de falência. Edward Altman (1968) e Willian Beaver (1966) são apontados como precursores na análise multidisciplinar a fim de verificar risco de falência. O estudo de Beaver informa que a análise do fluxo de caixa é primordial para verificar que empresas estão saudáveis e quais se encontram ou se encontrarão logo em situação de crise financeira.

Já o estudo de Altman voltou-se para a elaboração de um modelo multivalorado, no qual se utiliza de conceitos como liquidez, lucratividade, desempenho e estrutura de capital como indicadores para prever a crise empresarial (SALDANHA, 2021). Desse modo, na busca por parâmetros que possam prever a falência da empresa ou a situação de eventual crise econômico-financeira, é preciso conhecimentos multidisciplinares, englobando profissionais do Direito, da Administração de Empresas, da Contabilidade e da Economia. A partir de então, é possível adotar medidas eficazes contra a crise e buscar o efetivo soerguimento da empresa.

Observa-se, todavia, que nos casos em que a crise decorre de uma gestão ineficiente, a adoção de medidas internas, como a mudança na administração da empresa, uma nova gestão de riscos, um novo sistema de governança e *compliance*, novos planejamentos e investimentos, já podem ser suficientes para a superação da crise.

Outro é o caso de, independentemente da adoção de medidas internas, a crise empresarial necessitar de medidas como a prorrogação de prazos para a satisfação de suas obrigações, a criação de um ambiente propício às negociações com os credores e a possibilidade de venda de ativo sem que o adquirente fique responsável pelas dívidas da empresa. Nesse caso, o pedido de recuperação judicial é a única saída da empresa para evitar uma quebra.

Para Marcelo Barbosa Sacramone (2022a), a utilização do instituto da recuperação judicial pressupõe que a atividade esteja passando por uma crise econômico-financeira e que esse estado de crise esteja caracterizado pela ausência de recursos financeiros, de forma transitória, para o adimplemento de suas obrigações, porém possui ativos suficientes para a satisfação do passivo.

Por isso, a análise multidisciplinar do momento em que deve ser ajuizado o pedido recuperacional é crucial para a efetividade da medida. Para o ajuizamento do processo de recuperação judicial, conforme determina a Lei n. 11.101/2005, é preciso o preenchimento de alguns requisitos essenciais por parte do devedor.

Entre os requisitos exigidos em lei está a necessidade de o requerente ser empresário ou sociedade empresária (art. 1º). Somado a isso, é preciso: o exercício regular de atividades há mais de 2 (dois) anos, ou seja, possuir atividade registrada na Junta Comercial e possuir sua escrituração contábil regular; não ser falido, pois o falido está inabilitado para o exercício da atividade empresarial pelo menos até a extinção das suas obrigações; não ter obtido, nos últimos 5 anos, concessão de recuperação judicial; e não ter sido condenado ou não ter como administrador pessoa condenada por qualquer crime falimentar (art. 48). Uma vez preenchidos tais requisitos, o devedor pode requerer a concessão da recuperação judicial.

No caso de o pedido de recuperação ser realizado por mais de um autor em formação de litisconsórcio ativo, será necessário preenchimento dos requisitos trazidos pelos artigos 69-G a 69-L da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Estes requisitos serão objeto de estudo específico no capítulo 4, uma vez que influenciam diretamente o objetivo da pesquisa.

2.5 O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O pedido inicial de recuperação judicial, após preenchidos os requisitos anteriormente expostos, será ajuizado perante o juízo do principal estabelecimento do devedor em crise, conforme determinado pelo artigo 3º da Lei regente:

Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil. (BRASIL, 2005).

Por local do principal estabelecimento do devedor não se está referindo, necessariamente, à sede estatutária ou contratual da sociedade empresária, mas sim àquele em

que se encontra concentrado o maior volume de negócios, ou seja, será o local com maior importância do ponto de vista econômico (COELHO, 2021).

A petição inicial do pedido de recuperação judicial deve cumprir todos os requisitos constantes no artigo 319 do Código de Processo Civil¹⁴ e no artigo 48 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF). O devedor possui o dever de expor as causas que geraram a crise da atividade (art. 51, I, da Lei n. 11.101/2005) a fim de que os credores, no momento adequado, possam verificar se a proposta de recuperação do devedor é viável.

Em conjunto, o devedor deverá anexar ao processo toda a documentação exigida no artigo 51 da LREF, quais sejam: (i) as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável; (ii) a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; (iii) a relação dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; (iv) a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; (v) a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; (vi) os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; (vii) as certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; (viii) a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores

¹⁴ Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação (BRASIL, 2015, online).

demandados; (ix) o relatório detalhado do passivo fiscal; (x) a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial.

Todos esses documentos devem ser apresentados com a finalidade de permitir aos credores a avaliação da viabilidade de recuperação do autor e se este possui a capacidade de arcar com a proposta de pagamento que será apresentada nos autos (SACRAMONE, 2022a). Cumpridos os requisitos exigidos, o pedido vai para a análise do juízo.

Independentemente da decisão do juízo, a partir da data do ajuizamento todos os créditos existentes, ainda que não vencidos, estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), excetuando-se os credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (art. 49, §3º), e os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (ACC) (art. 49, §4º). Isso ocorre pois o processamento da recuperação judicial é determinado somente pelo cumprimento dos requisitos formais previstos na legislação recuperacional (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

O juiz pode, no entanto, antes de deferir o processamento da recuperação judicial, determinar a realização de uma perícia prévia (art. 51-A, da Lei n. 11.101/2005), a qual é realizada por um perito nomeado pelo juiz para verificar os documentos apresentados pelo devedor. Ressalta-se que isso é uma faculdade do juízo, devendo ser utilizada apenas em casos excepcionais (SACRAMONE, 2022a), uma vez que sua determinação aumenta a fase postulatória da recuperação e gera mais custos ao devedor (COELHO, 2021).

Independentemente da realização ou não da perícia prévia, o juízo, caso verificado a ausência de documentos ou falta de algum requisito que seja sanável, deverá determinar que o devedor emende a inicial indicando quais documentos precisam ser apresentados. Caso toda a documentação esteja correta, e caso a perícia não indique irregularidades, o juízo determinará o processamento da recuperação judicial (SACRAMONE, 2022a).

A decisão de processamento deve conter a nomeação do administrador judicial, auxiliar do juízo, o qual representará a comunhão dos interesses dos credores (COELHO, 2021). A mesma decisão implica, também: a suspensão do curso de prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao procedimento; a suspensão das ações e execuções ajuizadas contra o devedor, com exceção das demandas ilíquidas e às execuções fiscais; a dispensa do requerente

da apresentação de certidões negativas para o exercício das atividades; a determinação para a devedora apresentar as contas demonstrativas mensalmente; e a intimação do Ministério Público e das Fazendas Públicas Federais e de todos os estados e municípios em que a requerente estiver estabelecida (COELHO, 2021).

Observa-se que, já na decisão de processamento da recuperação, o devedor se beneficia, pois é criado um ambiente negocial em que ele ganha o prazo de 180 dias, prorrogáveis uma única vez (art. 6º, §4º da Lei n. 11.101/2005), para poder contatar seus devedores e analisar a melhor saída para a crise. No entanto, apesar da suspensão das ações e execuções serem de 180 dias, o prazo que o devedor possui para apresentar a proposta de pagamento, conhecida como plano de recuperação judicial (PRJ), é de 60 dias (art. 53 da mesma lei).

O deferimento do processamento da recuperação judicial deverá ser publicado em forma de edital para a ciência dos credores sobre o processo (art. 52, §1º, Lei n. 11.101/2005). A partir de então, inicia-se a contar o prazo para a apresentação do plano de recuperação e para que os credores apresentem ao administrador judicial suas habilitações ou divergências quanto aos créditos relacionados pelo devedor.

A habilitação dos credores consiste na verificação da existência do crédito, da sua natureza, do seu valor e de sua sujeição ou não ao procedimento recuperacional (SACRAMONE, 2022a). A devida habilitação do credor assegura sua participação com voto na assembleia geral de credores (AGC). Após o prazo do edital supracitado, o administrador judicial apresentará uma nova relação de credores (art. 7, §2º, Lei n. 11.101/2005), a qual poderá ser alterada por meio da ação de impugnação de crédito (art. 8º da mesma lei).

Enquanto a verificação de crédito ocorre, o credor deve, no prazo de 60 dias da decisão de processamento, apresentar o plano de recuperação judicial. Segundo o artigo 53 da LREF, o plano de recuperação deve conter a discriminação dos meios utilizados para o soerguimento, a demonstração da viabilidade econômica da empresa e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor. Esses requisitos servem para demonstrar aos credores que os parâmetros utilizados na elaboração do plano são reais e viáveis. Essa é, portanto, a forma que o devedor possui para demonstrar aos credores como ele pretende se reorganizar (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

Quando apresentado o plano pelo devedor, é publicado novo edital para a ciência dos credores e, caso seja da vontade deles, a apresentação de objeção. Esta última possui caráter contestatório e pode abranger tanto os quesitos formais quanto materiais do plano CERZETTI,

2012) e não geram imediata rejeição do plano apresentado, apenas impede a concessão automática da recuperação judicial. Sendo assim, caso não sejam apresentadas objeções ao plano de recuperação apresentado pelo credor, o juiz concederá a recuperação judicial (art. 58).

Caso haja objeção, mesmo que seja somente uma, o juízo deverá determinar a realização de assembleia geral de credores (cf. art. 56 da LREF), para que estes possam deliberar sobre as condições expostas pelo devedor no plano de recuperação. A assembleia geral de credores consiste na formação de um órgão deliberativo, o qual possui o poder decisório sobre a aprovação, a modificação ou a rejeição do plano de recuperação apresentado pelo devedor (SACRAMONE, 2022a).

Para a instalação da assembleia geral de credores e, conseqüentemente, para as deliberações ocorrerem em primeira convocação, é preciso a presença de mais de 50% do valor dos créditos de cada uma das classes — credores trabalhistas, credores com garantia real, credores quirografários e credores de microempresas ou empresas de pequeno porte —, já em segunda convocação com qualquer número (art. 37, §2º da LREF).

A legislação vigente estabelece dois quóruns: ordinário, previsto no artigo 45 da LREF, e o alternativo, previsto em seu artigo 58, §1º. O quórum ordinário de aprovação exige que cada uma das classes da assembleia geral aprove o plano de recuperação, por maioria dos presentes. Todavia, essa maioria é computada de maneira diversa a depender da classe de credor.

Na classe I, referente aos titulares de crédito derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho, assim como na classe IV, dos credores enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, a maioria exigida é de mais da metade dos credores presentes, independentemente do valor do crédito. Noutras palavras, nessas duas classes o voto é considerado por cabeça.

Nas classes II e III, dos titulares de créditos com garantia real e dos credores quirografários, a maioria é exigida de duas formas cumulativamente: deve haver mais da metade dos credores presentes favoráveis em cada classe à aprovação e mais da metade dos valores dos créditos presentes de cada classe favorável (SACRAMONE, 2022a). A aprovação depende da maioria dos credores por cabeça e por valor de crédito.

Caso não seja atingido o quórum ordinário de aprovação, o juiz poderá conceder a recuperação — quórum alternativo — desde que se tenha, cumulativamente, o voto favorável de mais de 50% do valor de todos os créditos presentes na assembleia, independente de classe — a aprovação de três das quatro classes de credores ou, caso haja somente três classes com

credores votantes, a aprovação de pelo menos duas das classes ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas — sempre nos termos do artigo 45 da LREF.

Somado a isso, na classe em que o plano tiver sido rejeitado, é necessário que se tenha obtido o voto favorável de mais de um terço dos credores, respeitando a forma de contagem de cada classe (art. 58, §1º da LREF). Nesse cenário, por exemplo, caso a classe que rejeitou o plano tenha sido a trabalhista ou de microempresas e empresas de pequeno porte, a contagem será feita por cabeça. Entretanto, se a classe que rejeitou tenha sido dos titulares de crédito com garantia real ou quirografário, a contagem será realizada por cabeça e por valor do crédito.

Uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, ao devedor cabe apresentar a certidão negativa de débitos tributários, a qual pode ser dispensada pelo juízo, e ao juiz cabe conceder a recuperação judicial por meio de sentença, cabendo-lhe somente um juízo de legalidade sobre o plano (TOMAZETTE, 2021).

A sentença que concede a recuperação judicial possui o poder de transformar o plano de recuperação em um título executivo judicial (art. 59, §1º da LREF), vinculando todos os credores a ele sujeitos, mesmo aqueles discordantes do plano apresentado e aprovado pela maioria (TOMAZETTE, 2021). A consequência dessa vinculação dos credores é a novação das obrigações. O crédito existente anterior ao pedido de recuperação é extinto pela aprovação do plano, passando a prevalecer as novas condições estabelecidas (SACRAMONE, 2022a).

No entanto, a novação ocorrida no processo recuperacional é distinta da novação constante no art. 360 do Código Civil¹⁵, cujo teor determina a extinção da obrigação anterior, substituída por uma nova relação jurídica, implicando a extinção das garantias anteriores. Isso ocorre pois, na recuperação judicial, a novação mantém as garantias prestadas por terceiros e está sujeita a uma condição resolutiva¹⁶, e conserva os direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados em regresso (SACRAMONE, 2022a).

Além disso, um dos meios muito utilizados pelos devedores para buscar o soergimento da atividade empresarial é a alienação de filiais, de ativos ou de unidades

¹⁵ Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este. (BRASIL, 2002, on-line)

¹⁶ A condição resolutiva diz respeito ao caso de o devedor ter sua recuperação judicial convolada em falência, pois caso isso ocorra a novação é desfeita e os créditos novados voltam às suas condições originárias, respeitado os atos realizados validamente durante a novação ocorrida pelo plano de recuperação. (TOMAZETTE, 2021, p. 73).

produtivas isoladas¹⁷, a qual deve constar no plano de recuperação (art. 60, da LREF) ou ser autorizada pelo juízo (art. 66 da mesma lei). O legislador, quando possibilitou a venda parcial de bens determinou que o arrematante não assumirá nenhum ônus ou débito (RAMOS, 2020), haja vista que, do contrário, o risco da operação seria desproporcional, o que a inviabilizaria (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

A partir da concessão, o devedor poderá permanecer sob fiscalização do Poder Judiciário até que se cumpram todas as obrigações, previstas no plano, que vencerem até, no máximo, dois anos da concessão (art. 61, da LREF). Antes da alteração da legislação recuperacional ocorrida no ano de 2020, o devedor era obrigado a permanecer sob vigilância do Poder Judiciário pelo período de dois anos. Com a modificação, o período de supervisão pode ser inferior. No entanto, Marcelo Sacramone aponta que não pode, o magistrado, considerar que poderes foram dados a ele para, conforme o “seu próprio juízo de valor, determinar ou não a manutenção do devedor em recuperação judicial” (SACRAMONE, 2022a, p. 362).

A fiscalização do cumprimento do plano de recuperação judicial deverá considerar que as partes integrantes da relação negocial, que é o plano aprovado e homologado, podem desejar a manutenção da fiscalização para a realização de vendas de ativos e unidades produtivas isoladas ou podem dispensar a fiscalização, caso entendam que a manutenção do devedor em recuperação judicial é mais prejudicial do que benéfica (SACRAMONE, 2022a).

Independentemente da forma estabelecida, o encerramento da recuperação judicial deverá ocorrer desde que haja o cumprimento das obrigações até o momento da sentença. Para que ocorra a prolação da sentença de encerramento, o administrador judicial deverá apresentar o relatório sobre o cumprimento do plano (SACRAMONE, 2022a), haverá a determinação da quitação dos honorários do administrador judicial e das custas remanescentes e, por fim, a exoneração do administrador judicial de suas funções como auxiliar do juízo (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

A sentença de encerramento é apenas o fim do processo recuperacional e de seus efeitos específicos, como a prestação de contas mensais, a atuação do administrador judicial e do Ministério Público. As obrigações assumidas no plano de recuperação continuarão vigentes (TOMAZETTE, 2021). Assim, verifica-se que o processo de recuperação judicial possui grande complexidade e diversos requisitos a serem não só observados, mas também cumpridos a cada

¹⁷ Unidades produtivas isoladas ou UPI são conjuntos de bens ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis, conforme determina o artigo 60-A da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

fase. O primeiro ponto a ser observado, portanto, diz respeito à legitimidade do devedor para requerer a concessão da recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

A partir da análise realizada sobre o processo de recuperação judicial de empresas, dentro do escopo da presente pesquisa, cabe conceituar e analisar a legislação acerca da incorporação imobiliária.

3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Há muito tempo, o setor imobiliário desempenha papel de relevância na economia brasileira. Por isso, o Poder Legislativo produz normas para regular e incentivar a circulação de bens e serviços envolvidos em toda a operação de comercialização de unidades imobiliárias (AMARAL, 2021). Cabe ressaltar que o setor imobiliário, para a economia brasileira, representa um termômetro, com a vacância de unidades e a desaceleração do mercado, bem como com o aumento da comercialização e das construções.

Na década de 1960, o governo brasileiro lançou o plano de reestruturação legislativa, do qual o setor imobiliário constituiu uma parcela considerável. Foram promulgadas diversas legislações referentes ao setor, como, por exemplo, o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), a Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei n. 4.494/64), o Plano Nacional de Habitação e a Lei dos Condomínios e Incorporações (Lei n. 4.591/64). Para o professor Caio Mario da Silva Pereira, a lei sobre Condomínios e Incorporações “não é assunto isolado, porém um dos aspectos de movimento mais amplo” (PEREIRA, 2018, p. 42) afetado por essa ação reformista.

A incorporação imobiliária diz respeito a uma atividade empresarial com objetivo de produção e comercialização de unidades autônomas em edificações coletivas (CHALHUB, 2019). Trata-se, portanto, de uma atividade que se destina a unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, as quais são destinadas à venda. Por fim, é o contrato pelo qual uma parte obriga-se a construir um edifício composto de unidades autônomas, alienando-as a outras partes (WALD, 2000, p. 431).

Na legislação pátria, essa figura jurídica foi regulamentada pela Lei n. 4.591, de dezembro de 1964, também denominada como Lei dos Condomínios e Incorporações. Essa normativa trouxe a regulamentação da figura do incorporador e algumas formas de proteção para a relação do incorporador com o adquirente. No entanto, por tratar-se de uma relação de longo período de duração, os contratos existentes não traziam a segurança jurídica necessária para a aquisição das unidades autônomas (AMARAL FILHO, 2016).

O principal exemplo dessa insegurança é o caso da Encol S.A – Engenharia, Comércio e Indústria (Encol), cujo pedido de concordata foi realizado em 1997 e a falência decretada em 1999, pois provocou a paralisação de mais de setecentas obras em todo o país, cerca de 42 mil pessoas ficaram sem receber o seu imóvel e aproximadamente 850 milhões de reais em dívidas

com bancos, fornecedores e dívidas fiscais e tributárias (JUNIOR; PATURY; SIMONETTI, 1997).

Assim, estabeleceu-se a previsão legal regulamentando de forma adequada a responsabilização das incorporadoras pelas unidades autônomas comercializadas. Ademais, surgiram, após aprovado o anteprojeto de Melhim Namem Chalhub no Instituto dos Advogados Brasileiros, quatro Projetos de Lei da Câmara dos Deputados: PLs números 2.109/1999, 3.455/2000, 3.751/2000 e 1.150/2003.

Essas propostas foram convertidas, em 2001, na Medida Provisória n. 2.221, com a criação do patrimônio de afetação. Mais tarde, em 2004, essa medida seria revogada por meio da Lei n. 10.931. Esta última legislação acrescentou à Lei de Incorporações os artigos 31-A a 31-F, os quais separam o patrimônio do empreendimento do patrimônio da empresa incorporadora (PEREIRA, 2018).

Ao realizar essa alteração, objetivou-se a proteção do adquirente e não a do incorporador (CHALHUB, 2019), uma vez que não há risco para este, pois a empresa não perde nenhum bem ante ao inadimplemento do consumidor (RIZZARDO, 2021). O contrário, no entanto, ocasiona prejuízo, pois o adquirente não receberá nem o valor investido, nem o bem adquirido. Dessa forma, os bens do patrimônio afetado não possuem comunicabilidade com os outros bens, direitos e obrigações do incorporador ou de outros patrimônios de afetação constituídos pelo incorporador.

Entretanto, algumas incorporadoras utilizam-se da sociedade de propósito específico (SPE) para segregar o patrimônio do empreendimento específico mesmo sem afetar o patrimônio. Isso ocorre pois a sociedade de propósito específico permite uma certa diferenciação patrimonial, separando a atividade do patrimônio comum da incorporadora da sociedade de propósito específico (AMARAL, 2021).

De maneira formal, pode-se dizer que a sociedade de propósito específico (SPE) foi instituída pelo Código Civil de 2002, por meio do seu artigo 981 e seu parágrafo único:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. (BRASIL, 2002, on-line)

Apesar de ausente a denominação de sociedade de propósito específico, esse foi o nome utilizado pela doutrina e pela jurisprudência. O fato relevante aqui é a possibilidade de se constituir uma sociedade para a realização de um único negócio, de forma bem específica.

A identificação da sociedade de propósito específico é realizada por meio de seu objeto social e do prazo de duração determinado. Além disso, quando atingido o objeto social, ocorre sua dissolução por força da regra que reputa o exaurimento do fim social como causa de dissolução das sociedades em geral (art. 1.034, II, do Código Civil) (cf. GONÇALVES NETO; PAOLA, 2012).

Em linhas gerais, a sociedade de propósito específico representa uma estrutura negocial reunindo interesses e recursos de duas ou mais pessoas para a obtenção de empreendimento de objeto específico e determinado, por meio de uma sociedade com personalidade jurídica distinta da de seus sócios (PETRECHEN, 2016).

No presente capítulo, busca-se trazer os principais elementos da atividade de incorporação imobiliária, compreender esse instituto, por meio da descrição de sua origem no Brasil e a forma de sua constituição, bem como sua importância social e econômica. Em seguida, são discutidas as responsabilidades inerentes aos sujeitos dessa atividade.

Na sequência, é abordado o instituto do patrimônio de afetação, criado em razão das inseguranças aos adquirentes e ao mercado imobiliário como um todo em casos de falência das incorporadoras. São analisados, portanto, seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, sua constituição e seus ônus e bônus.

Por fim, neste capítulo aborda-se, ainda, o outro meio comumente utilizado para a tentativa de segregação patrimonial das incorporadoras com seus empreendimentos, qual seja, a sociedade de propósito específico. Para isso, é preciso esclarecer alguns pontos da história do direito comercial em relação à diferenciação entre sociedade empresária e o empresário, pois a Lei de Recuperação de Empresas e Falências determina, em seu artigo 1º, a sua aplicação somente a sociedades empresárias e empresários.

Após esses esclarecimentos, são discutidas a natureza jurídica da sociedade de propósito específico, sua formação e como ela se manifesta na atividade de incorporação imobiliária. Isso se faz necessário pois a determinação da compatibilidade do instituto da recuperação judicial em empreendimentos imobiliários depende da conjugação de requisitos não só da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, mas também da Lei de Condomínios e Incorporações.

3.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO LEGAL DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

No geral, o vocábulo “incorporação” tem por significado “unir”, “reunir”. No âmbito dos negócios imobiliários, o termo incorporação possui o significado de:

[m]obilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis. (CHALHUB, 2019, p. 7).

A atividade de construção de conjuntos de unidades imobiliárias teve início com a Revolução Industrial, quando a população rural, em busca de melhor qualidade de vida, migrou para os centros urbanos. Devido à alta concentração populacional nos grandes centros, a solução para as demandas habitacional, comercial e industrial passou a ser a construção de unidades imobiliárias em planos horizontais¹⁸, por meio da superposição de unidades em edifícios (RIZZARDO, 2021).

No Brasil, a demanda por imóveis nos grandes centros urbanos foi intensificada a partir da década de 1930. No entanto, a legislação existente até aquele momento (Decreto n. 5.481/1928) disciplinava somente a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares já existentes, não existia ainda a figura do incorporador ou a atribuição de quaisquer obrigações a respeito da construção do edifício ou quanto à obrigação de entrega das unidades e suas condições físicas ou qualitativas. O referido decreto apresentava uma preocupação com a regulamentação de normas de convivência em copropriedade, de administração e de partilha das despesas comuns, sem mencionar, contudo, a obrigatoriedade de uma convenção de condomínio.

A regulamentação da atividade de venda de unidades imobiliárias no Brasil deu-se somente com a Lei n. 4.591/1964. Segundo Melhim Namem Chalhub (2019), essa legislação veio para, por um lado, impor limites às pessoas que atuavam na atividade de construir e vender edificações sem quaisquer obrigações para com os adquirentes, e por outro, para regulamentar, com clareza, as responsabilidades do incorporador.

O anteprojeto dessa lei, elaborado por Caio Mario da Silva Pereira, foi formulado em termos propícios para a equalização completa da atividade e da estruturação contratual, onde se privilegia a boa-fé e o equilíbrio das relações para os adquirentes, a fim de compensar sua posição de vulnerabilidade (CHALHUB, 2019).

¹⁸ A palavra “horizontal” é utilizada a fim de expressar a existência de divisão de andares entre dois ou mais proprietários. Rizzardo explica que a expressão é porque “se tem uma propriedade horizontalmente dividida”, em que “há os andares, cuja área do mesmo andar se divide entre dois ou mais interessados” (RIZZARDO, 2021, p. 26).

Em 16 de dezembro de 1964, a Lei n. 4.591 foi sancionada e passou a regulamentar o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Em seu artigo 28, parágrafo único, a lei registra como conceito de incorporação imobiliária “a atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (BRASIL, 1964, on-line).

Nesse sentido, trata-se de atividade de comercialização de unidades, podendo ocorrer antes do início da obra, desde que devidamente registrada, conforme determinado pelos artigos 32 e seguintes da Lei de Incorporações. A referida atividade pressupõe a tomada de diversas providências com o objetivo final de ser entregue a unidade autônoma a ela compromissada.

Apesar de a atividade de construção estar presente no negócio jurídico da incorporação, não se deve confundi-las, pois não são sequer noções equivalentes. A atividade da construção integrará a incorporação somente nos casos em que estiver atrelada à alienação de frações ideais do terreno e acessões a que serão vinculadas. A atividade de incorporação, por outro lado, pode aparecer somente na alienação das frações ideais com a finalidade de vinculá-las a futuras unidades imobiliárias (CHALHUB, 2019). Em outras palavras, a incorporação pode compreender a construção, mas a atividade de construção não necessariamente é realizada pelo incorporador, pois este pode delegá-la a outrem.

Um dos sujeitos dessa atividade, o denominado incorporador, é descrito no artigo 29 da Lei n. 4.591/1964. O dispositivo determina que a atividade de incorporação pode ser exercida por “pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno” ou “que aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação” (BRASIL, 1964, on-line).

Em complemento, a legislação delimita que o incorporador somente poderá ser: “(i) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário; (ii) o construtor, que faz da edificação uma atividade disciplinada, devidamente licenciada e enquadrada nos Decretos n. 3.995/1941, n. 23.569/1993, e Decreto-Lei n. 8.620/1946; ou (iii) corretor de imóveis, devidamente matriculado e licenciado” (cf. art. 31, da Lei n. 4.591/1964).

Acaso o incorporador seja o construtor ou o corretor de imóveis, é necessário estar investido de mandado outorgado por instrumento público pelo titular do direito sobre o terreno.

Tal documento deve ter menção expressa do disposto no §4º, do art. 35, da Lei n. 4.591/1964¹⁹, conforme determinado no art. 31 do mesmo *códex*.

O incorporador, então, apresenta-se como o formulador da ideia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários para a produção e comercialização das unidades autônomas e pela sua regularização nos órgãos competentes. Melhim Namem Chalhub (2019, p. 9) destaca que:

[o] incorporador pode exercer uma ou todas as funções relacionadas à atividade, como são os casos da atividade de construção e de corretagem, mas para que fique caracterizada sua função de incorporador basta que, antes da conclusão da construção, efetive a venda de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias que integrarão um conjunto dessas unidades, em edificação coletiva.

Isso significa que, para a caracterização da atividade, é preciso que haja a alienação de unidades autônomas, por isso, aquele que constrói para uso próprio, sem a finalidade de alienação para terceiros, não pode ser considerado incorporador.

Com base nessa conceituação básica, segundo Arnaldo Rizzardo (2021, p. 282), é possível extrair alguns aspectos relevantes da atividade de incorporação:

- a) Há uma coordenação dirigida a organizar e executar o empreendimento imobiliário;
- b) busca-se a alienação de unidades imobiliárias que se encontram em construção, isto é, vendem-se antecipadamente os apartamentos ou conjuntos de um edifício em construção;
- c) a entrega aos adquirentes se fará depois da conclusão;
- d) com a venda antecipada, o empreendedor capta recursos necessários ao andamento, até a consecução, das obras.

Somado a isso, o legislador, ao constatar a existência de empreendimentos de grande porte compostos por conjuntos habitacionais formados por diversos edifícios em um mesmo terreno, permitiu que uma incorporação possa ser desdobrada em várias, conforme art. 6º da Lei da Construção Civil (Lei n. 4.864/1965). Essa faculdade tem por finalidade atender a grandes projetos, dada a dificuldade prática de executar simultaneamente a obra de todos os blocos das unidades autônomas, dando ao incorporador a chance de construir o empreendimento por partes. Essa vantagem, segundo Melhim Namem Chalhub (2019, p. 11), auxilia, pois:

[c]aso haja necessidade de alterar a conformação do conjunto desse setor e/ou o número das suas unidades, recalculam-se as frações das unidades em relação à fração

¹⁹ Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. [...]§4º Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente (BRASIL, 1964, on-line).

desse mesmo setor, sem que isso importe em alteração das frações dos demais setores e, portanto, sem interferir nos direitos de propriedade dos demais condôminos.

Pode-se afirmar, portanto, que a atividade de incorporação tem natureza empresarial, uma vez que sua finalidade é obtenção de lucro, de forma organizada, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, tendo a mercancia como característica essencial. Ademais, tem-se uma atividade que se prolonga no tempo, geralmente por alguns anos, o que pode possibilitar o enquadramento em eventual pedido de recuperação judicial do empreendimento — a depender da forma como foi estruturado, conforme se verá ao longo deste estudo —, bem como cria uma situação de hipossuficiência ao adquirente das unidades, pois este está sujeito ao sucesso do incorporador (AMARAL FILHO, 2016).

A própria Lei n. 4.591/1964 trouxe alguns mecanismos para a proteção dessa relação entre o incorporador e o adquirente das unidades autônomas, como, por exemplo, para que o incorporador efetivamente exerça a atividade de incorporação é preciso, além de ser pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, o cumprimento de alguns requisitos para constituir a incorporação e poder negociar as unidades autônomas. Tais requisitos são abordados na seção seguinte.

3.2 CONSTITUIÇÃO DA INCOPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E AS OBRIGAÇÕES DE SEUS SUJEITOS

Por ser a incorporação imobiliária atividade fundada na produção e alienação de unidades autônomas, ela possui também a função de constituir novos direitos de propriedade decorrentes do fracionamento do terreno e da construção das unidades (CHALHUB, 2019). Assim, pode-se concluir que a incorporação imobiliária é imprescindível na construção de edifícios (SCAVONE JUNIOR, 2022).

Para que o incorporador possa exercer sua atividade, a legislação prevê a entrega de diversos documentos contendo os elementos necessários para a identificação das novas propriedades a serem construídas. Ao conjunto de documentos foi dado o nome de memorial de incorporação, o qual cumpre a função de organização do negócio, bem como de identificação das futuras propriedades (CHALHUB, 2019).

Melhim Namem Chalhub (2019, p. 59) expõe que o memorial de incorporação estabelece a estrutura do negócio da incorporação, no qual fixa sua caracterização e identificação:

[é] um dossiê que contém todas as informações e todos os documentos que descrevem e caracterizam o empreendimento planejado, tais como o título de propriedade do terreno, cópia do projeto aprovado pelas autoridades, o orçamento da obra e a especificação dos materiais, entre outros.

Além de possibilitar a compreensão do negócio, o memorial deve possuir dados precisos e claros sobre a futura edificação, incluindo as plantas e as metragens das unidades. Esse dossiê, ainda, identifica o responsável pelo negócio, ou seja, o incorporador, e deve ser registrado no cartório de registro de imóveis no qual está inscrito o terreno onde será a construção. Isso possibilita ao oficial do competente cartório de imóveis divulgar o nome do incorporador em todas as informações que for emitir sobre o empreendimento e a respeito da titularidade do terreno (CHALHUB, 2019).

Uma vez arquivado o memorial de incorporação no registro de imóveis, esse dossiê pode ser disponibilizado para qualquer pessoa, especialmente àquelas com interesse em adquirir as unidades futuras. Além disso, o imóvel sobre o qual foi registrada a incorporação passa a ter uma destinação específica. Segundo Arnaldo Rizzardo (2021, p. 357), a finalidade do registro de incorporação na matrícula do terreno é “discriminar e individualizar as diversas espécies de áreas que comporão as edificações a serem construídas sob a forma de unidades isoladas entre si”.

Nos termos do artigo 32 da Lei n. 4.591/1964²⁰, o incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação. Desse modo, conclui-se que o registro do memorial de incorporação é necessário somente nos casos em que o incorporador deseja alienar as unidades autônomas em momento anterior ou durante a construção delas. Caso sejam alienadas após a conclusão da obra, não é preciso proceder ao registro (RIZZARDO, 2021).

Ainda quanto ao registro dos documentos no registro de imóveis, a legislação impõe uma efetiva fiscalização do oficial de registro sobre esses documentos. O artigo 32, §6º, da Lei n. 4.591/1964, demonstra que cabe ao oficial de registro averiguar os documentos arquivados, bem como determina prazos de 15 (quinze) dias para apresentação de exigências ou para fornecer a certidão de averbação do memorial. A documentação integrante do memorial de incorporação possui a finalidade de dar publicidade do empreendimento nas suas nuances a

²⁰ Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos. (BRASIL, 1964, on-line).

todos os adquirentes, na tentativa de dar segurança para quando for negociada a unidade autônoma.

O negócio da incorporação imobiliária possui uma complexidade natural e envolve elevados investimentos. Por isso, o legislador criou mecanismo capaz de resguardar tanto o incorporador como os adquirentes. Por meio desse mecanismo, é possível a realização de avaliações prévias da viabilidade econômico-financeira do negócio, a fim de dar ao incorporador a faculdade de desistência do empreendimento dentro de um prazo²¹. Este é denominado prazo de carência, o qual, nas palavras de Melhim Namem Chalhub (2019, p. 59):

é um período dentro do qual o incorporador promove o lançamento da incorporação e recebe propostas de compra; se, dentro do prazo de carência, o incorporador verificar que a quantidade de propostas de compra não proporcionará o volume de recursos necessários à realização da incorporação, poderá desistir do negócio, restituindo as quantias que tiver recebido.

Sendo assim, caso o incorporador observe a impossibilidade de continuidade do projeto de construção, é facultada a sua desistência, desde que restituídas as quantias pagas pelos adquirentes no prazo de 30 (trinta) dias da denúncia da desistência. No entanto, para isso ser possível, é preciso que esteja inclusa no memorial de incorporação uma declaração expressa sobre a intenção de fazer uso dessa premissa e esse prazo não pode ser superior ao prazo de validade do registro da incorporação, qual seja, 180 (cento e oitenta) dias (art. 33, da Lei n. 4.591/1964).

Tendo findado o prazo e não sendo obtidas as condições necessárias para a realização da incorporação, cabe ao incorporador informar ao registro de imóveis competente para ser cancelado o registro de incorporação. O legislador, ao deixar de prever prazo específico para esse período de carência, apenas vinculando-o ao prazo de validade do registro, permitiu ao incorporador, ao esgotar o prazo de 180 dias de validade do registro do memorial de incorporação, revalidar o registro com omissão à carência, passando a ficar obrigado a promover o empreendimento.

Assim, observa-se que o memorial de incorporação possui a finalidade de resguardar direitos tanto do incorporador como dos adquirentes. Entretanto, o legislador não só traz a obrigatoriedade de registrar a incorporação imobiliária para a posterior alienação das unidades autônomas como também determina outros deveres e direitos aos sujeitos do negócio jurídico.

Outra obrigação vinculada à atividade de incorporação é a de firmar o contrato, relativo à fração ideal no terreno (AZEVEDO, 2015). Tal contrato, geralmente, é uma promessa de

²¹ Essa premissa legal encontra-se no art. 32, alínea “n” da Lei n. 4.591/1964 (BRASIL, 1964, on-line).

compra e venda. Além disso, o incorporador também deve celebrar o contrato de construção e elaborar a convenção de condomínio com a menção expressa das frações e a correlação com as unidades autônomas.

Para tanto, a legislação prevê um prazo máximo de 60 (sessenta) dias²² a contar do termo final de carência ou, no caso de inexistência de prazo de carência, a contar da data de qualquer documento de ajuste preliminar (TAVEIRA, 2019). O dever de celebrar esses contratos deixará de existir se o incorporador ou o adquirente denunciar a incorporação e houver a desistência do empreendimento, dentro do prazo de 180 (cento e oitenta dias), por escrito, no registro de imóveis competente.

Se descumprida a obrigação de outorga dos contratos, no prazo estabelecido pelo *caput* do artigo 35 da Lei n. 4.591/1964, a proposta ou o documento preliminar poderão ser averbados no registro de imóveis competente, conferindo o direito real oponível a terceiros, com a consequente obtenção compulsória do contrato.

É importante ressaltar que não é cabível o argumento de desconhecimento do teor do futuro contrato, pois o contrato-padrão, abrangendo as cláusulas, os termos e as disposições comuns a todos os adquirentes, é entregue ao registro de imóveis competente quando do arquivamento do memorial de incorporação (TAVEIRA, 2019).

A principal obrigação do incorporador, conforme já mencionado, é a entrega das unidades autônomas e estas devem obedecer às especificações constantes no contrato firmado com o adquirente e as existentes no memorial de incorporação, bem como as normas fixadas pelo Poder Público. Isso significa que a construção deve seguir, inclusive, as especificações dos materiais empregados na obra.

A Lei n. 4.591/1964, no artigo 43, inciso IV, estabelece que é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações ou desviar-se do plano da construção, com ressalva quando houver a autorização unânime dos interessados ou exigência legal.

O legislador se preocupou também em estabelecer ao incorporador que seja determinado termo final para a entrega das unidades (art. 48, §2º, da Lei n. 4.591/1964) e as condições para o caso de prorrogação. O atraso para a conclusão do empreendimento, caso não

²² Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. (Vide Lei nº 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias). (BRASIL, 1964, on-line).

ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias e seja expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não acarretará a resolução do contrato²³. Entretanto, em caso de atraso além do prazo estabelecido, o incorporador responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes dos prejuízos advindos da não conclusão da obra ou do retardo injustificado para tanto (TAVEIRA, 2019).

Em razão da possibilidade de atraso na entrega do empreendimento, verifica-se a existência do dever de informação que o incorporador possui frente aos adquirentes, tanto que o artigo 43, inciso I, da Lei n. 4.591/1964, determina que os adquirentes, por meio da comissão de representantes, devem ser informados a cada 3 (três) meses sobre o andamento da obra. Assim, caso o incorporador paralise a obra por mais de 30 (trinta) dias ou retarde excessivamente seu andamento, é possível a tomada de algumas medidas para seu prosseguimento, inclusive com a destituição do incorporador.

A comissão de representantes, conforme estabelece o artigo 50 da Lei n. 4.591/1964, é composta por, pelo menos, três membros escolhidos entre os adquirentes para representá-los perante o construtor e o incorporador, a depender da forma de contratação da construção²⁴, em tudo que interessar ao bom andamento da incorporação. Segundo Hercules Aghiarian, em casos de incorporação cujo número de adquirentes for igual ou inferior a três, “a totalidade deles exercerá, em conjunto, as atribuições que essa lei confere à Comissão” (2015, p. 287). Desse modo, a principal função da comissão de representantes, em um primeiro momento, é a fiscalização da obra, devendo o incorporador prestar as informações necessárias nos estritos termos do artigo 43, inciso I, da Lei n. 4.591/1964.

Uma vez finalizada a obra, o incorporador deve, ainda, obter o respectivo habite-se junto ao Poder Público municipal, bem como realizar a averbação da individualização e discriminação das matrículas das unidades autônomas. Caso não seja realizada pelo incorporador, o construtor deve requerer a averbação, sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante os adquirentes. Ademais, caso nenhum deles realize a

²³ Art. 43-A. A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador. (BRASIL, 1964, on-line)

²⁴ A construção do empreendimento imobiliário poderá ser de três formas: (i) construção por conta e risco do incorporador; (ii) construção por empreitada; ou (iii) construção por administração. Segundo Luiz Antonio Scavone Junior, na construção por empreitada e na construção por administração os adquirentes custeiam as obras, que serão construídas em seu nome, enquanto que na construção por conta e risco do incorporador, a construção corre por conta e em nome do incorporador, o qual entrega as unidades prontas, por preço global abrangendo a fração e a unidade autônoma e a respectiva participação nas coisas e áreas de uso comum (SCAVONE JUNIOR, 2022).

averbação, é possível que qualquer adquirente a requeira perante o cartório de registro de imóveis (art. 44, da Lei n. 4.951/1964).

Quanto às obrigações dos adquirentes, a principal delas é o pagamento do preço ajustado, além de firmar o contrato em 60 (sessenta) dias subsequentes ao término do prazo de carência ou da data do documento preliminar. Em contrapartida, os adquirentes possuem o direito de receber a unidade autônoma pela qual foi pago o preço.

Ocorre que os contratos firmados entre o adquirente e o incorporador possuem alguns riscos que devem ser considerados. Isso porque, geralmente, os recursos arrecadados com a venda das unidades futuras são reunidos no patrimônio geral do incorporador e respondem por obrigações vinculadas a qualquer dos empreendimentos de que a sociedade empresária incorporadora seja titular.

Isso demonstra que o adquirente acaba por se encontrar em uma posição de hipossuficiência frente ao incorporador e, por isso, deve ser protegido pelo Estado. Uma das formas utilizadas pelas sociedades incorporadoras é a criação de uma sociedade de propósito específico para obter uma separação patrimonial entre os empreendimentos existentes. Todavia, essa separação mostrou-se não ser suficiente para a proteção dos direitos do adquirente.

O principal exemplo brasileiro da vulnerabilidade do adquirente foi o caso do pedido de concordata da Encol S.A – Engenharia, Comércio e Indústria, em 1997 e a posterior decretação de falência em 1999 que acarretou alteração na legislação de incorporação, que passou a contar com o instituto do patrimônio de afetação, por meio do qual há uma separação do patrimônio do empreendimento do patrimônio da incorporadora.

Tanto a sociedade de propósito específico como o patrimônio de afetação serão abordados em detalhes na seção seguinte.

3.3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

A propriedade imobiliária que integra a incorporação pode conter vasto acervo patrimonial, ativo ou passivo, composto por terreno, direito de construção, acessões, receitas das vendas, obrigações trabalhistas e previdenciárias, entre outras (RIZZARDO, 2021).

O acervo patrimonial que compõe uma incorporação imobiliária é passível de afetação, por meio da qual o conjunto de direitos e obrigações fica segregado do patrimônio geral da incorporadora, tendo a exclusiva finalidade de concluir a obra e entregar as unidades autônomas aos adquirentes (CHALHUB, 2019). Isso significa que o vasto mundo de bens é associado a

uma finalidade, vinculando-o, ou mesmo comprometendo-o, à conclusão das obras, ao cumprimento das obrigações, à satisfação dos créditos existentes ou que surgirem, aos direitos dos adquirentes, aos salários dos trabalhadores, aos tributos, à satisfação dos financiamentos, aos valores decorrentes do fornecimento de bens para a construção do empreendimento (RIZZARDO, 2021).

Essa afetação condiciona o exercício dos poderes do incorporador, vinculando-o ao cumprimento da função social e econômica da incorporação afetada. A partir de uma reserva patrimonial para uma finalidade específica, as receitas, em teoria, não podem ser desviadas para outros objetivos além da conclusão do empreendimento ao qual estão vinculadas (RIZZARDO, 2021).

Ao final da década de 1990, a insegurança existente nos contratos de incorporação imobiliária tomou grandes proporções, quando a construtora Encol teve sua falência decretada, deixando mais de setecentas obras inacabadas e aproximadamente 42 mil pessoas sem o imóvel esperado e contratado. Diante desse cenário, a necessidade de criar um instituto voltado para a segregação do patrimônio de cada empreendimento do patrimônio geral da incorporadora se tornou essencial, a fim de reduzir os riscos existentes ao adquirente.

Essa preocupação com a proteção do adquirente de unidades autônomas justifica-se uma vez que se refere, usualmente, àquele que adquire a casa própria, tratando-se do investimento de uma vida toda. Assim, o patrimônio de afetação busca proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora (CHALHUB, 2019).

Em face do cenário supracitado, houve, então, a edição do Projeto de Lei n. 2.109, de 1999, o qual previa a obrigatoriedade do patrimônio de afetação em todas as incorporações imobiliárias, todavia tal projeto não foi aprovado. Nos anos 2000, mais dois Projetos de Lei versando sobre o patrimônio de afetação foram editados, os 3.455 e 3.151, contudo também não foram aprovados.

Somente em 2001, foi instituído o patrimônio de afetação, por meio da edição da Medida Provisória n. 2.221, a qual passou a vigorar como se fosse lei, devido a Emenda Constitucional 32 de 2001. Tal Medida Provisória vigorou até o momento em que foi submetida a votação no Poder Legislativo, resultando na promulgação da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004.

Para melhor compreender o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária como forma de proteção ao adquirente, se faz necessário visitar a teoria da afetação patrimonial para,

após apresentar o seu conceito, a sua formação e a sua extinção, abordar o seu tratamento legal em casos de recuperação judicial e insolvência do incorporador.

3.3.1 Teoria da afetação aplicada à incorporação imobiliária

A teoria da afetação foi criada no final do século XIX com a finalidade de destituir a ideia de unicidade patrimonial (MOTA, 2017), flexibilizando o conceito de universalidade do patrimônio (art. 91, do Código Civil²⁵), passando a retratá-lo como um complexo de bens, direitos e obrigações, assumindo um caráter indivisível e atrelado a valor econômico (MOTA, 2017).

Essa teoria tem sua justificativa na necessidade de resguardar direitos de determinadas atividades por meio de uma tutela especial. No caso do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, de acordo com Melhin Namem Chalhub (2019), é seguido o princípio *numerus clausus*, o qual consiste na necessidade de existir previsão legal expressa sobre os meios de publicidade de sua constituição. Isso ocorre porque é preciso resguardar os interesses dos adquirentes que se encontram em uma posição de vulnerabilidade técnica e informacional em relação às incorporadoras (MIRANDA; DI BIASE, 2017).

Para Caio Mario da Silva Pereira, a teoria da afetação:

atende à necessidade de privilegiar determinadas situações merecedoras de tutela especial; para tal admite-se a segregação, dentro de um mesmo patrimônio, de determinados bens ou núcleos patrimoniais que, identificados por sua procedência ou destinação, são *encapsulados* no patrimônio geral do titular para que fiquem excluídos dos riscos de contrição por dívidas ou obrigações estranhas à sua destinação, como são os casos de bens objeto de fideicomisso, o bem de família (Código Civil, art. 1.711 e segs.), o imóvel de moradia da família (Lei n. 8.009/1990), entre outros (PEREIRA, 2018, p. 317).

Sob essa perspectiva, o patrimônio de afetação possui aplicação não só na atividade de incorporação imobiliária, mas também em outras atividades que possuem contratos de investimento coletivo, como nos fundos de investimento, no fornecimento de capital para a criação e comercialização de gado (CHALHUB, 2019) e na lei que regulamenta as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiros (Lei n. 10.214/2001) (GODOY, Luciano de Souza; SERAFIM, 2017).

A explicação para a teoria da afetação está na noção de que o patrimônio remonta à ideia de unicidade e universalidade, composto por todos os bens, direitos e obrigações

²⁵ Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. (BRASIL, 2002).

pertencentes a uma pessoa, seja ela jurídica ou física, assumindo um caráter indivisível (MOTA, 2017). Na afetação, não se fala em exclusão do bem do patrimônio geral do incorporador, mas sim de uma indisponibilidade temporária (RIZZARDO, 2021), por meio da qual, segundo Melhim Namem Chalhub (2019, p. 85):

[c]ria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes ficam afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades.

Depreende-se, assim, que os recursos afetados, no âmbito da incorporação imobiliária, estão vinculados à execução e regularização do empreendimento, de modo que, somente após a finalização da obra, com a devida individualização das unidades autônomas e entrega dos imóveis aos adquirentes, é que os valores excedentes obtidos com as vendas poderão retornar ao patrimônio geral do incorporador.

Isso demonstra que uma das características intrínsecas à afetação patrimonial é tornar incomunicável o acervo relativo à incorporação, tornando-o “imune dos credores cujos créditos não se encontram vinculados ao empreendimento, ou que as dívidas do incorporador não tiveram origem na sua implantação” (RIZZARDO, 2021, p. 416). Em outras palavras, o patrimônio de afetação responde somente pelas suas próprias dívidas e obrigações.

A incorporação cujo patrimônio foi afetado demanda uma contabilidade própria, destacada da contabilidade geral da empresa incorporadora. A fiscalização e o controle do empreendimento afetado são realizados por meio de demonstrações periódicas do andamento da obra, sendo que a programação financeira e a movimentação dos recursos requerem uma conta bancária distinta da conta da incorporadora (CHALHUB, 2019).

Para garantir que o patrimônio afetado realmente não se comunique com o patrimônio geral do incorporador, a Comissão de Representantes é investida de poderes para a assunção da administração da incorporação nos casos de atraso injustificado ou em casos de falência da incorporadora. Em razão da incomunicabilidade do patrimônio afetado, caso os adquirentes assumam a administração, estes estarão obrigados a destinar as receitas do orçamento da incorporação de maneira exclusiva ao pagamento das próprias dívidas e obrigações, sendo vedado o uso dessas receitas para pagamentos de obrigações não vinculados à obra.

O objetivo da afetação do patrimônio, portanto, é a proteção da incorporação contra os riscos de outros negócios da empresa incorporadora, ou seja, em eventual insucesso de outro empreendimento, não haverá interferência na estabilidade econômico-financeira da incorporação com o patrimônio de afetação. Nas palavras de Melhim Namem Chalhub (2019, p. 86):

[o] regime de afetação da incorporação imobiliária constitui importante mecanismo de resolução extrajudicial de problemas 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.

Assim, caso venha a ocorrer a falência do incorporador, os créditos vinculados ao empreendimento afetado não estarão sujeitos ao regime falimentar, pois estão condicionados à consecução da incorporação (RIZZARDO, 2021).

Ressalta-se, por fim, que os bens integrantes do patrimônio de afetação têm um tratamento similar ao de uma personalidade jurídica própria, uma vez que possui um tratamento próprio, uma contabilidade individual e perdura no tempo enquanto não cumprir a função de garantia e segurança da conclusão do empreendimento (RIZZARDO, 2021). No entanto, diferentemente do ocorrido na constituição de uma sociedade de propósito específico, meio usualmente utilizado para cada empreendimento, com o objetivo de separação patrimonial, o patrimônio de afetação não implica a criação de uma nova personalidade jurídica. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, os bens afetados estão vinculados à uma finalidade ou são objeto de restrição, por isso:

[s]eparados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação, porém, implicará composição de um patrimônio sem se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações. Caso contrário, eles se prendem ao fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito. Não há, pois, razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a ideia de poderem existir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados: bens dotais, bens ausentes, bens da herança, etc. (PEREIRA, 1995, p. 240)

Assim, conclui-se que o patrimônio de afetação é uma universalidade de direitos e obrigações destinada ao cumprimento de determinada função e integrado ao patrimônio geral. O patrimônio de afetação não é dissociado do patrimônio geral do sujeito, permanecendo a ele ligado, sendo, no entanto, operado de forma destacada para o cumprimento de sua finalidade (CHALHUB, 2019).

3.3.2 Regime jurídico do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária

Com fundamento na teoria da afetação, exposta acima, com a necessidade de tutela especial dos direitos dos adquirentes de imóveis em construção e com a decretação da falência da Encol e todas as suas consequências, o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB aprovou anteprojeto de lei, nos termos da Indicação n. 220, de 8 de julho de 1999, o qual foi convertido nos Projetos de Lei n. 2.109/1999, 3.455/2000, 3.751/2000 e 1.150/2003 (CHALHUB, 2019).

Em essência, esses projetos tratavam de inserir novos dispositivos à Lei das Incorporações, como, por exemplo: (i) o acervo de cada incorporação imobiliária constituir patrimônio de afetação, destinado à conclusão da construção e entrega das unidades aos seus adquirentes; (ii) o patrimônio de afetação ser incomunicável em relação ao patrimônio geral do incorporador e às outras incorporações, e responder somente pelas suas próprias dívidas; (iii) cada patrimônio de afetação ter uma contabilidade separada; (iv) em caso de atraso injustificado ou paralisação da obra, bem como em caso de insolvência do incorporador, os adquirentes poderem assumir a obra, por meio da comissão de representantes; (v) o prosseguimento da obra ser com as receitas próprias da incorporação, que correspondem às parcelas devidas pelos adquirentes relativas ao preço das unidades; (vi) a falência do incorporador não interferir nas incorporações-patrimônios de afetação e, por isso, os acervos delas não serem passíveis de arrecadação à massa; e (vii) em caso de falência do incorporador, a Comissão de Representantes ter a possibilidade de leiloar as unidades ainda não vendidas (“estoque”) e o valor apurado ser utilizado para o pagamento dos créditos fiscais, do condomínio e do proprietário do terreno, sendo somente o saldo passível de arrecadação pela massa falida (CHALHUB, 2019).

Embora esses projetos não tenham sido aprovados, a ideia de constituir um patrimônio segregado para cada empreendimento despertou os setores do Poder Executivo ligados ao sistema financeiro e ao setor imobiliário, levando à edição da Medida Provisória n. 2.221 (MP n. 2.221/2001), em 4 de setembro de 2001, a qual adotou o exposto acima, exceto a obrigatoriedade da afetação constante no anteprojeto do Instituto dos Advogados Brasileiros.

A MP n. 2.221/2001 era dividida em três grandes partes, sendo que a primeira delas qualificava a incorporação imobiliária como patrimônio de afetação; a segunda discorria sobre o modo de constituição do patrimônio de afetação, a sua organização e os mecanismos de controle dos adquirentes sobre a obra; e a terceira parte abordava os efeitos da afetação, estabelecendo os procedimentos para que os adquirentes possam assumir a incorporação e dar prosseguimento à obra.

Para Melhim Namem Chalhub, quando editada a Medida Provisória supracitada, houve o acréscimo de disposições conflitantes com natureza da afetação e a sua função social:

[t]ais acréscimos prejudicavam os adquirentes, ao invés de proteger sua posição patrimonial, pois tornava comunicável o patrimônio afetado, que é, por sua natureza, incomunicável, além de agregar novos e pesados encargos às obrigações dos adquirentes; em suma, os dispositivos acrescentados pela MP n.º 2.221, ao invés de tutelar os interesses dos adquirentes mediante compensação da desvantagem da sua posição patrimonial, aumentou o desnível entre eles, o incorporador e o Fisco. (CHALHUB, 2019, p. 87)

O conflito existente na legislação estava no fato de deixar a afetação do patrimônio de cada empreendimento como uma faculdade do incorporador e não uma obrigatoriedade, conforme constava do projeto apresentado pelo IAB. Além disso, Chalhub complementa sua crítica aos acréscimos realizados pela Medida Provisória n. 2.221/2001, pois esta tornou a afetação uma faculdade do incorporador:

[a]lém disso, embora reafirmasse a incomunicabilidade como característica essencial da afetação, abria canais de comunicação entre os bens e as receitas de cada patrimônio de afetação com os demais patrimônios de afetação e com o patrimônio geral da empresa, possibilitando o desvio de recursos para finalidades estranhas à destinação do patrimônio de afetação, inclusive para cobrir dívidas pessoais do incorporador. (CHALHUB, 2019, p. 87).

A magnitude dos conflitos existentes entre o propósito do patrimônio de afetação e a forma como a Medida Provisória n. 2.221/2001 o havia estabelecido fez com que fossem desenvolvidos estudos e debates visando excluir as contradições de seu texto. Como resultado, obteve-se o Projeto de Lei n. 3.065, do Poder Executivo, que resgatou a proposta original do anteprojeto e teve seu encaminhamento ao Congresso Nacional em 4 de março de 2004²⁶. Após sua aprovação, o projeto foi convertido na Lei n. 10.931/2004.

A Lei n. 10.931/2004 revogou a Medida Provisória n. 2.221/2001 e introduziu os artigos 31-A a 31-F na Lei das Incorporações. Logo no artigo 31-A, o legislador preocupou-se em conceituar o patrimônio de afetação e assim dispôs:

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (BRASIL, 2004, on-line)

Desse artigo, denota-se a ideia de blindagem da incorporação imobiliária por meio da segregação, do patrimônio do incorporador, de todos os bens e direitos que integram e integrarão o empreendimento imobiliário (AMARAL FILHO, 2016). Dessa forma, não haverá interferência ou comunicação com os outros negócios do incorporador. Tal conceito é reforçado pelo §1º do artigo supracitado:

§1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (BRASIL, 2004, on-line)

²⁶ Dentro desse projeto de lei foram reunidas outras matérias relacionadas ao setor imobiliário, ao sistema financeiro e ao mercado de capitais, regulamentando o regime especial tributário do patrimônio de afetação, a Letra de Câmbio Imobiliário, a Cédula de Crédito Imobiliário, a Cédula de Crédito Bancário, aspectos financeiros e processuais relacionados aos contratos imobiliários.

A leitura conjunta de ambos os trechos supracitados, demonstra exatamente o que se espera de uma afetação, isto é, a incomunicabilidade entre o patrimônio afetado e o patrimônio geral do incorporador, bem como a proteção do adquirente. No entanto, desses mesmos trechos também se extrai que os adquirentes continuam em posição de vulnerabilidade, uma vez que o legislador optou por deixar a constituição do patrimônio de afetação como uma faculdade do incorporador. Para Melhim Namem Chalhub (2019, p. 110), a afetação da incorporação imobiliária é instrumento de proteção da economia popular e, por isso:

[n]ada justifica que esse instrumento seja manejado a critério do incorporador, pois a proteção da economia popular não pode ser objeto de conveniência particular, mas, ao contrário, é matéria de interesse público que, a exemplo do que sucede no âmbito das relações de consumo, decorre do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (Lei nº 8.078/1990, art. 4º, I), daí a necessidade de intervenção legislativa para compensar eventual desvantagem do contratante mais fraco.

Ao estabelecer o patrimônio de afetação como uma faculdade do incorporador, o legislador acaba por conceder vantagem ao incorporador e deixa o adquirente em posição de elevada vulnerabilidade, indo contra aos fundamentos da norma originalmente proposta pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e nos Projetos de Lei citados anteriormente.

Para Hercules Aghiarian, o patrimônio de afetação constituiria, da forma como determinado em lei, um novo sistema de direito real de garantia formado por bens do incorporador, destacados do seu patrimônio geral e destinados para finalidade específica:

[e]sse novo sistema de direito real de garantia oferece oportunidade ao incorporador para destacar de seu patrimônio, ou de terceiros parceiros, um conjunto de bens que será reconhecido como patrimônio autônomo. Constituído pelos recursos obtidos com a comercialização das futuras unidades, pelas benfeitorias a serem agregadas a suas receitas, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação. Esse patrimônio constituído responderá, quando necessário, por quebras e outras indenizações surgentes por culpa do incorporador, em favor dos referidos promitentes compradores, ficando imune, aliás, às responsabilidades pessoais daquele, como se verá. (AGHIARIAN, 2015, p. 302)

Quanto às questões práticas, a contabilidade do patrimônio afetado é realizada de forma separada, sendo todos os recursos advindos das vendas das unidades autônomas restritos às obrigações do respectivo empreendimento. Conforme se verá a seguir, a constituição do patrimônio de afetação, apesar de ser uma faculdade do incorporador, possui caráter irrevogável e é mantida até a conclusão da obra e a efetiva entrega das unidades aos adquirentes.

3.3.3 Constituição, limitações impostas e extinção do patrimônio de afetação

A afetação do patrimônio pode ser realizada a qualquer tempo, até a conclusão das obras, instituição e especificação do condomínio e, se for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento. A formalização desse ato acontece por meio da averbação, na matrícula do imóvel em que está registrada a incorporação, de termo subscrito pelo incorporador e pelos titulares de direitos aquisitivos sobre o terreno (art. 31-B, da Lei das Incorporações).

Não há nenhuma formalidade especial exigida em lei para a elaboração do termo de afetação. Além disso, a averbação desse termo não encontrará óbice diante da existência de ônus reais que tenham sido constituídos previamente sobre o imóvel do empreendimento. Objetiva-se, desse modo, garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento (AMARAL, 2021, p. 84), conforme determinado pelo artigo 31-B, parágrafo único, da Lei n. 4.591/1964. Todavia, caso existam ônus reais garantindo outras obrigações do incorporador ou de terceiros, a averbação do patrimônio de afetação será impossibilitada.

O patrimônio de afetação acarreta ao incorporador a indisponibilidade do imóvel e de quaisquer outros direitos de créditos relacionados ao empreendimento ao qual está vinculado, para assegurar obrigações não relacionadas à incorporação. Conforme discutido anteriormente, a constituição do patrimônio de afetação objetiva criar uma blindagem do patrimônio de determinado empreendimento, para que esse patrimônio responda somente às suas obrigações.

Em casos em que o empreendimento é composto pela construção de conjunto de edificações, é possível a constituição de patrimônios de afetação separados, para cada um dos blocos ou para cada subconjunto, com previsão de conclusão na mesma data. Para isso, a lei possui a exigência de declaração expressa no memorial de incorporação (RIZZARDO, 2021).

A Lei das Incorporações não possui indicação expressa de quem pode ser a instituição financiadora das obras, podendo ser uma instituição financeira ou uma companhia securitizadora de créditos imobiliários. Cabe esclarecer, no entanto, que, de acordo com a Instrução n. 472/2008 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Lei n. 8.668/1993²⁷, não é possível um fundo de investimento financiar diretamente a construção, sendo possível apenas sua participação indireta, mediante a aquisição de instrumentos de dívida.

A Lei n. 4.591/1964 adota o termo instituição financeira nos moldes do praticado no mercado financeiro (AMARAL, 2021), especificamente na regulamentação bancária, a qual divide o contrato de mútuo em espécie de empréstimo ou financiamento, em que o primeiro é

²⁷ Art. 35, II da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários n. 472/2008 e art. 12, I, da Lei n. 8.668/1993.

tratado como um mútuo sem destinação específica e o segundo com uma destinação específica (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2022). No caso da incorporação imobiliária o mútuo possui destinação específica, qual seja, o financiamento da construção e o desenvolvimento do empreendimento.

Quando do recebimento do instrumento de garantia hipotecária ou de alienação fiduciária, a serventia do registro de imóveis competente deverá verificar, além dos requisitos previstos no artigo 1.424 do Código Civil (BRASIL, 2002, on-line) e no artigo 24 da Lei n. 9.514/1997 (BRASIL, 1997, on-line), a origem da dívida garantida e a destinação dos recursos obtidos. Isso faz-se necessário pois é preciso aferir o cumprimento do §3º do artigo 31-A, da Lei n. 4.591/1964.

Caso seja verificado que a dívida que se deseja constituir não está vinculada à aquisição ou à construção do empreendimento objeto da incorporação, o oficial do cartório negará o registro da garantia real que recaia sobre o imóvel relacionado ao empreendimento afetado (AMARAL, 2021).

Em casos em que o incorporador obtém recursos de instituições financeiras a fim de realizar a construção do empreendimento afetado, é necessária a anuência da credora financiadora ou a sua cientificação, de acordo com os termos do contrato de financiamento. O legislador, ao permitir que o incorporador obtenha recursos de instituições financeiras, deixou claro que não há a transferência, para o credor, de suas obrigações ou responsabilidades.

Uma vez averbado o termo de afetação, este permanecerá válido até atingir a sua finalidade, qual seja, a entrega das unidades imobiliárias prontas e individualizadas, com a devida comprovação de quitação do financiamento contratado para a execução das obras e a consequente liberação dos ônus existentes na matrícula do imóvel. Para Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 321):

[e]xtingue-se a afetação quando concluída a obra, entregue as unidades aos adquirentes, com seus títulos registrados, e paga a dívida decorrente do financiamento da construção. As hipóteses são cumulativas; assim, se a obra for concluída e entregues as unidades até então vendidas, mas ainda houver saldo devedor do financiamento, as unidades restantes continuam afetadas até que se complete o pagamento do saldo devedor. Alternativamente, extingue-se a afetação nas hipóteses de denúncia da incorporação, depois de restituídas as quantias aos adquirentes, e de liquidação da incorporação, deliberada pela assembleia geral dos adquirentes, em caso de insolvência do incorporador (art. 31-E).

Outra limitação instituída pela afetação está no direcionamento obrigatório do produto obtido com a alienação das unidades para esse patrimônio afetado. Isso significa dizer que esses recursos deverão ser utilizados para o pagamento ou reembolso de despesas inerentes à

incorporação (AMARAL, 2021). Como despesas da incorporação, deve-se considerar não apenas o custeio da construção do empreendimento, mas também as despesas com os emolumentos registraes necessários à individualização e discriminação das unidades²⁸.

A Lei n. 4.591/1964, em seu artigo 31-A, §8º, estabelece a exclusão do patrimônio de afetação e, conseqüentemente, permite ao incorporador o uso livre dos recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra, considerando-se os valores a receber até sua conclusão e os recursos necessários à quitação de financiamento obtido para a construção, se houver, bem como o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada por administração. Nesse caso, o reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais, considerando somente os valores efetivamente recebidos na alienação (AMARAL, 2021).

Diante disso, o incorporador só poderá ter acesso livre ao saldo das receitas da comercialização das unidades — e somente estas receitas, uma vez que os recursos financiados devem ser aplicados nas obras —, após assegurar que as vendas realizadas serão suficientes para assegurar o custeio integral da construção, das despesas da individualização das unidades e do pagamento integral dos valores financiados.

Outra questão igualmente relevante é a responsabilidade do incorporador, posto que a afetação do patrimônio não o exonera, sendo expressamente estabelecido em lei que ele responde com seu patrimônio geral e pessoal pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação (art. 31-A, §2º, da Lei das Incorporações). Assim, cabe ao incorporador o zelo pela consecução do empreendimento até a efetiva entrega das matrículas individualizadas aos adquirentes, sendo que as unidades devem estar de acordo com o contratado e informado no memorial de incorporação.

²⁸ Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. [...]

§12º. Para os efeitos do § 11 deste artigo, cada adquirente responderá individualmente pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades, se outro critério de rateio não for deliberado em assembleia geral por dois terços dos votos dos adquirentes, observado o seguinte: [...]

IV – compreendem-se no custo de conclusão da incorporação todo o custeio da construção do edifício e a averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades, nos termos do art. 44. (BRASIL, 1964, on-line).

3.3.4 Comissão de representantes

O patrimônio afetado, destinado à execução do empreendimento, é submetido à fiscalização da comissão de representantes, nos termos do artigo 31-C, da Lei n. 4.591/1964²⁹. Essa comissão, conforme discutido anteriormente, é composta por adquirentes das unidades futuras e exerce importante papel na incorporação imobiliária.

Por meio da prerrogativa de acompanhar o cumprimento das obrigações relativas ao patrimônio de afetação, a comissão possui acesso aos livros, aos contratos e às movimentações de conta corrente do patrimônio afetado. A comissão deve, ainda, receber do incorporador o demonstrativo dos recursos financeiros recebidos no período, apurados em balancetes trimestrais.

O legislador facultou à comissão de representantes e à instituição financiadora a nomeação, às suas expensas, de pessoa física ou jurídica, para fiscalizar e acompanhar a incorporação. A ressalva constante no §1º do artigo 31-C, da Lei das Incorporações, diz que essa nomeação não transfere a responsabilidade pela qualidade da obra, pelo prazo da entrega ou qualquer outra obrigação do incorporador ou do construtor, pois a fiscalização e o acompanhamento têm a finalidade de defender os direitos dos credores, sejam eles adquirentes ou entidade financiadora (CHALHUB, 2019).

Para o desempenho dessa função, o profissional nomeado deve proceder com toda a cautela, pois terá acesso a documentos e informações protegidas pelo sigilo da atividade da incorporadora. Para Melhim Namem Chalhup, houve um certo exagero do legislador nesse ponto, no entanto, o autor acredita que tais precauções tenham o objetivo de defender os interesses dos adquirentes e da instituição financeira:

[d]e fato, aqueles que confiaram seus recursos ao empresário da incorporação devem ter assegurado o direito de fiscalizar e acompanhar a incorporação, e é exatamente nesse sentido que a lei obriga o incorporador a apresentar-lhes trimestralmente um relatório do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado. (CHALHUB, 2019, p. 122)

A pessoa designada para essa análise deverá, portanto, agir com zelo e guardar sigilo das informações tributárias, ou de qualquer outra natureza, referentes ao patrimônio de afetação a que tiver acesso, sob pena de responder por sua falta (art. 31-C, §2º, da Lei n. 4.591/1964). A instituição financiadora, por sua vez, segundo a Lei das Incorporações, tem o dever de fornecer

²⁹ Art. 31-C. A Comissão de Representantes e a instituição financiadora da construção poderão nomear, às suas expensas, pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação. (BRASIL, 1964, online)

cópia de eventual relatório de situação elaborado pelo seu fiscalizador para a Comissão de Representantes, não representando quebra de sigilo.

A Comissão de Representantes também possui poderes para, mesmo após concluídas as obras: firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo (art. 31-F, §3º, da Lei n. 4.591/1964); manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas (art. 31-F, §5º, da Lei n. 4.591/1964); bem como, transmitir domínio aos adquirentes que ainda tenham obrigações a cumprir perante o incorporador ou a instituição financeira, desde que comprovadamente adimplentes, situação em que fica condicionada a outorga do contrato à constituição de garantia real sobre o imóvel (art. 31-F, §6º, da Lei n. 4.591/1964).

A Comissão de Representantes também tem papel relevante em caso de insolvência civil ou falência do incorporador, assim como nos casos de destituição do incorporador por atraso ou paralisação injustificada das obras. Nesses casos, a comissão irá assumir a posição de administradora da incorporação ou decidir pela liquidação do empreendimento.

Conforme apresentado anteriormente, o incorporador tem algumas limitações frente à constituição do patrimônio de afetação, as quais, por outro lado, apresentam contrapartidas benéficas, como, por exemplo, o aumento da segurança do empreendimento do ponto de vista dos adquirentes e das instituições financiadoras. Consequentemente, o empreendimento torna-se mais atrativo e possibilita condições melhores para o financiamento e custo de captação de recursos, bem como para as vendas (AMARAL, 2021). Sob outro aspecto, o patrimônio de afetação possibilita ao incorporador a adesão ao regime especial de tributação (RET).

3.3.5 Regime especial de tributação das incorporações imobiliárias com patrimônio de afetação

Uma vez afetado o patrimônio na incorporação imobiliária, em nada é alterado o regime tributário em que a atividade de incorporação está inserida, nem é modificada a responsabilidade tributária dela decorrente. Isso porque o patrimônio de afetação não é excluído do patrimônio geral do incorporador (CHALHUB, 2019). A Instrução Normativa RFB n. 1.435/2013 regulamenta e detalha a forma de adesão do contribuinte ao regime especial de tributação.

É facultado ao incorporador que instituiu o patrimônio de afetação a adoção do regime especial de tributação. Por esse regime, o incorporador fica sujeito ao pagamento unificado de

4% (quatro por cento) da receita mensal recebida e dos seguintes impostos e contribuições: imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ); PIS/PASEP – contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público; CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido; e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

Embora seja facultativo ao incorporador a escolha pelo regime especial de tributação, uma vez realizada a adesão a esse regime, ela é irrevogável e deve perdurar enquanto existirem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes ou instituições financeiras referentes à incorporação. A adoção desse regime pelo incorporador é considerada vantajosa quando considerada a tributação ordinária a que está submetido. Se tributada pelo lucro presumido, a carga tributária varia entre 5,93% e 6,73% de tributos federais sobre as receitas, considerando que para a adoção do lucro presumido a sociedade não pode obter lucro anual superior a R\$ 78 milhões (AMARAL, 2021).

O regime de tributação pelo lucro real é variado, conforme a lucratividade do empreendimento, porém por compreender tributos com alíquotas nominais pode chegar a 43,25%, dos quais:

- (i) 15% de IRPJ, calculado sobre o lucro líquido;
- (ii) 10% de adicional do IRPJ, para lucros superiores a R\$ 20 mil mensais;
- (iii) 9% de CSLL, calculado sobre o lucro líquido; e
- (iv) 9,25% de PIS/COFINS no regime não cumulativo, que incide sobre o total das receitas da incorporadora e permite a dedução de créditos fiscais calculados sobre determinados custos e despesas. (AMARAL, 2021, p. 69)

Quando da entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004 e da instituição do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, a alíquota de 7% do regime especial de tributação não era atrativa ao incorporador. Isso, somado à limitação de acesso aos recursos recebidos pela comercialização das unidades e ao levantamento de balancetes e demonstrativos de forma trimestral para apresentação à Comissão de Representes, fez com que não se optasse pela afetação do patrimônio. Assim, o patrimônio de afetação quase caiu em total desuso (AMARAL, 2021). Entretanto, em 2013, com a Medida Provisória n. 610/13 convertida na Lei n. 12.844, houve a redução da alíquota para 4% da receita mensal recebida, o que tornou atrativa a adesão ao patrimônio de afetação e ao regime especial de tributação ao incorporador.

A partir de 2019, com a edição da Lei n. 13.970, o regime especial de tributação pode ser aplicado até o recebimento integral do valor das vendas de todas as unidades que compõem o memorial de incorporação registrado no cartório de imóveis competente, independentemente da data de sua comercialização. A adoção do regime especial tributário passou a ser atrativa ao

incorporador e o uso do patrimônio de afetação aumentou. Além de trazer segurança ao adquirente, a adoção de tais medidas passou a ser benéfica ao incorporador. Todavia, conforme se discutirá a seguir, essa não é a única forma utilizada para a segregação patrimonial.

3.4 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Para o presente estudo, conforme visto, é preciso esclarecer, alguns detalhes sobre a diferenciação entre sociedade empresária e o empresário. Isso, pois, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências determina, em seu artigo 1º, a sua aplicação somente às sociedades empresárias e empresários. Portanto, antes de adentrar na sociedade de propósito específico, se faz necessário essa explanação prévia.

3.4.1 Sociedade empresária e empresário

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, a primeira fase do direito comercial, do período da Idade Média e que teve início com o renascimento do comércio, “compreende os usos e costumes mercantis observados na disciplina das relações jurídico-comerciais” (RAMOS, 2015, p. 14). O direito comercial era, nessa fase, o direito dos comerciantes membros das corporações de ofício e que estavam a serviço do comerciante (REQUIÃO, 2003, p. 11). Essa fase causou uma revolução no direito contratual (antes engessado a solenidades de celebrações e avenças), que passa a contar com o princípio da liberdade na celebração contratual (RAMOS, 2015). O contrato, a partir do direito comercial, é um negócio.

O aumento das relações comerciais fez com que fosse necessária a evolução do direito comercial. O direito mercantil deixa de ser aplicado somente pelos e para os membros das corporações de ofício e começa a ser aplicado também entre comerciantes membros e não membros. Até que a França edita o Código Civil e o Código Comercial, em 1804 e 1808, respectivamente, inaugurando uma segunda fase, na qual o direito das classes, das corporações de ofício, transforma-se em direito do Estado e, o que foi direito universal converte-se em direito nacional (RAMOS, 2015).

Em conjunto com a separação do direito privado em direito civil e direito comercial, a França inaugurou a teoria dos atos de comércio, que “tinha como uma de suas funções essenciais a de atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio, a qualidade de comerciante” (RAMOS, 2015, p. 23).

O direito comercial passou, então, a regulamentar as relações cuja prática de alguns atos, os quais se encontravam definidos em lei como atos de comércio, estivesse envolvida. A definição do que representaria um ato de comércio passa a ser, então, tarefa atribuída ao legislador, o qual “optava ou por descrever as suas características básicas” (RAMOS, 2022, p. 55) ou realizava a enumeração de condutas típicas consideradas como de comércio.

Em razão da efervescência do mercado e do surgimento de diversas atividades econômicas relevantes não contidas no conceito de atos de comércio, essa teoria passa a ser alvo de críticas diante da impossibilidade de determinar todos os atos de comércio. Assim, em 1942, com a promulgação do Código Civil Italiano, o Direito Comercial inaugura sua terceira fase, na qual o legislador deixa de se preocupar apenas com alguns atos do comerciante e direciona sua atenção para a forma empresarial de exercício da atividade econômica (cf. RAMOS, 2022).

A teoria dos atos de comércio foi adotada pelo Brasil no Código Comercial de 1850 e ficou vigente até a promulgação do Código Civil de 2002, a partir de quando se passou a adotar a teoria da empresa. No entanto, conforme explica André Santa Cruz, tanto a doutrina como a jurisprudência pátria, antes mesmo da inauguração da nova legislação civil, já demonstravam a sua insatisfação com a teoria dos atos de comércio e, concomitantemente, expressavam sua simpatia pela teoria da empresa. Com a adoção dessa teoria, o Código Civil Brasileiro deixou de utilizar as expressões “ato de comércio” e “comerciantes”, adotando as palavras “empresa” e “empresário”, e deslocou o enfoque da legislação dos atos realizados para a atividade empresária (NEGRÃO, 2021).

Diante dessa mudança de enfoque, o conceito de empresa até hoje é um problema para os estudiosos (RAMOS, 2015, p. 61). Alberto Asquini, em 1943, expôs que o conceito de empresa é “o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram” (ASQUINI, 1996, p. 109), compreendendo a organização dos fatores de produção, como a natureza, o capital, o trabalho e a tecnologia (RAMOS, 2015).

O perfil poliédrico trazido pelo jurista italiano engloba quatro perfis: o subjetivo, em que a empresa é caracterizada como empresário (SACRAMONE, 2022b); o objetivo, no qual a empresa é vista sob seu aspecto patrimonial, como o conjunto de bens afetados pela atividade econômica, o estabelecimento (RAMOS, 2015); o perfil funcional, a empresa como atividade empresarial, ou seja, uma atividade econômica organizada com o fim de produção para troca de bens ou serviços profissionalmente (ASQUINI, 1996); e o corporativo, em que a empresa

seria um “núcleo social organizado em função de um fim econômico comum” (ASQUINI, 1996, p. 104). A partir das acepções do jurista italiano, o fenômeno econômico chamado de empresa é absorvido pelo Código Civil Brasileiro como uma atividade econômica organizada.

Importa destacar que a legislação brasileira não tem uma definição para o conceito de empresa; há somente a definição de empresário, no artigo 966 do Código Civil, como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002, on-line). No entanto, é possível extrair a definição de empresa quando observado o artigo supracitado em conjunto com o artigo 1.142 do mesmo *códex*, no qual há a definição de estabelecimento. A conclusão a que se chega é a mesma de Asquini, ou seja, empresa é atividade econômica organizada (SACRAMONE, 2022b).

Assim, empresa é uma atividade e empresário é quem exerce empresa profissionalmente. É importante, ainda, não confundir esses dois conceitos com sociedade empresária, a qual é uma pessoa jurídica cujo objeto social é uma atividade econômica organizada (RAMOS, 2022, p. 95). Segundo André Santa Cruz, a expressão “empresário” designa um gênero, já os termos empresário individual (pessoa física) e sociedade empresária (pessoa jurídica) são espécies. O mesmo autor traz também a diferenciação entre estas duas espécies e é importante destacar que:

[a] grande diferença entre o empresário individual e a sociedade empresária é que esta, por ser uma pessoa jurídica, tem patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos sócios que a integram. Assim, os bens particulares dos sócios, em princípio, não podem ser executados pelas dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. (RAMOS, 2022, p. 96)

Essa separação patrimonial existente nas sociedades empresariais não se verifica no empresário individual, o qual responde pelos riscos da atividade econômica com todos os seus bens.

Assim, considerando que a atividade econômica organizada pode ser exercida por sociedades, as quais são pessoas jurídicas constituídas para a exploração de uma atividade econômica, se faz necessário ressaltar a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de algumas modalidades de sociedades personificadas: a anônima, a limitada, a simples e a cooperativa. Dentro dessas formas societárias, para o presente estudo, importa esclarecer que a anônima e a limitada são as formas mais comumente vistas em casos de formação de sociedade de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, posto que são tidas como sociedades dotadas de personalidade jurídica (OLIVEIRA, 2016).

A sociedade limitada, delimitada no Código Civil nos artigos 1.052 a 1.087 (BRASIL, 2002, on-line), é dotada de personalidade jurídica e é caracterizada pela responsabilidade dos

sócios estar restrita ao valor de suas cotas, ou seja, o sócio responde somente pelo valor de sua cota e a totalidade dos sócios respondem de forma solidária pela integralização do capital social (SACRAMONE, 2022b). A sociedade anônima, regida pela Lei n. 6.404/76, embora também seja dotada de personalidade jurídica, é caracterizada pela divisão do seu capital social em ações que podem ser livremente negociadas por seus titulares, os quais respondem somente pelo preço de emissão de suas ações (SACRAMONE, 2022b).

Ambas estão sujeitas ao registro do seu contrato/estatuto social no órgão de registro competente, ou seja, na Junta Comercial, por meio do qual será estabelecido, dentro dos ditames legais, o seu objeto social, a forma de administração, extinção, distribuição de lucros, entre outros. O Código Civil também estabelece, em seu artigo 981, parágrafo único³⁰, que a sociedade pode ser constituída para a realização de um ou mais negócios específicos e determinados no contrato social. Isso demonstra, a princípio, que as denominadas sociedades de propósito específico, conforme se verá detalhadamente a seguir, possuem regramento no ordenamento jurídico brasileiro e possuem benefícios importantes para o presente estudo.

3.4.2 Origem da sociedade de propósito específico

O surgimento das sociedades de propósito específico (SPEs) ainda é controverso no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que há, segundo Leonardo Guimarães, normas anteriores ao Código Civil que já as admitiam:

[a] primeira referência de uma norma cogente prevendo a criação de uma estrutura símile à SPE no Brasil se encontra consubstanciada na Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, a qual institui o chamado consórcio societário, determinando que a conjugação empresarial visando a venda, no exterior, das mercadorias ali elencadas se fizesse mediante a criação de um ente, dotado de ‘personalidade jurídica, revestido na forma de sociedade comercial, organizada por instrumento público ou particular e com seus atos constitutivos arquivados na repartição ou órgão competente’ (art. 11) (GUIMARÃES, 2002, p. 135)

O Código Civil, em 2002, não se utilizou da expressão sociedade de propósito específico, no entanto previu a possibilidade da constituição de uma sociedade empresária com objetivo não só determinado, mas também específico (art. 981, parágrafo único). Além da Portaria da 107 da IDBF e do Código Civil, em 2004, houve a publicação da Lei n. 11.079, a

³⁰ Art. 981, parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. (BRASIL, 2002, on-line).

qual institui normas gerais para licitação e contratações de parcerias público-privadas, cujo Capítulo IV dispõe sobre a SPE.

Ademais, a sociedade de propósito específico é registrada em outros casos, como quando decorrente das atividades de incorporação imobiliária, situação em que a SPE é constituída com o único objetivo da construção de um empreendimento (OLIVEIRA, 2016). Este último é objeto do presente estudo, cujo objetivo é verificar a compatibilidade do instituto da recuperação judicial com as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação.

Em todos os casos acima citados, a sociedade de propósito específico não constitui um novo tipo societário, podendo adotar uma das formas de sociedade existentes na legislação pátria. Usualmente as SPEs são constituídas sob a forma de sociedade anônima ou limitada, a depender da natureza e das necessidades específicas do empreendimento a ser realizado.

A SPE é dotada de personalidade jurídica e autonomia patrimonial, podendo ser conceituada como uma sociedade de objeto social determinado e específico, o que resulta em uma sociedade com prazo de duração definido. De acordo com o regulamento das sociedades limitadas (art. 1.033, I e era. 1.034, II, do Código Civil), bem como de acordo com a legislação das sociedades anônimas (art. 206, I, “a”), o exaurimento do prazo de duração e/ou do objeto social da SPE demanda a sua dissolução.

Entre as vantagens existentes na constituição de uma SPE está a possibilidade de economia fiscal. Toda empresa conta a possibilidade de tributar os seus lucros em uma das opções disponíveis, desde que não haja impedimentos ou limitações legais. Em não sendo impedida legalmente, a tributação dos lucros pode seguir o regime do Simples Nacional, do Lucro Arbitrado, do Lucro Presumido, do Lucro Real e, às empresas atuantes da incorporação imobiliária, do Regime Especial de Tributação (RET) (OLIVEIRA, 2016). Cada uma das formas possui benefícios para a sociedade de propósito específico, mas também possui limitações quanto à utilização, com exceção do Lucro Real, o qual pode ser aplicado a todas as empresas.

Com relação ao regime especial de tributação, ressalta-se sua aplicação somente às empresas atuantes na incorporação imobiliária. Segundo Rodrigo de Oliveira, essa opção possui

caráter opcional e irrevogável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador com os adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação. Deve-se, no entanto, observar a destinação do patrimônio de afetação, conforme prevê legislação específica. [...] Cabe destacar que as demais receitas que não estejam vinculadas ao patrimônio de afetação serão tributadas por uma das formas anteriormente mencionadas, não podendo ser considerado RET uma forma

integralmente aplicável à tributação da pessoa jurídica, mas sim à parcela que compõe a incorporação admitida no RET. (OLIVEIRA, 2016, p. 298).

Denota-se, portanto, que o RET só pode ser adotado em casos de SPEs que possuem patrimônio de afetação regulamentado, sendo que esse regime especial atinge tão somente a parcela afetada.

Além da possibilidade de escolha do regime tributário aplicável à SPE, outra vantagem da constituição da SPE para a elaboração de objeto único, certo e determinado é a redução de riscos aos sócios e uma proteção adicional ao patrimônio envolvido. No entanto, Scavone Júnior (2022) esclarece que o isolamento dos riscos não é completo, pois ainda é possível atingir o patrimônio dos sócios por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

3.4.3 Sociedade de propósito específico na incorporação imobiliária

As sociedades de propósito específico constituídas para o desenvolvimento da incorporação imobiliária geralmente são formadas pela construtora ou por sociedades *holdings*, isso porque as SPEs são pautadas em uma relação não só contratual, mas também de confiança, a qual o investidor deposita na figura do incorporador. Sendo assim, dentro das SPEs é de extrema importância o exame das projeções de custos e rendimentos oriundos do projeto que será implementado para que o investidor, desde o início, possa ajustar suas participações (OLIVEIRA, 2016).

Além disso, para a constituição de uma SPE, assim como para as demais sociedades estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso o cumprimento de alguns requisitos, como, por exemplo: a formação de capital com a sua integralização; a elaboração de estatuto ou contrato social, a depender da forma societária escolhida, bem como o seu devido registro no órgão competente; a utilização de nome empresarial; a inscrição e o cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ); e a contabilidade e as obrigações acessórias próprias. Quando da elaboração do contrato ou estatuto social, os sócios ainda deverão decidir acerca da administração e da forma de representação da sociedade, das regras de distribuição de lucros, das chamadas para aumento de capital e, o que é considerado o mais relevante para o caso da SPE, da definição e delimitação de seu objeto social.

Conforme exposto anteriormente, o caso da Construtora Encol S.A Engenharia, Comércio e Indústria (Encol) foi de tamanha relevância para o mercado econômico brasileiro que acarretou mudanças legislativas e reestruturações dentro do mercado imobiliário. Devido

às consequências que esse caso trouxe, as atenções se voltaram para o negócio imobiliário apontando a necessidade de maior rigor na proteção do investidor, o que contribuiu para a consolidação do uso da sociedade de propósito específico.

Essa consolidação se deu em razão do instituto da personalidade jurídica, por meio da qual a sociedade passa a ter autonomia patrimonial, negocial e processual. Desse modo, os bens, os direitos e as obrigações da sociedade serão de propriedade exclusiva desta e não dos sócios (CAZETTA, 2021). Para Mariana Pargendler (2018), a autonomia patrimonial advinda da personalidade jurídica viabiliza o *capital lock-in*³¹, o qual preconiza que todo o capital subscrito e aportado na sociedade será de exclusividade desta. A autora destaca, ainda, que essa personalidade jurídica separada permite a continuidade e a integridade da sociedade, bem como a criação de valores, além de assegurar que a condição financeira ou a preferência dos sócios interfiram nas operações da empresa.

Essa personalidade jurídica que a sociedade de propósito específico adquire permite a necessária autonomia e, em tese, uma incomunicabilidade entre os bens e as obrigações sociais da SPE e os de propriedade dos sócios. Diz-se “em tese” pelo fato de que, ainda que haja a separação do patrimônio por meio da personalidade jurídica e do objeto específico e determinado na sociedade de propósito específico, a contabilidade, a controladoria, as contas a pagar, os recursos humanos e os sistemas continuam sendo dos sócios, no caso as construtoras e *holding*, que provêm as SPEs com esses serviços (AMARAL, 2021). Por esse motivo, existe a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica, constante no art. 50 do Código Civil, de modo que os credores possam atingir o patrimônio dos sócios (SCAVONE JUNIOR, 2022).

A criação dessas sociedades se apresenta ao incorporador imobiliário como uma ferramenta para a constituição de parcerias entre ele e os adquirentes, bem como para a obtenção de uma certa proteção e uma organização da atividade desempenhada. A partir dessa criação, nasce o grupo empresarial da incorporação imobiliária (SOARES, 2019).

A partir do que foi exposto, percebe-se que a criação de uma sociedade de propósito específico para a elaboração de um empreendimento imobiliário apresenta muitos benefícios. No entanto, destaca-se que a proteção conferida aos investidores não é completa, pois ainda correm o risco de sujeitarem-se aos efeitos de uma eventual falência (CHALHUB, 2019). O caso da falência da Encol, mencionado anteriormente, é um exemplo do uso de sociedade de

³¹ Utilizado por Pargendler (2018) em sua tradução literal de “aprisionamento do capital social” a fim de determinar que os bens, direitos e obrigações da sociedade sejam desta exclusivamente.

propósito específico, o qual não foi suficiente para a proteção do seu patrimônio em relação aos adquirentes.

4 CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

Conforme exposto anteriormente, o ajuizamento do processo de recuperação judicial depende do cumprimento de requisitos considerados essenciais. O primeiro deles é o autor do pedido ser empresário ou sociedade empresária, cuja atividade é desempenhada de maneira regular há mais de dois anos. Nesse ponto é preciso esclarecer que os requisitos aqui destacados são os exigidos em lei. Cumpre ressaltar, no entanto, que, na prática, não somente sociedades empresárias estão tendo seus pedidos de recuperação judicial deferidos, há casos em que o requerente não é sociedade empresária, pelo conceito dado pela legislação vigente, e ainda assim é concedido o benefício do uso da legislação recuperacional para possibilitar o soerguimento da atividade³².

O Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno em Tutela Provisória n. 3.654/RS considerou ser possível às associações civis realizarem pedido de recuperação judicial (BRASIL, STJ, 2022a). O ministro Luis Felipe Salomão, cujo voto prevaleceu no julgamento, comentou que essa possibilidade divide a doutrina e a jurisprudência e que, apesar de as associações civis não se enquadrarem no conceito de sociedade empresária do artigo 1º da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, elas também não estão no rol dos agentes econômicos excluídos (art. 2º, da Lei n. 11.101/2005) (BRASIL, STJ, 2022b).

O ministro ainda prossegue afirmando que as associações civis, por vezes, se estruturam como verdadeiras empresas, exercendo atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços e que, por isso, estão habilitadas para requererem recuperação judicial. Entretanto, quando se parte da leitura estrita do que é determinado em lei, um dos requisitos exigido é a necessidade de ser empresário ou sociedade empresária, conforme determinado pelo artigo 1º da Lei n. 11.101/2005.

Outro requisito legal, diz respeito ao caso específico de o pedido de recuperação judicial ser realizado por mais de um autor, em litisconsórcio ativo, por meio de configuração de grupo econômico, conforme determinado pelos artigos 69-G a 69-L da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

³² É o caso da recuperação judicial da Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro, processo n. 0093754-90.2020.8.19.0001 e da recuperação judicial da Unimed – Norte e Nordeste da Paraíba, processo n. 0812924-95.2021.8.15.2001.

Antes da reforma da legislação falimentar ocorrida em 2020, a jurisprudência já aceitava o ajuizamento de recuperação judicial por grupo econômico³³, também conhecida como consolidação processual, admitida na forma de litisconsórcio ativo facultativo, para poder ter acesso aos benefícios legais da legislação. Esse ponto foi, inclusive, objeto do Enunciado n. 98 da 3ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal de 2019:

[a] admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial. Isso porque, por interferir na autonomia patrimonial das pessoas jurídicas que compõem o grupo, a consolidação substancial é medida excepcional, que somente se admite quando o contexto fático assim exigir. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDFERAL, 2019)

O litisconsórcio ativo no processo de recuperação judicial pode representar eficiência e redução de custos às empresas em crise, pois é possível a nomeação de um único administrador judicial, comitê de credores e a facilitação na apuração e na transmissão das informações entre as sociedades (SACRAMONE, 2022b). Entretanto, o plano de recuperação judicial deve conter os meios de recuperação individualizados para cada membro do grupo econômico, os quais serão votados separadamente com os quóruns de votação aferidos independentemente em relação aos credores de cada devedor. Como consequência, pode haver a concessão da recuperação judicial de um membro do grupo enquanto para o outro pode haver a convocação em falência (TOMAZATTE, 2022).

Com a promulgação da Lei n. 14.112, de dezembro de 2020, que alterou a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, houve a positivação da consolidação processual e da consolidação substancial. Esta última, inclusive, não ocorre de maneira automática e deverá preencher os requisitos legais determinados no artigo 69-J.

Neste capítulo, antes de adentrar no tema específico da consolidação processual e substancial, é importante discorrer sobre grupo econômico e litisconsórcio ativo, com suas variações (facultativo, necessário, comum e unitário), posto que o entendimento desses conceitos se faz necessário para que se possa compreender a consolidação determinada na legislação recuperacional.

Na sequência, é analisada e discutida a legitimidade ativa na recuperação judicial de grupos econômicos em consolidação processual e/ou consolidação substancial. Por fim, são

³³ De acordo com o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.665.042/RS, realizado em 25 de junho de 2019, “é possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico”. (BRASIL, STJ, 2019)

analisadas as funções da consolidação substancial, seus requisitos legais e as consequências de suas configurações para o procedimento recuperacional.

4.1 GRUPO ECONÔMICO

Os grupos econômicos são uma realidade na atualidade, são compostos por sociedades que, geralmente, têm interesses em comum e uma atuação coordenada que possibilita, muitas vezes, que a crise econômica de uma sociedade afete outra (AMARAL, 2021). Considerando que determinados fatores relacionados aos grupos econômicos são pertinentes para a consolidação substancial, é importante analisá-los.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2014, p. 428) explicam que os grupos econômicos tiveram sua criação como meio de racionalizar a exploração empresarial e afirmam que esses grupos permitem a criação de sistemas econômicos internos:

[é] graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de “economias internas de escala”, já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX. Todos os sistemas econômicos, qualquer que seja o regime político que os acompanha, tendem a esse mesmo objeto de agrupamento e coordenação empresarial. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada, em todos os setores, máxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica. A chamada empresa multinacional nada mais é do que uma constelação de empresas, operando em vários países, sob legislações diversas, mas perseguindo, sempre, uma única política global.

Para Rubens Requião (2012, p. 197), após a Segunda Guerra Mundial, o direito comercial passou por grandes mudanças, com o desenvolvimento das ideias e técnicas dos grandes grupos societários. No Brasil, a formação dos grupos econômicos geralmente ocorre por meio de expansão dos negócios para outros relacionados. Segundo Sérgio Lazzarini (2018, p. 85), os grupos de sociedade podem ser formas organizacionais eficientes quando possibilitam a redução dos custos de transação para a cadeia produtiva da atividade econômica.

Os grupos de sociedades, no direito brasileiro, podem ser de coordenação — em que não existe uma relação de controle entre os integrantes — ou de subordinação, nos quais há a participação de uma sociedade controladora em relação às demais (FERNANDES, 2022). O legislador brasileiro optou pelo modelo dualista para os grupos econômicos, podendo ser de direito ou de fato (PRADO, 2005). Os grupos de direito constituem-se mediante a convenção firmada pelas sociedades e, em razão do contrato, legitima-se a unidade econômica (AMARAL, 2021). Já os grupos de fato possuem sua origem no mero exercício de poder de controle, direta ou indiretamente, pela controladora nas sociedades controladas (PRADO, 2005).

A formação de um grupo de sociedades de direito se dá por meio de contrato, o qual fixa a independência entre os integrantes e, ao mesmo tempo, disciplina o controle do grupo, uma vez que, na convenção, deve ser identificada a sociedade brasileira controladora ou de comando (DINIZ, 2016). A opção do legislador, pelo menos em princípio, quando da constituição de grupo de direito, foi o “rompimento nas estruturas das sociedades isoladas” (PRADO, 2005, p. 11) e, conseqüentemente, a quebra do pressuposto da independência da sociedade.

Por meio do artigo 265, da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), ficou estabelecida a possibilidade de a sociedade controladora e suas controladas constituírem grupos de sociedades, por meio de convenção que as obriguem a combinarem recursos ou esforços, para a realização dos respectivos objetos, ou a participarem de atividades ou empreendimentos em comum. A legislação conta com a exigência de a sociedade controladora ser brasileira e exercer permanentemente, direta ou indiretamente, o controle das sociedades filiadas.

Já os grupos de fato, segundo Rubens Requião (2012, p. 286), decorrem da junção de sociedades, sem a necessidade de existir um relacionamento mais profundo (as sociedades permanecem isoladas e sem organização jurídica), e estão regulados pelos artigos 243 a 250 da LSA e artigos 1.097 a 1.101 do Código Civil (CC). Esses grupos demandam análise específica e cruzamento de participações societárias, a fim de identificar situações de coligação e controle (DINIZ, 2016).

Salomão e Santos (2021, p. 523-524) explicam que

o principal elemento a ser identificado no grupo econômico de fato é a unidade de controle entre as sociedades empresárias, embora a existência de controle, por si só, não seja prova inequívoca de que há um grupo de fato. Esse controle pode se apresentar de forma direta ou indireta. Diz-se controle direto aquele ocorrido quando não há nenhuma intermediária entre controladora e controlada, enquanto indireto é o controle ocorrido entre uma controladora e a sociedade controlada por sua respectiva controlada. Estas relações de controle indiretos são capazes de criar vínculos em cadeia, delineando configurações de grande complexidade. Nestes casos, somente uma minuciosa análise das participações societárias havidas entre as sociedades poderá destacar de que ponto emanam as diretrizes condizentes de todo o grupo.

Dentro desses grupos, houve o reconhecimento, pelo legislador, do poder de controle empresarial e foi prevista, expressamente, a possibilidade de participação de sociedade no capital de outra. Além disso, a Lei 6.404/1976 trouxe, no parágrafo 2º do artigo 243, o conceito de sociedades controladora e controlada.

Apesar dos elementos acima expostos, a jurisprudência aponta outros pontos como caracterizadores de existência de grupos de fato, além, é claro, da relação de controle entre as sociedades. Dentre esses elementos caracterizadores de grupos de fato estão: (i) identidade

parcial ou total entre os sócios das sociedades; (ii) mesmo local da sede para as sociedades; (iii) compartilhamento de funcionários; (iv) atuação no mesmo ramo de negócio; (v) uma sociedade prestar garantia em relação à obrigação de outra sociedade. Entretanto, ressalva-se que “embora nenhum desses elementos evidencie, isoladamente, a existência de grupos de sociedades, eles são indícios de que, em conjunto, podem revelar um grupo de fato” (SALOMÃO; SANTOS, 2021, p. 525).

Ainda de acordo com a Lei das S/A (art. 266), a formação de grupos econômicos não prejudica a personalidade autônoma ou o patrimônio de cada sociedade, independentemente da relação de controle que venha a ser estabelecida. Usualmente, nos grupos de fato verifica-se a existência de participações relevantes entre sociedades juridicamente autônomas e independentes (CEREZETTI, 2015, p. 739). Os grupos de fato não necessitam de qualquer convenção escrita entre as integrantes do grupo; estas são, no entanto, obrigadas a dar publicidade a terceiros sobre sua existência mediante publicação dos balanços anuais e notas explicativas, conforme previsto nos artigos 247 e 248 da Lei das S/A.

Dentro dos grupos societários, podem existir sociedades coligadas, controladas ou controladoras (art. 243 da Lei das S/A). As sociedades coligadas são caracterizadas pela participação de capital em outra sociedade com influência significativa, ou seja, com poder de influenciar nas decisões financeiras, administrativas e operacionais. Já as sociedades controladas são descritas pela legislação como aquelas em que a controladora é titular de direitos de sócio que asseguram, permanentemente, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 243, §2º da Lei das S/A).

A existência de um grupo societário, conforme determina a legislação brasileira, não retira a personalidade jurídica de cada sociedade integrante, mas possibilita a tomada de decisões de forma unificada e, conseqüentemente, a redução dos riscos. Além disso, de acordo com Viviane Muller Prado e Maria Clara Trancoso, é a independência patrimonial das sociedades que torna a formação de grupo atrativa, e não a confusão de responsabilidades entre as sociedades controladas:

[e]sta dependência econômica em razão do poder decisório unificado, todavia, não retira a personalidade jurídica de cada uma das sociedades que formam o grupo e, por consequência, elas permanecem com organizações e patrimônios independentes. É justamente a independência patrimonial e a não confusão de responsabilidades da controladora e das demais sociedades controladas que fazem desta forma de concentração empresarial o instrumento para redução dos riscos na expansão dos negócios. (PRADO; TRANCOSO, 2007, p. 5)

Apesar da independência patrimonial, Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2014, p. 429) ressaltam que a confusão patrimonial “em maior ou menor grau, é inerente

a todo grupo econômico”. Os autores apontam, ainda, que “são praticamente inevitáveis as transferências de ativo de uma sociedade a outra ou uma distribuição proporcional de custos e prejuízos entre todas elas” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 429).

É possível verificar, portanto, uma dependência entre as empresas integrantes de um grupo econômico. Esse ponto é relevante quando se está diante de um concurso de credores, como ocorre com a recuperação judicial. A partir do momento em que se tem uma disfunção social dentro do grupo (com uma confusão relevante), uma unicidade de gestão e o prevalecimento de um interesse comum do grupo sobre os interesses sociais das pessoas jurídicas pode acarretar as consequências de uma consolidação substancial dentro do processo recuperacional (AMARAL, 2021).

A legislação falimentar, até a alteração ocorrida em 2020, não trazia um regramento específico quanto à consolidação substancial e processual em litisconsórcio ativo. Atualmente, no entanto, ela conta com normas específicas que devem ser analisadas de forma separada, tendo em vista o objeto do presente estudo, a saber, a recuperação judicial de sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária. Sendo assim, primeiramente será discutido o litisconsórcio, em seguida, as formas de consolidação; isso porque, em sua maioria, o pedido inicial se dá por meio do grupo econômico do qual a SPE é integrante.

4.2 LITISCONSÓRCIO ATIVO

Antes de adentrar na consolidação substancial e processual dentro do processo de recuperação judicial, é preciso entender o que é o litisconsórcio, como ele se forma dentro de um grupo econômico e quais são as formas que ele pode assumir.

O litisconsórcio é um fenômeno que ocorre quando existe uma pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação processual, ou seja, quando dois ou mais sujeitos de direito figuram como autores ou réus (GONÇALVES, 2022). A princípio tem-se, portanto, a divisão em litisconsórcio ativo, quando a pluralidade das partes for de autores, e litisconsórcio passivo, quando for de réus.

A formação dessa pluralidade de sujeitos no mesmo polo é justificada pela existência de uma relação de situações jurídicas processuais. Essa formação é acolhida pela legislação, a fim de promover a economia processual e assegurar, aos jurisdicionados, a existência de decisões harmoniosas. Para Fredie Didier Júnior (2019, p. 528), o litisconsórcio é “uma pluralidade de sujeitos em um polo de uma relação jurídica processual”.

Como regra geral do litisconsórcio, conforme artigo 113 do Código de Processo Civil, ele é admitido quando, no mesmo processo, houver entre as partes comunhão de direitos ou obrigações e ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. Observa-se, dessa forma, que o litisconsórcio não pressupõe a existência de relação jurídica formal, mas a existência de um ponto em comum e a demonstração da legitimidade das partes para figurarem no devido polo da demanda processual.

No caso dos processos de recuperação judicial, o litisconsórcio é visto pela pluralidade de partes no polo ativo com duas ou mais empresas do mesmo grupo econômico figurando como autoras do pedido. Nesse caso há, portanto, a formação de litisconsórcio ativo. A possibilidade de o grupo de sociedades figurar como autor em um pedido de recuperação judicial pode representar uma redução de custos às sociedades integrantes em situação de crise e uma eficiência ao processo (AMARAL, 2021).

Para Ovídio A. Baptista da Silva (1996), há distinção entre a formação de litisconsórcio formado por uma única demanda das hipóteses em que há, realmente, uma cumulação subjetiva e objetiva de causa. Assim, sem a intenção de adentrar nas minúcias do litisconsórcio ativo, mas abordando aquilo que se refere à presente pesquisa, é preciso ressaltar algumas de suas características fundamentais, quais sejam, o litisconsórcio ativo necessário ou facultativo; comum ou unitário.

Nesse sentido, José Carlos Babosa Moreira, quando trata sobre o litisconsórcio, traz uma perspectiva quanto à classificação em unitário e necessário, na qual explica que “litisconsórcio necessário constituiria gênero de que o unitário seria uma das espécies, representada a outra pelo litisconsórcio necessário simples” (MOREIRA, 1972, p. 122). Inicialmente, para configurar um litisconsórcio necessário ou facultativo, é preciso observar a sua formação. O facultativo, como o próprio nome indica, resulta da conveniência das partes. Em suma, as partes poderiam adentrar com demandas judiciais separadas e obter decisões separadas, porém por conveniência optam pela economia processual e integram o mesmo polo da demanda.

Já no litisconsórcio necessário, previsto no artigo 114, do Código de Processo Civil³⁴, o que existe é uma imposição legal. O litisconsórcio é imposto a partir do pressuposto lógico e

³⁴ Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. (BRASIL, 2015, on-line).

jurídico de que uma relação não poderá ser acatada pelo juízo sem que todos os sujeitos estejam presentes, caso contrário diz-se nula ou anulável a decisão que não o tenha respeitado.

Dentro do litisconsórcio necessário há, segundo Ovídio Bapstista da Silva, a divisão entre necessário comum ou simples e necessário unitário:

[a] distinção entre ambas está em que, no litisconsórcio necessário simples, a formação do litisconsórcio, embora indispensável, não provoca necessariamente uma sentença uniforme para todos os litisconsortes. Estes hão de ser obrigatoriamente reunidos no mesmo processo, porém não merecerão tratamento necessariamente uniforme pela sentença (SILVA, 1996, p. 212-213).

Já para Humberto Theodoro Junior (2017), a divisão do litisconsórcio entre unitário e simples diz respeito à necessidade de uniformidade da decisão perante os litisconsortes, por outro lado Fredie Didier Jr (2019) explica que se trata da análise do objeto sobre o qual recai o litígio da demanda.

A discussão sobre uma relação jurídica incidível acarreta formação de litisconsórcio unitário, pois a decisão proferida deve ser uniforme em relação a todos os litisconsortes. Em outras palavras, a incidibilidade das situações jurídicas ocorre nos casos em que é impossível a sua ruptura. Didier Jr. (2019) aponta que a discussão conjunta deve recair sobre uma única relação jurídica, posto que, caso os litisconsortes litiguem por mais de uma relação jurídica, não há a unicidade necessária para o litisconsórcio unitário. Observa-se, dessa forma, que todo litisconsórcio unitário é, obrigatoriamente, necessário, mas a recíproca não é verdadeira, uma vez que a necessidade do litisconsórcio possui ligação com pressupostos de formação processual, e não com a uniformidade da decisão (cf. AMARAL, 2021).

Quando se relaciona os temas litisconsórcio, grupo de sociedades (ou econômico) e o processo de recuperação judicial, verifica-se que a forma de litisconsórcio ativo torna-se relevante. Isso porque, em caso de litisconsórcio comum, pode-se verificar a existência de consolidação processual ou, no caso de litisconsórcio unitário, há a implicação de consolidação substancial. Neste último caso, a título de esclarecimento, é imperioso o preenchimento de alguns requisitos estabelecidos em lei, conforme discutido na seção seguinte.

No entanto, essas duas modalidades não possuíam normativas expressas no ordenamento jurídico brasileiro referente ao concurso de credores, apesar de a jurisprudência já possuir entendimentos sobre a formação de litisconsórcio ativo. Somente em 2020, com a promulgação da Lei n. 14.112, que alterou a Lei de Recuperação de Empresas e Falências, houve a positivação do tratamento dado aos casos de litisconsórcio ativo.

4.3 CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências, conforme exposto anteriormente, seguiu parte da lei modelo da UNCITRAL. O guia legislativo elaborado por essa Comissão das Nações Unidas definiu a coordenação processual (*procedural coordination*), do qual a consolidação processual é espécie, como sendo

a coordenação da administração de dois ou mais procedimentos de insolvência de sociedades do mesmo grupo societário, destacando, contudo, a preservação da autonomia de cada uma das empresas, de forma a manter os ativos e responsabilidades de cada sociedade separados e distintos (UNCITRAL, 2012, p. 12, tradução nossa).

No Brasil, a consolidação processual foi definida como uma condução conjunta da recuperação judicial de devedores que compõem um grupo societário (CEREZETTI, 2015), entretanto, sem a capacidade de afetar os direitos e responsabilidades dos devedores e dos credores. Assim, é considerada apenas uma medida de conveniência administrativa e de economia processual. Para Marlon Tomazette (2021, p. 44), a consolidação processual

[r]epresenta a combinação de dois ou mais pedidos de recuperação judicial para condução num único processo no interesse da eficiência e da economia. [...] Trata-se de uma questão procedimental, para buscar uma administração mais fácil e mais barata para a crise das diversas entidades sob controle comum.

O Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar esse tema, conceituou a consolidação processual como “tão somente o processamento nos mesmos autos, por motivo de economia, de recuperações autônomas, com a apresentação de planos individualizados” (BRASIL, STJ, 2020). Sob essa perspectiva, a consolidação processual nada mais é do que o deferimento do pedido de recuperação judicial realizado em conjunto por empresários ou sociedades empresárias, que representa uma medida de conveniência administrativa, celeridade e economia processual, a fim de racionalizar o processo judicial.

Originalmente, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências não possuía disposição expressa sobre a possibilidade de devedores se reunirem para a realização de pedido único de recuperação judicial, mas por outro lado esse mecanismo também não foi proibido. Devido à ausência de restrição legal, essa lacuna foi suprimida pelo artigo 189 da Lei n. 11.101/2005³⁵, o qual determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, e que, em sua disciplina, permite que duas ou mais pessoas possam litigar em conjunto (art. 113, do Código de Processo

³⁵ Art. 189. Aplica-se a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei. (Essa era a redação original da legislação. Após 2020 a redação foi alterada para “Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei). (BRASIL, 2005, on-line).

Civil). Desse modo, mesmo sem menção expressa na legislação recuperacional, havia a possibilidade de duas ou mais empresas requererem o benefício da recuperação judicial em um mesmo processo.

Em um primeiro momento, a jurisprudência mostrou-se relutante em aceitar o processamento de recuperações judiciais de grupos econômicos quando as autoras possuíam sedes em estados distintos. A justificativa para tanto era que os credores trabalhistas seriam prejudicados por não conseguirem participar ativamente das deliberações tomadas em assembleias gerais de credores, visto que aconteceriam em comarcas distantes de seu local de trabalho (FERNANDES, 2022).

Por esse motivo, eram aceitos somente os pedidos feitos por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico que possuíam sedes em diferentes comarcas. A exemplo disso, tem-se o julgamento da Apelação n. 9184284-78.2009.8.26.0000, pela Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator, Desembargador Pereira Calças, manteve a extinção do processo de recuperação judicial em litisconsórcio ativo das devedoras (SÃO PAULO, TJSP, 2009).

Esse entendimento foi superado e a jurisprudência passou a aceitar a formação do litisconsórcio ativo facultativo, utilizando como fundamento a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 189, da Lei n. 11.101/2005) e os benefícios advindos de um único processo para a solução da crise empresarial. Isso, evidentemente, desde que demonstrada, não só a existência de grupo societário e integração entre as sociedades, mas também o preenchimento aos requisitos exigidos pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

A previsão normativa da possibilidade do ajuizamento de pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo facultativo ocorreu somente em dezembro de 2020, a partir da Lei n. 14.112, que alterou a legislação da recuperação judicial, a fim de inserir os artigos 69-G a 69-I, versando sobre a consolidação processual:

Art. 69-G. Os devedores que atendam aos requisitos previstos nesta Lei e que integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial sob consolidação processual.

§ 1º Cada devedor apresentará individualmente a documentação exigida no art. 51 desta Lei.

§ 2º O juízo do local do principal estabelecimento entre os dos devedores é competente para deferir a recuperação judicial sob consolidação processual, em observância ao disposto no art. 3º desta Lei.

§ 3º Exceto quando disciplinado de forma diversa, as demais disposições desta Lei aplicam-se aos casos de que trata esta Seção.

Art. 69-H. Na hipótese de a documentação de cada devedor ser considerada adequada, apenas um administrador judicial será nomeado, observado o disposto na Seção III do Capítulo II desta Lei.

Art. 69-I. A consolidação processual, prevista no art. 69-G desta Lei, acarreta a coordenação de atos processuais, garantida a independência dos devedores, dos seus ativos e dos seus passivos.

§ 1º Os devedores proporão meios de recuperação independentes e específicos para a composição de seus passivos, admitida a sua apresentação em plano único.

§ 2º Os credores de cada devedor deliberarão em assembleias-gerais de credores independentes.

§ 3º Os quóruns de instalação e de deliberação das assembleias-gerais de que trata o § 2º deste artigo serão verificados, exclusivamente, em referência aos credores de cada devedor, e serão elaboradas atas para cada um dos devedores.

§ 4º A consolidação processual não impede que alguns devedores obtenham a concessão da recuperação judicial e outros tenham a falência decretada.

§ 5º Na hipótese prevista no § 4º deste artigo, o processo será desmembrado em tantos processos quantos forem necessários. (BRASIL, 2020, on-line)

Da leitura dos artigos supracitados, verifica-se a positivação dos fins e princípios da recuperação judicial expressos no artigo 47 da LREF³⁶, possibilitando que a crise empresarial enfrentada pelas sociedades do mesmo grupo seja suportada de maneira mais eficiente e menos custosa.

A redação desses novos artigos estabeleceu regras norteadoras como: a forma de apresentação da documentação necessária e do plano de recuperação judicial; a independência entre os ativos e passivos de cada sociedade; a competência para o ajuizamento do pedido; a realização de assembleias de credores independentes, com quóruns de instalação e deliberação a serem verificados em relação a cada sociedade devedora; e a independência entre os resultados das assembleias de credores, ou seja, caso algum plano não seja aprovado pelos credores, pode ser decretada sua falência, o que não inviabiliza o prosseguimento da recuperação das outras empresas.

A consolidação processual permitiu o alinhamento das diversas fases do processo de recuperação judicial. Segundo Sheila C. Neder Cerezetti (2015, p. 751-752):

[p]ode-se, assim, falar na atuação de apenas um administrador judicial, na reunião conjunta de comitês de credores, na simplificação da apuração de créditos, na facilitada troca de informações para que se obtenha precisa compreensão da situação societária e financeira das devedoras, e na adoção dos mesmos prazos processuais para os importantes momentos da recuperação, tais como para a apresentação das relações de credores, dos planos de recuperação judicial, bem como para a realização da assembleia geral de credores para a deliberação sobre proposta das devedoras.

³⁶ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005, on-line).

Assim, percebe-se que a formação do litisconsórcio ativo facultativo pode possuir vantagens aos devedores, embora também se reconheça a limitação desse instituto, visto não influenciarem fortemente os direitos subjetivos das partes do processo recuperacional (CEREZETTI, 2015).

Para que as sociedades possam realizar pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo facultativo, é preciso que elas preencham os requisitos do artigo 1º e do artigo 48, ambos da Lei n. 11.101/2005. De acordo com esses artigos, os requisitos necessários são: ser empresário ou sociedade empresária; exercer regularmente a atividade a mais de dois anos; não ser falido e, se tiver falido, que as responsabilidades daí decorrentes estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado; não tenham, há menos de 5 (cinco) anos, obtido a concessão de recuperação judicial; não ter, há menos de cinco anos, obtido a concessão de recuperação judicial com base no plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte; e não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos da LREF. Salomão e Santos, quando discorrem sobre esses requisitos, esclarecem que:

a propositura da ação de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, quando realizada por sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, deve cumprir os requisitos previstos no art. 113 do CPC de 2015. Isso porque se entende que a crise econômico-financeira é causa de pedir comum e conexa a todas as sociedades, de forma que há indubitável vínculo entre elas, cumprindo, assim, o inciso II do referido artigo. Ademais, tem-se que há indiscutível afinidade de questões, sendo clara a existência de comunhão de direitos e obrigações pelo fato comum de serem todas integrantes de um mesmo grupo cumprindo, portanto, o inciso III do referido artigo. Assim, vê-se que são satisfeitos os requisitos previstos nos incisos II e III do art. 113 do Código de Processo Civil de 2015. (SALOMÃO E SANTOS, 2021, p. 529)

Especificamente em relação ao ajuizamento da recuperação judicial em consolidação processual de grupo econômico, ressalta-se que tanto o grupo de fato quanto o grupo de direito estão abarcados nessa possibilidade, na medida em que “se poderia concluir pela ligação entre as pretensões de utilização da recuperação judicial como mecanismo para superação da crise” (CEREZETTI, 2015, p. 758) e desde que cumpridos os requisitos supramencionados. Além disso, é preciso que as partes interessadas na formulação do pedido cumpram com todas as exigências constantes no artigo 51 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, apresentando toda a documentação necessária para cada sociedade empresária integrante do polo ativo.

As devedoras serão, portanto, tratadas de forma relativamente autônoma, posto que possuem situações financeiras próprias e os credores são chamados para decidir apenas sobre as formas de reestruturação da sociedade devedora. O litisconsórcio ativo facultativo permite,

dessa forma, a geração de efeitos distintos para cada recuperação proceduralmente aglutinada (FERNANDES, 2021).

Em razão do tratamento autônomo dedicado às devedoras em consolidação processual, o legislador determinou a apresentação dos meios de soerguimento de forma independente e específico para a composição de seus passivos, mas não deixou de lado a economia processual, pois possibilitou a apresentação desses meios em um plano único (art. 69-I, §1º, da Lei n. 11.101/2005). Mesmo diante de um plano único, ressalta-se que a separação patrimonial se mantém e os patrimônios respondem apenas perante os respectivos credores de cada devedora (CEREZETTI, 2015). Assim, cada devedora deverá apresentar informações separadas a fim de diferenciar os seus ativos e passivos.

A realização da assembleia geral de credores para a aprovação ou não do plano de recuperação judicial apresentado pelas devedoras contará com a apuração de quóruns de instalação e deliberação exclusivamente em referência aos credores de cada devedor, sendo elaboradas atas individuais para cada uma das recuperandas. Isso permite que haja a concessão da recuperação judicial para algumas empresas integrantes do polo ativo e a decretação da falência de outras — circunstância em que, diante da impossibilidade de continuar com a coordenação dos atos processuais, haverá o desmembramento em tantos processos quantos forem necessários (art. 69-I, §5º, da Lei n. 11.101/2005).

A decisão sobre o cabimento da consolidação processual caberá ao juízo competente, o qual verificará o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela legislação recuperacional, bem como a própria existência de grupo econômico e a integração ou conexão entre as sociedades litisconsortes.

Assim, a consolidação processual diz respeito a uma questão procedural, com o objetivo não só de superar a situação de crise econômico-financeira, mas também de buscar por uma administração mais fácil e menos custosa. Marlon Tomazette (2021, p. 44) esclarece que:

[a] ideia da consolidação processual é excelente sob a ótica da eficiência e economia para o processo, pois a experiência vem mostrando a possibilidade de condução da recuperação judicial de vários devedores em conjunto. O processo de recuperação judicial é um processo com custos elevados e, por isso, é muito razoável admitir que custos sejam compartilhados por várias pessoas jurídicas sob controle comum.

Essa aglutinação de sociedades empresárias que se encontram sob o mesmo controle possibilita uma economia de custos e, conseqüentemente, pode auxiliar na superação da crise, sem sacrificar os direitos dos credores que serão tratados separadamente.

Por fim, é importante ressaltar que a consolidação processual não induz a consolidação substancial, aquela apenas “une os pedidos num procedimento único, coordenando os atos

processuais e nomeando um único administrador judicial” (TOMAZETTE, 2021, p. 46) sendo a sorte de cada requerente mantida separada.

4.4 CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Após a demonstração das vantagens, dos limites e dos requisitos da consolidação processual, em que há a preservação da autonomia patrimonial e jurídica dos integrantes do grupo econômico, com manutenção da separação dos ativos e passivos de cada sociedade, passa-se, nesta seção, à análise da consolidação substancial.

Se a consolidação processual possui a intenção de facilitar o soerguimento das devedoras, ela “peca por ser incapaz de justamente ir além de uma solução apenas formalmente una” (CEREZETTI, 2015, p. 764). Existem casos em que a superação da crise empresarial demanda uma medida de agregação mais profunda. Esta medida é a consolidação substancial, a qual implica a atribuição de responsabilidade, por obrigações, de uma determinada pessoa — sociedade devedora específica — a terceiros, quais sejam as sociedades do grupo em recuperação judicial. Além disso, essa medida visa a busca por um tratamento justo ao conjunto de credores, mesmo que para isso seja necessário um sacrifício dos interesses individuais de alguns (CEREZETTI, 2015). Em uma análise superficial, observa-se alguma semelhança entre a consolidação substancial e a desconsideração da personalidade jurídica, é importante ressaltar, contudo, que se trata apenas de uma semelhança e que ambos os processos não podem ser confundidos.

A justificativa para essa aproximação da consolidação substancial com a desconsideração da personalidade jurídica é fundamentada pela excepcionalidade de sua aplicação e a atuação específica de uma ou outra solução. A desconsideração da personalidade jurídica é utilizada para a satisfação de determinado crédito, sendo o afastamento da personalidade jurídica temporário; enquanto a consolidação substancial é adotada para lidar com créditos sujeitos à recuperação judicial (CEREZETTI, 2015, p. 765).

A consolidação substancial é medida excepcional, não uma consequência automática da formação de litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial, e é permitida em situações de confusão patrimonial intransponível, cuja separação entre as devedoras seja mais prejudicial aos credores. Para Marcelo Barbosa Sacramone (2022a, p. 396) a consolidação substancial ocorre:

quando, no interior do grupo, as diversas personalidades jurídicas não são preservadas como centros de interesses autônomos. A disciplina do grupo econômico não é respeitada por quaisquer de seus integrantes, os quais atuam conjuntamente com confusão patrimonial, unidade de gestão e de empregados e com o prevalecimento de um interesse em comum do grupo em detrimento dos interesses sociais das pessoas jurídicas que lhe integram.

Em linhas gerais, a consolidação substancial consiste na consolidação, parcial ou total, das dívidas concursais e dos ativos das sociedades, cujo tratamento a eles dispensado passa a ser como se constituíssem um só devedor (TOMAZETTE, 2021, p. 47). Cabe ressaltar que esse instituto não possui a capacidade de alterar a estrutura legal e organizacional das sociedades devedoras, salvo se estiver expressamente previsto no plano de recuperação judicial (CEREZETTI, 2015, p. 758).

Por anos a adoção da consolidação substancial em recuperações judiciais no Brasil foi realizada por meio dos tribunais pátrios (MARTINS, 2022) e passou a ser admitida em duas hipóteses distintas caracterizadas pela doutrina como obrigatória e voluntária (CEREZETTI, 2015). A primeira é determinada por meio de decisão judicial, quando o juízo se encontra diante de elementos indicadores de alguma forma de desrespeito à separação patrimonial das sociedades integrantes do grupo econômico. Sheila C. Neder Cerezetti (2015, p. 765) a define como sendo “determinada judicialmente após a apuração de dados que indiquem disfunção societária na condução dos negócios das sociedades grupadas, normalmente identificada em período anterior ao pedido de recuperação judicial”.

A disfunção societária indicada pela autora é interpretada como o comportamento que inutiliza ou torna ineficaz a existência de diversas organizações societárias, uma vez que não são apresentadas como sociedades autônomas. Em outras palavras, a consolidação substancial decorrente de disfunção societária seria aplicável quando

o desrespeito à autonomia jurídica e patrimonial das empresas do grupo reflita na inobservância duradoura dos interesses individuais de cada uma, comprovando-se o desvio de finalidade na utilização das personalidades jurídicas supostamente autônomas ou a confusão patrimonial. (FERNANDES, 2022, p. 40)

Já na consolidação substancial voluntária, a decisão é dos credores. Sendo assim, por meio do exercício da autonomia da vontade e da livre vinculação negocial, existente em um ambiente de recuperação judicial, os credores podem optar pela consolidação substancial, “caso esta venha a ser proposta pelas devedoras” (CEREZETTI, 2015, p. 758). Ao atribuir aos credores a decisão sobre a viabilidade da empresa, é permitido aos credores, caso apresentada a opção pela devedora, a possibilidade de decidir sobre a consolidação substancial na assembleia geral de credores. A deliberação da consolidação substancial pelos credores deve ocorrer em tantas assembleias gerais quantas forem as recuperandas, isto é, cada sociedade

empresária deve ter aprovada a proposta de consolidação pelos seus respectivos credores (FERNANDES, 2022).

Por meio de estudo publicado em 2016, em que houve a análise de 32 processos de recuperação judicial ajuizados em litisconsórcio ativo perante as varas especializadas de São Paulo, entre 2013 e 2015, Sheila C. Neder Cerezetti e Francisco Satiro apresentaram a forma como estava sendo aplicada a consolidação substancial. Os pesquisadores identificaram a confusão entre os conceitos de consolidação processual e substancial e, conseqüentemente, a definição do tratamento consolidado dos bens e créditos das devedoras se viu confundida com a consolidação processual (CEREZETTI; SATIRO, 2016). O referido estudo demonstrou que a falta de compreensão desses conceitos ensejou situação em que as consolidações processuais, quase que de forma automática, se tornassem também consolidação substancial (CEREZETTI; SATIRO, 2016).

O resultado apresentado pelo referido estudo indicou a necessidade de participação ativa dos agentes envolvidos no processo recuperacional, a fim de evitar essa transformação automática da consolidação processual para a substancial. Tal resultado foi, inclusive, corroborado pelo Enunciado n. 98 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Comercial, cujo teor afirma que “a admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta a automática aceitação da consolidação substancial” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2019, n.p.).

Antes da positivação, no ordenamento jurídico brasileiro, da consolidação substancial, ocorrida no final de 2020, a doutrina e a jurisprudência, conforme demonstrado no estudo acima referido, já a utilizavam. Todavia, não havia ainda uma uniformidade sobre o procedimento a ser seguido e a respeito dos requisitos para sua configuração.

Apenas a título de exemplificação, o Tribunal de Justiça de São Paulo já admitiu a consolidação substancial quando constado “intransponível entrelaçamento negocial” (SÃO PAULO, TJSP, 2015, n.p.). Em outros momentos, o mesmo órgão autorizou a consolidação substancial sob fundamento de que “a falência de uma das empresas, com fortes ligações com as demais (garantias cruzadas, créditos, ativos comuns etc.), poderia levar todo o grupo a falência” (SÃO PAULO, TJSP, 2016, n.p.). Além desses, já foi utilizado o seguinte argumento: “as empresas integrantes do grupo econômico assumam a roupagem de um grande bloco, com potencial de transmitir a terceiros a impressão de que se trata de um todo unitário” (SÃO PAULO, TJSP, 2017a, n.p.). Nota-se, assim, a existência de divergências na jurisprudência

quanto aos elementos que comprovam a necessidade de a recuperação judicial ser processada com consolidação substancial.

A partir da reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, realizada em 2020, o ordenamento jurídico passou a prever a possibilidade de o grupo econômico requerer a consolidação substancial, resultando em um tratamento único de seus ativos e passivos, com a apresentação de um plano de recuperação único. O legislador deixou expresso, no artigo 69-J, da Lei n. 11.101/2005, o caráter excepcional da consolidação substancial e facultou ao juiz, independentemente da realização de assembleia geral de credores, o deferimento da consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico e que estejam em recuperação judicial sob o regime de consolidação processual. Para isso, foram estabelecidos dois requisitos imprescindíveis: (i) a constatação de interconexão; e (ii) a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível a identificação de sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos.

Além desses dois requisitos, a Lei n. 11.101/2005 determina que, para a autorização da consolidação substancial, deve-se considerar ao menos dois dos seguintes elementos constantes nos incisos do artigo 69-J: (i) existência de garantias cruzadas; (ii) relação de controle ou de dependência; (iii) identidade total ou parcial do quadro societário; e (iv) atuação conjunta no mercado entre os postulantes.

Em que pese o avanço legislativo com a referida positivação, observa-se uma falta de precisão dos requisitos acima mencionados, o que demandará do Poder Judiciário e dos operadores do direito um esforço para comprovar a efetiva interconexão dos negócios do grupo econômico, em determinado nível que se faça necessário o afastamento da personalidade e da união dos patrimônios como se um só fossem.

Os requisitos elencados no *caput* do artigo 69-J — interconexão e confusão patrimonial das sociedades — podem não se demonstrar suficientes para determinar a consolidação substancial (AMARAL, 2021). Isso porque é possível observá-los em quase todos os grupos econômicos, conforme visto anteriormente.

Ademais, os requisitos constantes no artigo supracitado são facilmente identificados nos grupos societários. A organização das sociedades em grupos já é uma prática comum e tais grupos são formados para ter uma atuação conjunta. Diante disso, o requisito do inciso IV, do art. 69-J, da Lei n. 11.101/2005 (“atuação conjunta no mercado”), se verifica em quase todos os casos. O mesmo ocorre com o disposto no inciso II (relação de controle ou dependência),

uma vez que essa característica é intrínseca ao grupo de sociedades, seja ele de fato ou de direito (AMARAL, 2021).

Os critérios estipulados pelos outros dois incisos — garantias cruzadas e identidade total ou parcial do quadro societário — também são usualmente encontrados em grupos econômicos. A empresa com maior patrimônio, devido à sua maior credibilidade e capacidade financeira, apresenta-se como garantidora para as demais empresas do grupo. Percebe-se, portanto, que o legislador acabou por trazer elementos que são usuais em grupos de sociedade e, por isso, a verificação para a caracterização da consolidação substancial, pela existência de interconexão e confusão patrimonial, ainda deverá ser casuística.

A caracterização da confusão patrimonial e da interconexão deve ser de tal monta que os ativos e passivos dos devedores se relacionem e se confundam de modo que “não seja possível identificar a sua titularidade” (TOMAZETTE, 2021, p. 47). Para Tomazette (2021, p. 47-48):

[o] que se exige é uma confusão patrimonial entre os devedores, geralmente demonstrada pela transferência de ativos e passivos entre as partes, sem a correspondente contraprestação econômica. Assim, se um dos devedores pagar dívidas dos outros devedores ou transferir seus ativos para eles, sem a devida contraprestação, estará preenchido esse requisito da consolidação substancial.

A confusão dos patrimônios e a desconsideração da autonomia patrimonial entre as sociedades do grupo devem impedir a verificação das responsabilidades de cada uma perante terceiros (SACRAMONE, 2022a), de modo que terceiros levem em consideração o risco perante todo o grupo, não mensurando o risco de recebimento das relações jurídicas celebradas em relação ao patrimônio da única contratante. Em outras palavras, há uma atuação única, em que a autonomia das sociedades não é considerada. Sacramone (2022a, p. 397) salienta que:

[a]o não respeitarem em sua própria atuação o patrimônio separado ou a autonomia de cada uma das sociedades integrantes, nem seus respectivos interesses sociais, as sociedades se comportam em desconsideração à personalidade jurídica de cada qual, como uma única sociedade, um único patrimônio, uma única coletividade.

É diante dessa impossibilidade de identificação e separação entre as sociedades (ou diante do fato de que a separação entre as sociedades exigirá excessivo dispêndio de tempo ou de recursos) que a consolidação substancial se faz necessária.

Ressalta-se, ainda, que a consolidação substancial enseja a perda da autonomia patrimonial entre as sociedades integrantes do grupo, de forma que seus ativos e passivos sejam tratados de forma única, como se pertencessem a um único devedor (art. 69-K, da Lei n. 11.101/2005). A consolidação substancial deve ser analisada a cada caso, principalmente

quando houver essa confusão patrimonial intransponível, cuja separação seja mais gravosa aos credores.

Uma vez estabelecida a consolidação substancial, todos os atos e fases do processo deixam de ser individualizados para cada empresa constante no polo ativo e passam a ser unificados para a figura do grupo econômico. Isso não implica a dispensa de cada empresa litisconsorte em apresentar a documentação necessária para dar entrada no pedido de recuperação judicial.

A consolidação substancial faz com que haja uma unificação dos ativos e passivos das sociedades, bem como a unificação da lista de credores. Por conseguinte, as garantias, eventualmente prestadas entre as sociedades integrantes do grupo econômico, devem existir, pois “para fins da recuperação haveria uma confusão entre o devedor e o seu garantidor que seria a mesma pessoa” (TOMAZETTE, 2021, p. 49). No entanto, as garantias reais não são afetadas pela simples existência de consolidação substancial, elas só podem ser afetadas pela aprovação do plano de recuperação judicial com a concordância expressa do titular (art. 69-K, §2º, da Lei n. 11.101/2005).

Ademais, é necessário que se apresente um plano de recuperação judicial que diga respeito a todas as devedoras, ou seja, um plano unitário, o qual será submetido a uma assembleia geral de credores. O quórum de instalação e a deliberação serão verificados com a totalidade dos credores, de modo que a rejeição do plano implicará a falência de todas as devedoras (SACRAMONE, 2022).

Sendo assim, o que se denota é que, com a inclusão dos artigos 69-G a 69-L pela Lei n. 14.112/2020, houve a positivação de medidas que já possuíam aplicação, permitindo que os devedores que atendam a determinados requisitos possam requerer a recuperação judicial em consolidação substancial.

5 COMPATIBILIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM SPE ATUANES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A necessidade de observar as características da organização da atividade realizada pela empresa em crise advém da existência de disciplinas legais próprias para situações distintas. Quando se trata da crise de sociedades atuantes na incorporação imobiliária, essa observação é especialmente relevante (CEREZETTI, 2016).

Durante a crise de 2014 a 2019, devido aos pedidos de recuperação judicial de sociedades imobiliárias, foi levantada a discussão quanto à possibilidade de o incorporador requerer a consolidação substancial de patrimônio afetado. A Lei de Recuperação de Empresas e Falência, entretanto, não prevê um tratamento específico para os patrimônios afetados em casos de recuperação judicial. A legislação limitou-se a fazê-lo em relação à falência do empresário.

As recuperações judiciais de grupos econômicos atuantes na incorporação imobiliária, como, por exemplo, do Grupo Viver, do Grupo PDG Realty, do Grupo Tiner e do Grupo Esser, enaltecem a discussão sobre a possibilidade de uma sociedade de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, em consolidação processual e/ou substancial ou não com integrantes do grupo econômico, adentrar com pedido de recuperação judicial. Além disso, ampliaram-se as discussões a respeito da possibilidade de uma sociedade de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, em consolidação processual, requerer os benefícios da recuperação judicial.

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, a constituição do patrimônio de afetação acarreta a indisponibilidade temporária dos bens a ele vinculados até o cumprimento da finalidade para o qual foi instituído. Por isso, alguns autores entendem como desnecessário esse regramento específico (AMARAL, 2021). Para Melhim Namem Chalhub (2019), não poderia prevalecer qualquer decisão que invertesse a posição dos adquirentes, pois deve sempre prevalecer as normas que asseguram a limitação dos riscos dos adquirentes, justamente por esse ser o objetivo da Lei de Incorporações.

Uma vez segregado o patrimônio de afetação do patrimônio geral da incorporadora, em tese, aquele fica vinculado única e exclusivamente à realização do empreendimento, impossibilitando que dívidas externas ao propósito da afetação atinjam o patrimônio vinculado. Dessa forma, ao instituir o patrimônio de afetação, o legislador voltou-se para a proteção ao adquirente, com a limitação dos riscos que este pode sofrer. Assim, não é cabível que, em casos

de crises econômico-financeiras do incorporador, o adquirente tenha os seus direitos prejudicados a ponto de correr o risco de não receber o objeto do contrato.

Ademais, a Lei das Incorporações estabelece, de maneira expressa, que o patrimônio de afetação não será atingido quando da falência ou insolvência do incorporador³⁷. Do mesmo modo a legislação falimentar determina, em seu artigo 119, inciso IX, que os patrimônios de afetação obedecerão a respectiva legislação permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido³⁸.

Por sua vez, quanto às sociedades de propósito específico, ressalta-se que a sua constituição determina uma certa separação patrimonial do empreendimento determinado em seu objeto social do patrimônio geral da incorporadora. No entanto, por prever uma atuação com prazo determinado, o questionamento realizado para a viabilidade de um requerimento de recuperação judicial é voltado, também, para o preenchimento dos requisitos legais da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

A existência de processos de recuperação judicial com sociedades empresárias atuantes na incorporação imobiliária e com relevância no mercado nacional demonstra a necessidade de ampliação do estudo sobre a possibilidade, ou não, da realização de pedido de recuperação judicial dessas sociedades, sejam elas com patrimônio de afetação constituído ou não.

Para isso, necessário e imprescindível, em um primeiro momento, a análise e a compreensão dos efeitos do patrimônio de afetação em face da recuperação judicial da empresa incorporadora. Na sequência, faz-se necessária a análise e a verificação da possibilidade de as sociedades de propósito específico adentrarem com pedido de recuperação judicial, rememorando os requisitos previstos na legislação recuperacional.

Por fim, deve-se verificar, analisar e compreender os efeitos da consolidação substancial nos casos de crises econômico-financeiras das sociedades de propósito específico constituídas pelas sociedades incorporadoras, com ou sem patrimônio de afetação. A fim de verificar a efetiva compatibilidade da recuperação judicial com essas sociedades empresárias,

³⁷ Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação (BRASIL, 1964, on-line).

³⁸ Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras: [...] IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer. (BRASIL, 2005, on-line).

é importante contar com a análise doutrinária e jurisprudencial, mais especificamente do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

5.1 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA INCORPORADORA

A Lei das Incorporações possui normativas quanto aos efeitos do patrimônio de afetação, no caso de insolvência do incorporador, e institui procedimentos específicos a serem adotados pela Comissão de Representantes para assumir a administração da incorporação e dar prosseguimento à obra. Além disso, a mesma lei estabelece as providências relativas à liquidação do patrimônio de afetação.

Tanto a Lei n. 4.591/1964 quanto a Lei n. 11.101/2005 nada trazem sobre os efeitos da recuperação judicial da empresa incorporadora, tratando apenas do patrimônio de afetação em casos de falência. Todavia, essa ausência não compromete a subsistência dos empreendimentos afetados em situação de crise temporária que poderão seguir suas atividades com autonomia, protegidas pela incomunicabilidade e pela vinculação de todas as receitas à execução do empreendimento, vedando o redirecionamento das receitas para fins diversos, conforme determinado pelos artigos 31-A a 31-F, da Lei das Incorporações.

Não há entendimento pacificado sobre a inexistência de previsão da submissão ou não do patrimônio de afetação aos efeitos da recuperação judicial. Há quem entenda que esse patrimônio afetado deve permanecer segregado, pois a lógica de sua criação é a proteção aos adquirentes, nesse caso não seria possível submetê-lo ao plano de recuperação em conjunto com os demais empreendimentos, aumentando os riscos dos adquirentes (SOUZA JUNIOR, 2016). Isso é explicado por que enquanto a Lei de Incorporação determina a segregação patrimonial, a Lei de Recuperação de Empresas e Falências, ao tratar sobre unir mais de um empreendimento, mais de uma sociedade no mesmo procedimento recuperacional, em consolidação substancial, todos os patrimônios e todas as dívidas serão unidas como se fossem uma só.

Conforme exposto, o processo de recuperação judicial tem a finalidade de fornecer meios que viabilizem a superação da crise empresarial e a manutenção das atividades, a fim de possibilitar a manutenção da fonte produtora, do emprego os trabalhadores e dos interesses dos

credores, “promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL, 2005, on-line)³⁹.

O patrimônio de afetação, enquanto não cumprida a função específica a que foi constituído, conserva sua autonomia e sua integridade diante de uma recuperação judicial, aplicando-se a disciplina específica para o exercício dos direitos dos credores e da administração dos patrimônios de afetação constituídos pela empresa falida (CHALHUB, 2019). É exatamente isso que propõe a Lei n. 4.591/1964, mais especificamente em seu artigo 31-F e seus parágrafos, quando dispõe sobre a atribuição de poderes à Comissão de Representantes para a administração, o prosseguimento ou a liquidação do patrimônio de afetação.

Nos casos de recuperação judicial, por sua vez, não há justificativa para a transferência da administração dos patrimônios de afetação para a Comissão de Representantes, por se tratar de procedimento caracterizado pela manutenção da atividade da empresa, sob a administração, *a priori*, de seus próprios diretores e a fiscalização do administrador judicial designado pelo juízo recuperacional. Esse entendimento, no entanto, não é pacificado. Há autores que defendem o entendimento de que a ausência de previsão legal expressa sobre a recuperação judicial permite que o patrimônio de afetação seja segregado. Como fundamento para esse entendimento, utiliza-se o fato de a criação do patrimônio de afetação ter sido feita com o objetivo de proteção aos adquirentes das futuras unidades, por isso não seria possível submetê-los ao regime recuperacional (SACRAMONE, 2019). Por outro lado, há autores que entendem que não há a previsão quanto à recuperação judicial, pois esta possui procedimento distinto do processo falimentar, logo, o patrimônio de afetação necessita de tratamento distinto para atingir a finalidade para a qual é proposto (CEREZETTI, 2016).

Para Sheila C. Neder Cerezetti (2016), não é possível a aplicação analógica do disposto na Lei de Incorporações para casos de falência do incorporador em situações de recuperação judicial. Isso porque

[n]ão se está a falar na liquidação de bens e paralisação de atividades. Muito pelo contrário. O objetivo, explícito no art. 47 da Lei 11.101/2005, é manter a fonte produtora. Ora, se é assim, todo o procedimento previsto na Lei de Incorporações a ser empregado na ocorrência de falência torna-se contraditório com a ideia de pensar a reestruturação empresarial como um todo, na medida em que insiste em uma perspectiva individualista e fundada no medo da liquidação. (CEREZETTI, 2016, p. 5.146)

³⁹ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005, on-line)

Assim, quando diante de uma recuperação judicial de sociedades atuantes na incorporação imobiliária, o correto seria os credores colocarem os interesses da empresa à frente de seus próprios. Para essa linha da doutrina, a não aplicação dos procedimentos elencados no artigo 31-F, da Lei n. 4.591/1964, não significaria adquirentes desprotegidos, mas “apenas que seus direitos não serão tutelados mediante uma lógica liquidatória e de mero acerto de contas” (CEREZETTI, 2016, p. 5.149). Sob essa perspectiva, a proteção dos direitos dos adquirentes por meio do envolvimento de todos os interessados na manutenção da atividade econômica e na manutenção dos empregos dos trabalhadores.

Marcelo Barbosa Sacramone, por sua vez, defende que ao considerar que o patrimônio de afetação foi instituído para evitar que os adquirentes sofressem com a má administração do incorporador e com as crises econômico-financeiras que pudessem atingi-lo, tem-se a necessidade de aplicação do instituto, de maneira análoga, à recuperação judicial (SACRAMONE, 2019). O autor pondera que a autonomia do incorporador para a realização de alterações nas relações jurídicas do empreendimento com patrimônio afetado foi limitada pelo legislador, o qual “submeteu qualquer alteração do empreendimento à vontade da maioria absoluta do voto dos adquirentes das unidades” (SACRAMONE, 2019, p. 97). O autor defende, portanto, que o regime de patrimônio de afetação é incompatível com a recuperação judicial, uma vez que a alteração da relação jurídica não deve ocorrer em uma assembleia geral de credores do incorporador, mas sim só com os adquirentes das unidades do empreendimento.

Além dos dois entendimentos expostos acima, é possível extrair um outro intermediário, no qual o patrimônio de afetação não deve, em regra, estar submetido aos efeitos da recuperação judicial. Entretanto, sendo a afetação uma garantia, é possível o plano de recuperação judicial prever a substituição dessa garantia por garantias reais ou fidejussórias (KATAKOA, 2014). Tal substituição, no entanto, está condicionada à realização de acordo entre a assembleia geral de credores (recuperação judicial), a assembleia dos adquirentes das unidades e as instituições financiadoras das obras, se houver (GODOY; SERAFIM, 2017).

Há, portanto, uma diversidade de entendimentos sobre a compatibilidade da recuperação judicial com sociedades com atividade de incorporação imobiliária. Ademais, a lacuna legislativa torna necessários o debate sobre o tema e a análise dos casos já existentes, a fim de compreender se há efetiva compatibilidade entre a Lei n. 11.101/2005 e a Lei n. 4.591/1964.

5.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO OU DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A atividade de incorporação imobiliária consiste na venda de coisa futura, consubstanciada em unidades imobiliárias a serem construídas ou em construção. Nesse setor da economia brasileira, a sociedade de propósito específico é um dos mecanismos utilizados para a proteção dos adquirentes das unidades futuras. Essa sociedade, como exposto anteriormente, é uma pessoa jurídica constituída com a finalidade única de execução de determinado projeto, sendo o seu objeto social limitado a esse fim, não podendo ser alterado e assumindo uma das formas de sociedade previstas no ordenamento jurídico.

Dentro do setor imobiliário, utilização da sociedade de propósito específico deu origem aos grupos empresariais de incorporação imobiliária, nos quais, geralmente, é possível observar a sociedade empresária incorporadora como controladora de diversas sociedades de propósito específico, as quais apresentam como finalidade a construção de determinado empreendimento imobiliário. Sendo assim, essas sociedades têm um prazo ou evento (termo) determinado para a sua existência.

Entretanto, a limitação do objeto social de uma sociedade empresária para a realização de um único empreendimento imobiliário não confere eficácia similar ao regime de afetação. Isso porque os titulares de crédito contra uma sociedade de propósito específico estão sujeitos aos efeitos de eventual falência, enquanto os credores vinculados ao patrimônio de afetação têm seus créditos excluídos dos efeitos da falência. Além disso, os credores do patrimônio de afetação têm poderes para promover extrajudicialmente a realização dos seus direitos (CHALHUB, 2019).

Chalhub (2019, p. 142) afirma que em razão da proteção legal dos patrimônios de afetação contra esses riscos, as instituições financeiras “não raras as vezes, condicionam a concessão de financiamento a uma SPE de incorporação imobiliária a que essa empresa constitua um patrimônio de afetação para a incorporação que integra seu objeto social”.

Devido a essa estruturação, percebe-se a possibilidade de sobreposição dos dois institutos para a realização de um mesmo empreendimento, ou seja, é constituída uma sociedade de propósito específico, abrangendo a totalidade do conjunto dos direitos e das obrigações da sociedade, e instituído o patrimônio de afetação, o qual se restringe aos ativos necessários para a execução do empreendimento, a entrega das unidades autônomas e a liquidação do passivo da construção (CHALHUB, 2019).

O caso da Encol demonstrou a necessidade de proteger o adquirente quando a sociedade empresária incorporadora enfrentar uma crise econômico-financeira. Assim, o setor imobiliário passou a utilizar a sociedade de propósito específico a fim de separar o patrimônio de cada empreendimento e o legislador desenvolveu o patrimônio de afetação, que implica na segregação de uma parte do patrimônio geral do incorporador. Esse patrimônio separado fica vinculado ao empreendimento específico até a sua conclusão e a extinção do seu passivo.

Não é raro observar a sobreposição da sociedade de propósito específico com a instituição de patrimônio de afetação. Essa composição, no entanto, não é obrigatória e não impede que o empreendimento objeto da SPE ou a sociedade empresária incorporadora sejam acometidos por uma crise econômico-financeira e que, para manter a atividade, seja preciso recorrer aos mecanismos da recuperação judicial.

Nesse sentido, impõe-se, portanto, abordar, finalmente, a possibilidade de essas sociedades ingressarem com pedido de recuperação judicial, visando o reequilíbrio de sua saúde financeira. Para o presente estudo, são abordados os pedidos de recuperação judicial da sociedade de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, que integrem grupo econômico, conjuntamente no polo ativo, em consolidação substancial e/ou processual.

O artigo 31-F, da Lei n. 4.591/1964, estabelece a manutenção do patrimônio de afetação em caso de falência ou insolvência civil do incorporador e determina que os efeitos da decretação da falência não atingem o patrimônio de afetação constituído. Portanto, a afetação é preservada até que seja cumprida sua finalidade. Em caso de quebra da sociedade incorporadora, a Lei das Incorporações assegura aos adquirentes dois caminhos: a continuidade da obra ou a liquidação do patrimônio afetado, por meio da venda dos bens e direitos que o compõem e a partilha do produto líquido obtido com essa alienação entre os adquirentes, após o pagamento dos demais credores, nos termos do art. 31-F, §18.

Assim, o núcleo do patrimônio de afetação é a entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes e o pagamento dos credores que contribuíram para o empreendimento. É possível, ainda, o afastamento da sociedade incorporadora, caso necessário para manter o andamento da obra, nos termos da Lei das Incorporações. Sob essa perspectiva, a preservação é de rigor, posto que a finalidade do patrimônio de afetação é a entrega das unidades, a conclusão do empreendimento e o pagamento dos credores (AMARAL, 2021).

O ponto nodal da recuperação judicial é a superação da crise com a preservação da empresa, a fim de permitir a manutenção da atividade e do emprego dos trabalhadores⁴⁰. Para o devedor ingressar com o pedido de recuperação judicial é preciso o cumprimento de alguns requisitos constantes na Lei n. 11.101/2005, tais como: ser sociedade empresária ou empresário (art. 1º); exercer regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos (art. 48, *caput*); possuir atividade a ser preservada; e não constar no rol de atividades para as quais a recuperação judicial não se aplica (art. 2º).

Em uma primeira análise, verifica-se que a recuperação judicial da sociedade de incorporação imobiliária é possível (independentemente de ser a única integrante do polo ativo ou em consolidação processual), posto que tal possibilidade não encontra vedação no artigo 2º, da Lei n. 11.101/2005. A recuperação judicial da sociedade de incorporação imobiliária, portanto, está vinculada ao preenchimento dos requisitos determinados pela legislação recuperacional quanto à legitimidade e à consolidação processual.

Quando se trata da recuperação judicial de sociedade de propósito específico, é preciso realizar a análise em dois momentos, primeiramente verificando a admissibilidade da recuperação judicial com aquelas sociedades que não possuem patrimônio de afetação e aquelas que possuem patrimônio de afetação constituído. Em um segundo momento, então, é importante adentrar na questão da admissibilidade da consolidação processual entre a sociedade incorporadora e outras sociedades de propósito específico.

Embora a legislação recuperacional traga como princípio a preservação da empresa, dando a ideia de que se dirige às atividades com características de perpetuidade, não há impedimentos para que as sociedades com prazo determinado possam utilizar o instituto. A atividade deve ser preservada enquanto perdurar, gerando empregos, beneficiando consumidores e pagando tributos (BRASIL, STJ, 2022c). Assim, a sociedade de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação constituído, desde que com atividade existente há mais de dois anos, pode ser beneficiada com o instituto de recuperação judicial.

Ao enfrentar o questionamento da possibilidade de recuperação judicial de SPE, com ou sem patrimônio de afetação, em formação de grupo econômico, por meio do Agravo de Instrumento n. 2007654-14.2017.8.26.0000, referente à decisão proferida nos autos da recuperação judicial do Grupo Viver, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) decidiu pela

⁴⁰ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. ((BRASIL, 2005, on-line).

incompatibilidade entre a Lei n. 4.591/1964 e a Lei n. 11.101/2005. A partir dessa decisão, as sociedades de propósito específico só teriam legitimidade para requerer a recuperação judicial quando não sujeitas ao regime de afetação e desde que após a conclusão das obras. Assim, determinou-se a exclusão de todas as SPEs com obras inacabadas, bem como aquelas com patrimônio de afetação (SÃO PAULO, TJSP, 2017b).

O TJSP entendeu que as sociedades de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, deveriam ser excluídas do polo ativo da recuperação judicial, enquanto não conclusas as obras. Isso porque, enquanto houver a perspectiva de conclusão, as SPEs não comportam decisão isolada do incorporador para requerer a recuperação, sendo sempre necessária a deliberação dos adquirentes para o prosseguimento das obras ou para a liquidação do empreendimento.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.973.180/SP, o Superior Tribunal de Justiça, ao determinar a possibilidade de a sociedade de propósito específico sem patrimônio de afetação requerer a recuperação judicial, não adentrou na questão de estar a obra do empreendimento finalizada ou não. No entanto, o STJ consignou o prosseguimento regular da recuperação judicial, salvo se a obra não estiver paralisada:

[n]o 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. (BRASIL, STJ, 2022c, p. 16)

Percebe-se, assim, que o entendimento jurisprudencial apresenta variações a depender de cada caso, porém ainda é necessário um aprimoramento desse entendimento, com várias questões a serem resolvidas. Apesar disso, há convergência entre o TJSP e o STJ no entendimento de que as sociedades de propósito específico sem patrimônio de afetação, em caso de obras inacabadas e/ou paralisadas, só poderiam requerer a recuperação judicial após a realização de assembleia dos adquirentes e com o voto da maioria absoluta para esse fim.

No tocante à formação de litisconsórcio facultativo, ou seja, de consolidação processual, o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme exposto, determinou a exclusão da recuperação judicial de todas as sociedades de propósito específico com obras inacabadas e aquelas com empreendimentos entregues, mas com patrimônio de afetação. Quanto às SPEs com obras acabadas e não sujeitas ao regime de afetação, seria possível prosseguir na

recuperação se apresentados planos individuais. Desse modo, o TJSP permitiu a consolidação processual.

Já em relação à sociedade de propósito específico com patrimônio de afetação constituído, lembra-se que a Lei de Incorporações criou um sistema de incomunicabilidade que é incompatível com a recuperação judicial. Os valores decorrentes dos contratos de alienação das unidades autônomas, assim como as obrigações vinculadas à execução da obra e a entrega dos imóveis são insuscetíveis de novação, conforme explica Marcelo Barbosa Sacramone:

[d]iante desse regime especial, suprime-se a autonomia do incorporador em relação aos bens e obrigações contraídas em razão do empreendimento. [...] 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 sobre seu destino. (SACRAMONE, 2019, p. 182)

A Lei de Incorporações colocou os adquirentes em uma posição à frente da própria sociedade incorporadora no momento de deliberar sobre a continuidade da obra em afetação ou pela sua liquidação. Francisco Satiro, em parecer juntado aos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda. (BRASIL, STJ, 2022d), ressaltou esse aspecto:

[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 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 4.951/64. (SOUZA JUNIOR, 2016, p. 20)

No mesmo sentido, há também o Enunciado n. 628, da VII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

[o]s 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. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2018, p. 7)

Outro ponto que demonstra a incompatibilidade da recuperação judicial com a incorporação imobiliária com patrimônio de afetação está na impossibilidade de, caso não aprovado o plano de recuperação judicial apresentado (mesmo que separado e com quórum e deliberação somente pelos seus credores), submetê-lo aos efeitos da falência. Isso porque, além de a Lei de Incorporações determinar procedimento especial para o caso de falência da

sociedade incorporadora, por meio de realização de assembleia dos adquirentes, para decidirem pela assunção das obras ou pela liquidação, mantendo as condições originais dos contratos⁴¹, a referida legislação também determina a não sujeição do patrimônio de afetação aos efeitos da falência.

Observa-se que o entendimento da jurisprudência⁴² tem sido pela não possibilidade de a sociedade de propósito específico com patrimônio de afetação instituído requerer a recuperação judicial. Todavia, há aqueles que acreditam ser possível, em tese, a submissão da SPE com patrimônio de afetação ao processo recuperacional⁴³.

No caso da recuperação judicial do Grupo PDG Realty, por exemplo, foram apresentados 38 planos de recuperação — um para cada uma de suas sociedades de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação — nos quais não se propôs a novação de obrigações das SPEs com obras inacabadas (sujeitas ou não ao regime de afetação). O grupo propôs apenas que seus resultados positivos seriam utilizados para o pagamento dos credores concursais. Mesmo assim, o grupo teve seus planos aprovados na assembleia geral de credores. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao ser provocado quanto a essa situação, consignou que foram trazidas ao procedimento recuperacional “as empresas titulares do patrimônio de afetação, mas não estes patrimônios afetados” SÃO PAULO, TJSP, 2018, fl. 23).

Na mesma linha, Fernanda Costa do Amaral (2019, p. 132) expõe que:

[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, a autora ressalta que, na prática, vê-se pouca viabilidade na elaboração de um plano de recuperação que preserve os pagamentos devidos ao agente financiador sem prejudicar os prazos de liberação de recursos para a obra ou mesmo de atraso na liberação das unidades objeto de garantia real, para possibilitar o repasse. Assim, apesar de alguns acreditarem ser possível a submissão das SPEs com patrimônio de afetação ao processo de

⁴¹ Art. 31-F, da Lei n. 4.951/1964 (BRASIL, 1964, on-line).

⁴² Os recursos especiais n. 1.958.062/RJ e n. 1.973.180/SP, bem como o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos casos da recuperação judicial do Grupo Viver (2236772-85.2016.8.26.0000) e do Grupo Tiner (2193933-11.2017.8.26.0000).

⁴³ Fernanda Costa do Amaral, em sua tese de doutorado, traz a possibilidade, em teoria, da compatibilidade da recuperação judicial com as sociedades com patrimônio de afetação (AMARAL, 2021, p. 107.). A mesma possibilidade foi defendida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo quando enfrentou o caso do Grupo PDG Realty (2023264-85.2018.8.26.0000).

recuperação judicial na prática observa-se uma viabilidade remota para que isso aconteça e, conseqüentemente, essa prática não tem sido utilizada.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de uma análise minuciosa realizada caso a caso a fim de definir a possibilidade de consolidação processual ou não. Isso porque é preciso aferir a existência de patrimônio de afetação, do andamento de cada empreendimento, bem como o preenchimento dos requisitos elencados na Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Contudo, é possível notar uma tendência da jurisprudência em aceitar a consolidação processual das sociedades de propósito específico sem patrimônio de afetação nos processos de recuperação judicial.

A respeito da compatibilidade do instituto da recuperação judicial com sociedades atuantes na incorporação imobiliária em consolidação substancial, é preciso realizar um estudo em separado, devido à necessidade de se atentar aos detalhes da Lei de Incorporações e da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, por isso, tal compatibilidade será abordada na seção seguinte.

5.3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADES ATUANTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Anteriormente realizou-se a análise da compatibilidade do instituto da recuperação judicial com as sociedades atuantes na incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação, em litisconsórcio ativo facultativo, ou seja, em consolidação processual. Todavia, não é incomum os grupos econômicos que recorrem à recuperação judicial requererem-na em consolidação substancial obrigatória.

Para isso, é importante ressaltar, é necessária a existência de alguns elementos, determinados na Lei n. 11.101/2005, mais especificamente em sua Seção IV-B. Dentre esses elementos está o entrelaçamento entre as sociedades integrantes do mesmo grupo, de tal modo que não seja possível a identificação entre os ativos e passivos de cada uma sem o excessivo dispêndio de tempo ou de recursos. Entretanto, é preciso considerar que, no ramo da incorporação imobiliária, a constituição de sociedades de propósito específico e a instituição de patrimônio de afetação podem impedir a consolidação substancial devido às características inerentes a esses institutos.

Reconhecer a consolidação substancial em recuperação judicial significa que a tentativa de solução para a crise empresarial levará em consideração os ativos e passivos de

todos os integrantes do polo ativo. Trata-se, portanto, de “superar a separação das personalidades jurídicas das devedoras” (CEREZETTI, 2016, p. 5.157) com objetivo de resolver suas dificuldades econômico-financeiras. Como consequência, os patrimônios das recuperandas serão tratados como algo único e as decisões dos credores serão tomadas de maneira conjunta, como se as recuperandas fossem um único ente societário (CEREZETTI, 2016).

Conforme discutido na seção seguinte, a jurisprudência pátria tem avaliado alguns requisitos ao enfrentar casos de pedidos de recuperação judicial, em consolidação substancial, de grupos empresariais atuantes na incorporação imobiliária.

5.3.1 Sociedade com patrimônio de afetação

A princípio, vale ressaltar que a instituição do patrimônio de afetação submete o acervo de bens, direitos e obrigações ao cumprimento de uma determinada finalidade. Desse modo, os bens vinculados ao patrimônio respondem exclusivamente pela dívida contraída para a sua consecução. A consequência do regime de afetação é a perda de autonomia do incorporador sobre o patrimônio vinculado (SACRAMONE, 2019, p. 97). Ao limitar a autonomia do incorporador sobre a disposição do patrimônio afetado, o legislador submeteu qualquer alteração do empreendimento à vontade da maioria absoluta dos adquirentes das unidades. Isso reforça a segregação entre ativos e passivos do empreendimento afetado e o patrimônio geral do incorporador.

Além disso, a Lei de Incorporações estabeleceu um procedimento especial para a solução de crises, por meio do qual possibilita-se aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir com a obra. Além disso, em caso de falência do incorporador, deve ser realizada uma assembleia com os adquirentes, a fim de decidirem pela continuidade da obra (com a destituição do incorporador) ou a liquidação do patrimônio. Dessa forma, os créditos vinculados ao empreendimento por meio da afetação não estarão sujeitos ao regime falimentar.

Assim, o patrimônio de afetação será extinto (art. 31-E, I, da Lei n. 4.591/1964) somente após o encerramento da obra, a entrega das unidades autônomas aos adquirentes e o adimplemento das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento. A partir de então, eventuais sobras voltarão a integrar o patrimônio geral do incorporador e, conseqüentemente, poderão ser utilizadas para o pagamento dos credores em

regime concursal. Desta forma, ao falar-se em pedido de recuperação judicial de grupo de sociedades atuantes na incorporação imobiliária tem-se, em um primeiro momento, a viabilidade do processamento em consolidação processual, excluindo as sociedades integrantes que possuam patrimônio de afetação.

No que tange à consolidação substancial, considerando-a uma medida excepcional, com necessária apresentação de disfunção societária, interconexão e confusão patrimonial de maneira a não ser possível identificar quais ativos e passivos são de cada integrante do grupo, há entendimentos diversos na jurisprudência, os quais merecem atenção.

Na recuperação judicial do Grupo Viver, por exemplo, o pedido foi realizado por todas as sociedades integrantes do grupo, inclusive as sociedades de propósito específico com empreendimentos prontos ou inacabados, alguns deles sujeitos ao patrimônio de afetação. O grupo informou ao juízo que as atividades eram coordenadas de tal forma que a segregação patrimonial não se justificava, e que havia a existência de garantias cruzadas e caixa único, requerendo, portanto, o processamento da recuperação em consolidação substancial⁴⁴.

Para Sheila Neder Cerezetti (2016), em parecer juntado ao processo de recuperação, a consolidação poderia ser deferida conforme requerida pelo Grupo Viver, Cerezetti ressaltou, ao final, que, em relação aos empreendimentos com patrimônio de afetação, seria prudente a criação de subclasses, para garantir-lhes o recebimento de seus créditos, sem qualquer ofensa à Lei de Incorporações.

A decisão proferida pelo juízo recuperacional foi no sentido de deferir o processamento da recuperação judicial às empresas integrantes do grupo, inclusive as sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação, em consolidação processual. Quanto à consolidação substancial, somente seria possível às sociedades que não possuíssem patrimônio afetado⁴⁵. Recuperandas e credores não ficaram satisfeitos com esse resultado e interpuseram agravo de instrumento contra a decisão, as primeiras a fim de ver consolidados todos os créditos e débitos, ao passo que os credores requereram a exclusão das sociedades de propósito específico, sujeitas ou não ao regime de afetação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela exclusão de todas as SPEs com obras inacabadas e daquelas que tinham empreendimentos com patrimônio de afetação. O TJSP

⁴⁴ Petição inicial do processo de recuperação judicial do Grupo Viver, autuado sob o n. 1103236-83.2016.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP.

⁴⁵ Decisão do processo de recuperação judicial do Grupo Viver, autuado sob o n. 1103236-83.2016.8.26.0100, fls. 10.838-10.846.

deixou expresso, ainda, que aportes externos em auxílio às sociedades de propósito específico não seriam justificativas para desconsiderar o patrimônio de afetação:

[s]obre não poder tolerar, como já ponderado no âmbito dos outros agravos, a utilização pelas recuperandas, como argumento em prol da recuperação em consolidação, da confusão patrimonial por elas proporcionada, o fato é que a circunstância de eventuais aportes externos em auxílio das SPEs, para além dos recursos por elas captados, não é justificativa racional para a ignorância do patrimônio de afetação formado afinal para responder por suas próprias dívidas. (SÃO PAULO, TJSP, 2017b, p. 25)

Dessa forma, o TJSP decidiu pela impossibilidade de consolidação substancial das sociedades de propósito específico com obras acabadas e sem patrimônio de afetação SÃO PAULO, TJSP, 2017b).

Já no caso da recuperação judicial da PDG Realty, as sociedades de propósito específico foram mantidas no polo ativo, inclusive aquelas sujeitas ao regime de afetação. Isso ocorreu pois, no plano de recuperação judicial, não houve a proposição de novação de obrigações das SPEs, mas tão somente a previsão de que seus resultados, caso positivos, voltassem ao patrimônio geral, servindo para o pagamento dos demais credores concursais (SOARES, 2019, p. 76)⁴⁶. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao se manifestar sobre a concessão da recuperação judicial, decidiu pela manutenção da homologação dos planos de recuperação judicial, permitindo a consolidação substancial entre as dívidas do grupo, excetuando aquelas referentes ao patrimônio de afetação.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao enfrentar a possibilidade de consolidação substancial de sociedades atuantes na incorporação imobiliária com patrimônio de afetação, decidiu pela sua impossibilidade:

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. [...] 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. (BRASIL, STJ, 2022d, p. 18-20, grifo do autor)

A Corte Superior entendeu que os procedimentos estabelecidos na Lei de Incorporações são incompatíveis com a consolidação substancial das sociedades de propósito específico em recuperação judicial. Além disso, esclarece que o papel das SPEs com patrimônio de afetação na recuperação judicial do grupo econômico está restrito ao repasse de eventuais

⁴⁶ O processo de recuperação judicial do Grupo PDG Realty foi autuado sob o n. 1016422-34.2017.8.26.0100, em trâmite na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP.

sobras após a extinção do patrimônio afetado, as quais voltarão a integrar o patrimônio geral da incorporadora. Observa-se, portanto, que ainda há espaço para interpretações diversas quando se fala da consolidação substancial das sociedades de incorporação imobiliária, uma vez que o deferimento ou não da unificação dos ativos e passivos das recuperandas depende da análise de cada caso.

5.3.2 Sociedade sem patrimônio de afetação

No caso de sociedade de propósito específico sem a constituição de patrimônio de afetação, em tese, não há óbice para o requerimento de recuperação judicial sem a formação de litisconsórcio ativo ou em consolidação processual. Diz-se “em tese” devido à necessidade de cumprimento dos requisitos estabelecidos na Lei de Recuperação de Empresas e Falências quanto à legitimidade para o requerimento e a existência de atividade a ser preservada.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, decidiu não existir impedimento para o pedido de recuperação judicial de SPE sob o fundamento de possuir prazo de duração determinado, pois “a atividade empresarial será prestigiada enquanto perdurar, gerando empregos, beneficiando consumidores e recolhendo tributos” (BRASIL, STJ, 2022d, p. 13). Isso significa que pode haver uma solução para cada caso, pode existir SPE que não possua mais atividade econômica, impossibilitando, por isso, o objetivo da legislação recuperacional, qual seja, a preservação da atividade econômica.

A sociedade de propósito específico destinada à atividade de incorporação imobiliária possui como objeto social a consecução de um empreendimento específico. A finalidade de assim o ser é evitar a confusão entre as obrigações do empreendimento específico com as obrigações dos demais empreendimentos ligados à sociedade incorporadora. Por esta separação de patrimônio construiu-se o entendimento de não ser possível a reunião de ativos e passivos da SPE com os das outras sociedades integrantes do grupo econômico em consolidação substancial. Para João de Oliveira Rodrigues Filho:

[n]o 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 à reestruturação. (RODRIGUES FILHO, 2018, p. 344)

O referido autor entende que há situações em que a consolidação substancial das SPEs sem patrimônio de afetação pode ser a melhor opção para a manutenção da atividade econômica, bem como para o efetivo soerguimento da empresa em crise.

Em parecer elaborado para a recuperação judicial do Grupo Viver, Sheila Neder Cerezetti (2016) para defender a consolidação substancial no caso, explica que as funções exercidas pelas *holdings* beneficiavam a todas e cada uma das sociedades controladas, refletindo uma administração em que os empreendimentos não eram vistos em sua individualidade, mas como um projeto do grupo todo:

[e]sta visão da atividade grupal como um único negócio resultou inclusive na comunicabilidade de ativos e passivos, com o uso de garantias cruzadas em dívidas financeiras, cujos recursos seriam utilizados em benefício indistinto das sociedades que compõem o grupo. (CEREZETTI, 2016, p. 5.151)

Apesar disso, quando a questão chegou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a decisão foi pela exclusão das sociedades de propósito específico com obras inacabadas e, quanto às que possuíam as obras acabadas e não sujeitas ao regime de afetação, somente poderia haver o pedido de recuperação judicial se apresentados planos de recuperação judicial individuais, porém não em consolidação substancial (SÃO PAULO, TJSP, 2017b).

No caso da recuperação judicial do Grupo PDG Realty, conforme exposto anteriormente, todas as sociedades de propósito específico foram mantidas no polo ativo da demanda, independentemente da existência de patrimônio de afetação. Isso ocorreu pois os planos de recuperação judicial apresentados diziam respeito somente às empresas com patrimônio de afetação e não ao patrimônio afetado; sendo que, somente após a extinção deste, eventual saldo retornaria ao patrimônio geral do incorporador. Observa-se que, neste caso, o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo foi diverso daquele manifestado no caso do Grupo Viver. Assim, no caso do Grupo PDG Realty, o TJSP permitiu a consolidação substancial das dívidas das sociedades sem patrimônio de afetação.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, ao enfrentar a possibilidade de consolidação substancial de sociedades atuantes na incorporação imobiliária sem patrimônio de afetação manteve o posicionamento pela sua impossibilidade:

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. (BRASIL, STJ, 2022d, fl. 26)

A Corte Superior entendeu que a recuperação judicial de SPE sem patrimônio de afetação pode se processar normalmente, salvo se a obra estiver paralisada, sendo que, nessa hipótese, o juízo pode notificar o incorporador para que reinicie a obra. Descumprida a ordem, o incorporador pode ser destituído pela maioria absoluta dos adquirentes, os quais darão prosseguimento à obra, com a extinção dos contratos de compromisso de compra e venda. Nessa

situação, observa-se, não haverá atividade a ser preservada. Somente no caso de os adquirentes não optarem pela destituição do incorporador é que a recuperação judicial poderá ter o seu curso, não existindo óbice para eventual destituição durante o procedimento recuperacional, mas jamais em consolidação substancial (BRASIL, STJ, 2022c). Denota-se, portanto, que a impossibilidade do processamento da recuperação judicial nesse caso está voltada para a preservação do objeto da sociedade de propósito específico, qual seja, a conclusão do empreendimento.

No entanto, a jurisprudência possui divergências decorrentes de especificidades de cada caso. É imprescindível, portanto, que o pedido de recuperação judicial realizado por sociedades empresárias atuantes na incorporação imobiliária receba criteriosa análise dos operadores do direito, a fim de propiciar, dentro dos limites das legislações aplicáveis, a melhor opção para o mercado e para as sociedades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa, buscou-se verificar a compatibilidade entre o instituto da recuperação judicial e as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação. Além disso, também se investigou se este mecanismo pode ser aplicável na hipótese de sua utilização por sociedades de propósito específico com atividade de incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação, em conjunto com outras empresas do mesmo grupo econômico, em consolidação processual e/ou substancial.

Para alcançar este objetivo, discorreu-se, de início, sobre a crise empresarial, suas formas e características, e suas causas. Abordou-se as soluções estabelecidas pelo Estado, quais sejam: a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial; com foco na recuperação judicial, desde a sua origem até o momento em que se encontra atualmente. Como visto na seção 2.5, o processo de recuperação judicial, estabelecido pela Lei n. 11.101/2005, é utilizado quando uma sociedade empresária ou um empresário encontra-se em situação de crise, sendo esta uma solução temporária, uma vez que a empresa ainda é viável.

O principal objetivo desse instituto é a preservação da atividade econômica, de seus empregados e de sua função social. Por meio dele, é possível que a empresa em crise faça uso de mecanismos de reestruturação e plano de pagamentos para reequilibrar suas dívidas e manter a fonte produtora. O seu procedimento e seus requisitos foram esclarecidos, com vistas a verificar se ele é incompatível com as sociedades atuantes na incorporação imobiliária ou não.

Entre os requisitos exigidos pela Lei n. 11.101/2005 está a necessidade de ser empresário ou sociedade empresária. Ocorre que, esse requisito vem sendo flexibilizado pela jurisprudência, conforme se denota pelos casos em que o requerente, mesmo não sendo uma sociedade empresária, conforme determinado pela legislação, obteve o benefício do uso da legislação recuperacional para possibilitar o soerguimento da atividade⁴⁷. Há também os requisitos constantes no artigo 48, da Lei n. 11.101/2005, como o exercício regular da atividade há mais de 2 (dois) anos.

⁴⁷ Como exemplo, apresenta-se a recuperação judicial da Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro, processo n. 0093754-90.2020.8.19.0001 e a recuperação judicial da Unimed – Norte e Nordeste da Paraíba, processo n. 0812924-95.2021.8.15.2001.

Ainda no segundo capítulo, foi analisado o procedimento da recuperação judicial, com especial atenção para a apresentação do plano de recuperação judicial e a realização de assembleia geral de credores, com quórum específico para cada classe.

No terceiro capítulo, o estudo tratou da incorporação imobiliária, com os seus principais elementos, sua constituição e as responsabilidades dos sujeitos. Essa atividade começou a ser regulamentada em 1964, com a Lei de Incorporações (Lei n. 4.591/1964), e possui como ponto nodal a construção e a entrega de unidades imobiliárias autônomas, caracterizadas pela mercancia dessas unidades futuras.

No entanto, apesar de a legislação trazer a regulamentação da figura do incorporador, não possuía mecanismos suficientes para proteger o adquirente. Esse fato resultou, por exemplo, na decretação da falência da Encol, em 1999. A partir desse fato, a Lei n. 10.931/2004 inseriu na Lei de Incorporações os artigos 31-A a 31-F, regulamentando a segregação do patrimônio do empreendimento do patrimônio geral da empresa incorporadora.

A intenção do legislador, ao proceder assim, foi assegurar a proteção ao adquirente, uma vez que o patrimônio afetado ao empreendimento não pode ser utilizado para o adimplemento ou garantia de dívidas do incorporador alheias à construção específica. Assim, observou-se que a afetação do patrimônio de determinado empreendimento o torna incomunicável. Ou seja, os ativos e passivos de um determinado empreendimento não se comunicam com o patrimônio geral da sociedade incorporadora.

Além disso, a legislação vigente acerca da incorporação determinou procedimentos específicos para os casos de atrasos injustificados ou paralisação das obras e decretação de falência do incorporador. Os adquirentes podem, após a realização de assembleia, e com os votos da maioria absoluta, destituir o incorporador e decidir pelo prosseguimento das obras ou pela liquidação do patrimônio, com a devolução proporcional dos valores investidos.

Uma vez escolhido pelo regime de afetação, ele só pode ser extinto mediante a entrega das unidades autônomas, devidamente averbadas no registro de imóveis e com o encerramento das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento, se houver. Somente a partir do cumprimento desses requisitos é que eventual saldo do empreendimento retornará ao patrimônio geral do incorporador. Compreende-se, assim, que o regime de afetação no âmbito da incorporação imobiliária cria a incomunicabilidade dos bens e obrigações, vinculados a determinado empreendimento, com o patrimônio geral do incorporador.

Apesar das seguranças que o patrimônio de afetação proporciona aos adquirentes, algumas incorporadoras utilizam-se da sociedade de propósito específico para efetuar essa segregação patrimonial, uma vez que a SPE permite uma certa diferenciação patrimonial, por meio da constituição de nova personalidade jurídica, havendo, portanto, a separação entre o patrimônio da SPE e o da incorporadora.

Nesse sentido, analisou-se as sociedades de propósito específico, com seus objetos e prazos determinados, e sua utilização no âmbito da incorporação como sociedades controladas. Em alguns casos, foi possível verificar que as sociedades incorporadoras constituem uma sociedade de propósito específico e instituem o regime de afetação. Essa sobreposição dos institutos visa facilitar a organização social da incorporadora, bem como atrair mais adquirentes e obter financiamentos a baixo custo.

No quarto capítulo, estudou-se a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, por meio da formação de um grupo econômico. A legislação recuperacional classifica o litisconsórcio ativo facultativo como consolidação processual, enquanto o litisconsórcio ativo necessário é a consolidação substancial. Para isso, foi necessário compreender o conceito e a formação do grupo econômico, bem como a função do litisconsórcio no processo de recuperação judicial.

Os grupos econômicos são constituídos por uma empresa controladora e diversas controladas. Eles podem, conforme visto na seção 4.1, ser grupos de direito, quando há, no contrato social, diretrizes expressas quanto a essa formação, ou grupos de fato, nos quais não há um contrato social, mas há um interesse em comum e uma estrutura de controladora e de controladas.

Ao discutir grupo econômico, observou-se que, uma integrante, ao entrar em situação de crise, não raramente pode afetar as demais, já que um certo grau de confusão patrimonial entre as integrantes do grupo é característica inerente. Por isso, às vezes, a solução para a crise enfrentada por uma empresa é o pedido de recuperação judicial do grupo que faz parte, a fim de possibilitar uma melhor reestruturação.

Com a popularização das sociedades organizadas em grupos, parece ter se tornado uma prática mais comum os pedidos de recuperação judicial com mais de um requerente, em litisconsórcio ativo. Até 2020, a Lei n. 11.101/2005 não continha normas a respeito dessa possibilidade, mas já era possível, uma vez que seu art. 189 permitia a aplicação subsidiariamente do Código de Processo Civil.

Entretanto, a formação de litisconsórcio na recuperação judicial acarreta consequências ao procedimento. Verificou-se que, em casos de litisconsórcio ativo facultativo, ou seja, consolidação processual, há a manutenção das personalidades jurídicas e da segregação patrimonial. Na prática isso implica na existência de uma relação de credores para cada integrante do grupo, um plano de recuperação judicial para cada requerente e assembleias gerais de credores separadas, com quóruns e deliberações independentes.

A consolidação processual, portanto, objetiva a economia processual e financeira das requerentes, posto que será nomeado apenas um administrador judicial e os atos processuais serão em conjunto. Além disso, em caso de não aprovação do plano de recuperação judicial de uma integrante do grupo e aprovação do PRJ das demais, o processo será desmembrado.

A consolidação substancial, por sua vez, requer maior atenção. Conforme visto na seção 4.4, ela implica a consolidação dos ativos e dos passivos de todos os integrantes do polo ativo. Por isso, a Lei n. 11.101/2005 estabelece, como um dos requisitos para a consolidação substancial, a existência de interconexão e confusão patrimonial entre os ativos e passivos das requerentes, de forma que seja impossível a identificação da titularidade deles, sem dispêndio excessivo de tempo ou de recursos. Somado a isso, a lei determina a ocorrência de, pelo menos, mais duas situações elencadas no artigo 69-J para que a consolidação substancial fosse deferida.

Como consequência, todos os atos e fases do processo deixam de ser individualizados para cada empresa e passam a ser unificados. Isso significa que todos os ativos e passivos do grupo econômico responderão de forma única aos credores de todas as empresas integrantes do grupo. Será apresentado somente um plano de recuperação judicial, o qual a assembleia geral de credores poderá aprovar ou rejeitar. Acaso não aprovado haverá a decretação de falência do grupo econômico.

Nesse sentido, ao se relacionar as sociedades de propósito específico atuantes na incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação, com a recuperação judicial, alguns pontos foram analisados de maneira separada: (i) a sociedade de propósito específico sem patrimônio de afetação em consolidação processual com outras integrantes do grupo econômico; (ii) a sociedade de propósito específico com patrimônio de afetação em consolidação processual com outras integrantes do grupo econômico; (iii) a sociedade de propósito específico com patrimônio de afetação em consolidação substancial com outras integrantes do grupo econômico; e (iv) a sociedade de propósito específico sem patrimônio de afetação em consolidação substancial com outras integrantes do grupo econômico.

Em todas as hipóteses, concluiu-se que a aplicabilidade ou não do instituto da recuperação judicial dependerá de análise caso a caso. Elementos como a existência de atividade a ser preservada, e a forma de organização das sociedades devem ser observados para averiguar a admissibilidade da recuperação judicial das sociedades de propósito específico, com ou sem patrimônio de afetação, em formação de grupo econômico, com consolidação processual e/ou substancial.

A verificação do cumprimento dos requisitos da legitimidade para o requerimento do processo recuperacional e dos documentos necessários para tanto, são elementos não só observados, mas considerados para a decisão do juízo. No entanto, foi possível observar a convergência entre alguns pontos analisados, em cada hipótese, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça e pela conclusão ora alcançada que merecem destaque.

No caso de sociedade de propósito específico sem patrimônio de afetação, concluiu-se que não há, *a priori*, óbice para o requerimento da recuperação judicial. Apesar de o STJ afirmar não ser possível a consolidação substancial, em razão da existência de regramento específico na Lei de Incorporações para a resolução da crise econômico-financeira do empreendimento, o entendimento a que se chegou na presente pesquisa é de que a consolidação substancial também seria possível, em casos específicos.

Para a admissibilidade de recuperação judicial da SPE sem patrimônio de afetação em consolidação processual, será preciso existir uma atividade a ser preservada, em cumprimento aos artigos 47 e 48 da LREF, estar sob controle societário comum e apresentar individualmente a documentação exigida para o requerimento da recuperação judicial. Em caso de consolidação substancial, a análise deve passar pela existência de atividade a ser preservada e existir os requisitos exigidos no artigo 69-J, da LREF, quais sejam, a existência de interconexão e confusão entre ativos e passivos de maneira intransponível e mais dois dos seguintes elementos: a existência de garantias cruzadas, relação de controle ou de dependência, identidade total ou parcial do quadro societário, atuação conjunta no mercado entre as devedoras.

Em outras palavras, para a admissibilidade da recuperação judicial de sociedade de propósito específico sem patrimônio de afetação está condicionada, em um primeiro momento, a verificação de existência de atividade a ser preservada e ser a SPE integrante de grupo sob controle societário comum. Estando presente a atividade a ser preservada e sendo a sociedade de propósito específico integrante de grupo econômico, a consolidação processual pode ser admitida. A partir de então, é analisada a situação fática do empreendimento, com a verificação

dos requisitos do artigo 69-J, da LREF, para a análise da possibilidade do deferimento da consolidação substancial.

Em relação às sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação, observou-se que há certa incompatibilidade com a recuperação judicial. Isso ocorre, pois, conforme procedimento específico da Lei de Incorporações, a responsabilidade sobre a continuidade da obra ou sua liquidação recai sobre adquirentes nos casos de atraso da obra sem justa causa ou retardar a conclusão do empreendimento de forma excessiva. Além disso, em eventual convocação da recuperação judicial em falência, o patrimônio de afetação é excluído dos efeitos desta.

Entretanto, há quem entenda, que seria possível, em tese, a SPE com patrimônio de afetação integrar polo ativo de recuperação judicial em consolidação processual. Em concordância com esse entendimento, esta pesquisa encontra a justificativa na possibilidade de preservar o patrimônio afetado dentro de um plano de recuperação judicial que respeite a incomunicabilidade do patrimônio de afetação com o patrimônio geral da incorporadora, sendo liberado ao incorporador eventual saldo somente quando da extinção do patrimônio de afetação.

Esse entendimento decorre, também, da possibilidade de o patrimônio de afetação não englobar a totalidade do empreendimento especificado na SPE. Assim, a sociedade de propósito específico pode integrar o polo ativo da recuperação judicial em consolidação processual, desde que preservado o patrimônio afetado.

Nesses casos, a análise a ser feita sobre a admissibilidade da recuperação judicial ultrapassa os requisitos legais e atinge a questão da viabilidade da medida proposta. Isso porque está condicionada não só a existência de atividade a ser preservada, mas também a análise do memorial de incorporação e do termo de afetação firmado pelo incorporador, para que seja possível a verificação da viabilidade da elaboração de um plano de recuperação judicial que observe a incomunicabilidade do patrimônio de afetação e a reestruturação das dívidas da devedora. No mesmo sentido, também é necessária a anuência da maioria absoluta dos adquirentes para o pedido de recuperação judicial.

Nesse último ponto, encontrou-se relevância no fato de que caso os adquirentes decidirem pela destituição do incorporador, ficarão sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos ao empreendimento (art. 31-F, §11, da Lei n. 4.591/1964). Assim, eventual recuperação judicial pode ser mais benéfica ao manter-se o incorporador na administração do empreendimento e das obras ao invés de assumir uma situação na qual é substituído o incorporador.

Finalmente, quanto às sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação, compreende-se que não é possível que o processo de recuperação judicial ocorra sob consolidação substancial, uma vez que o papel da afetação patrimonial é de criar um sistema de incomunicabilidade entre os bens, direitos e obrigações afetados com o patrimônio geral do incorporador. Já a consolidação substancial pressupõe uma confusão patrimonial, o que é vedado pelo instituto do patrimônio de afetação. O papel da afetação patrimonial em um cenário de recuperação judicial estaria restrito ao repasse de eventual saldo quando extinto o patrimônio de afetação. E, para a extinção da afetação é necessária a conclusão das obras, a entrega das unidades, devidamente registradas, aos adquirentes e o adimplemento das obrigações com a empresa financiadora, se houver.

Cabe, portanto, ao operador do direito a observação dos elementos essenciais de cada instituto, com a devida análise dos requisitos essenciais para o pedido de recuperação judicial como, por exemplo, verificar se a sociedade de propósito específico possui atividade a ser preservada. Nos casos em que as obras estão finalizadas e todas as unidades imobiliárias já foram alienadas, por exemplo, não se observa atividade econômica a ser preservada, o que implica na não admissão do processo de recuperação judicial.

Ultrapassada a verificação da existência de atividade econômica a ser preservada, a presença ou não de patrimônio de afetação irá influenciar diretamente na possibilidade de uma sociedade de propósito específico requerer a recuperação judicial, principalmente quando em consolidação processual e/ou substancial. Para os casos de SPE sem patrimônio de afetação seria possível a consolidação processual, desde que existente atividade a ser preservada e estando a SPE sob controle de grupo societário comum. Quanto a consolidação substancial, além da existência de atividade a ser preservada é preciso que estejam presentes a interconexão e a confusão patrimonial entre os ativos e passivos das devedoras, bem como outros dois requisitos constantes no artigo 69-J, incisos I a IV, da Lei n. 11.101/2005.

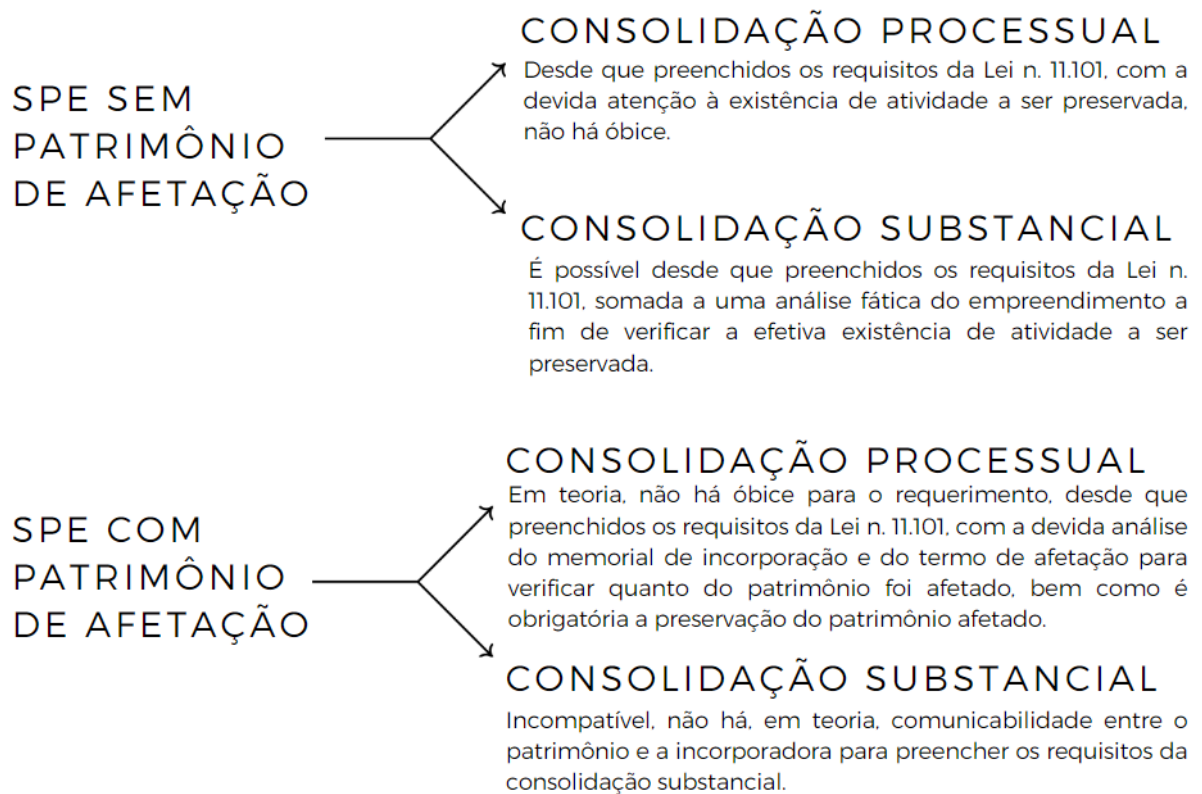
Nos casos de SPE com patrimônio de afetação, verificou-se, em tese, a possibilidade de realizar o pedido de recuperação judicial em formação de grupo econômico em consolidação processual, por meio da análise da existência de atividade a ser preservada; da obrigatória preservação do patrimônio de afetação dentro do plano de recuperação judicial, mantendo sua incomunicabilidade com os outros bens, direitos e deveres da SPE e do incorporador; e mediante a anuência por maioria absoluta dos adquirentes ao pedido de recuperação judicial.

Por outro lado, não se verificou a possibilidade de ajuizamento de recuperação judicial em consolidação substancial de sociedade de propósito específico com patrimônio de afetação.

Isso porque a Lei de Incorporações criou um sistema de incomunicabilidade entre o patrimônio afetado com as demais obrigações da sociedade incorporadora. Enquanto a Lei de Recuperação de Empresas e Falências, na consolidação substancial, pressupõe uma confusão patrimonial entre o ativo e o passivo da SPE e da incorporadora. Em outras palavras, não é possível que o patrimônio de afetação seja contaminado por outras relações estabelecidas pelas sociedades do grupo econômico.

As conclusões afirmadas neste estudo, podem ser resumidas conforme a Figura 1 abaixo:

Figura 1 – Conclusões



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Diante dessas constatações, conclui-se que a resposta ao problema inicialmente posto encontrou respaldo e validação na pesquisa efetuada, sendo possível afirmar que a sociedade de propósito específico atuante na incorporação imobiliária, com ou sem patrimônio de afetação, integrante de grupo econômico, poderá ser compatível com o instituto da recuperação judicial, em consolidação processual e/ou substancial, mas a depender da análise minuciosa de cada caso, de acordo com os parâmetros apontados no presente estudo.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hercules. **Curso de Direito Imobiliário**. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

ALTMAN, Edward. **Financial ratios, discriminant analysis and the prediction of corporate bankruptcy**. The Journal of Finance, v. 23, n. 4, 1968, p. 589-609. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2978933>. Acesso em 09 jun. 2022.

AMARAL, Fernanda Costa Neves do. **O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a recuperação judicial e a consolidação substancial**. Dissertação de Mestrado, PUC-SP. 2021. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24863/1/Fernanda%20Costa%20Neves%20do%20Amaral.pdf>. Acesso em 28 dez. 2022.

AMARAL, Fernanda Costa Neves do. A recuperação judicial da sociedade de propósito específico imobiliária. In: **Direito imobiliário e urbanístico: temas atuais**. Iduaiatuba/SP: Editora Foco, 2019.

AMARAL FILHO, José Vicente. Proteção ao adquirente no patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias. In: Faria, Renato, V. e Moraes e Castro, Leonardo Freitas de. **Operações imobiliárias: estruturação e tributação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ANGELICI, Carlo. **Diritto commerciale**. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 224.

ASQUINI, Alberto. **Perfis da Empresa**. Trad. de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 104, p. 104-126, out./dez 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4651682/mod_folder/content/0/ASQUINI%20Alberto.%20Perfis%20da%20empresa.%20Revista%20de%20direito%20mercantil%20industrial%20econ%C3%B4mico%20e%20financeiro.%20S%C3%A3o%20Paulo%20n.%20104%20p.%20109-126%20outdez%201996.%20Tradu%C3%A7%C3%A3o%20de%20F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato.%20Profili%20dell%E2%80%99impresa.%20Rivista%20del%20Diri.pdf?force_download=1. Acesso em: 14 fev. 2022.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Incorporação Imobiliária. In AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Direito Imobiliário: Escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. São Paulo: Editora Altas, 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Banco Central do Brasil, 2022. Empréstimos e Financiamentos. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/tiposemprestimo>. Acesso em: 27 jul. 2022.

BARALDI, Paulo. **Gerenciamento de riscos empresarial**. Timburí/SP: Editora Cia do Ebook, 2018.

BEAVER, Willian. **Financial ratios as predictor of failure**. Journal of Accounting Research, 1966, p. 71-111. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2490171>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BERNIER, Joice Ruiz. **Administrador Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino *et al.* **Recuperação empresarial e falência**.
Coordenação: Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Câmara Legislativa. **Decreto nº 917, de 24 de Outubro de 1890**. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-917-24-outubro-1890-518109-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL, **Decreto n. 5.481, de 25 de junho de 1928**. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5481-1928.htm Acesso em 30 out. 2022.

BRASIL, **Instrução Normativa RFB n. 1.435 de 30 de dezembro de 2013**. Disponível em:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=48915&visao=anotado>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL, **Lei n. 10.214, de 27 de março de 2001**. Dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110214.htm Acesso em 30 out. 2022.

BRASIL, **Lei n. 10.406 de janeiro de 2002, Código Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL, **Lei n. 10.931 de 02 agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL, **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL, **Lei n. 12.844, de 19 de julho de 2013**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112844.htm Acesso em 30 out. 2022.

BRASIL, **Lei n. 13.970 de 26 de dezembro de 2019**. Altera a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, e a Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009, que dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado às receitas mensais auferidas pelas empresas construtoras nos contratos de construção de moradias firmados no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV). Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13970.htm. Acesso em: 30 out 2022.

BRASIL, **Lei n. 4.591, de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, 21 dez. 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em 08 ago 2022

BRASIL, **Lei n. 9.514 de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 31dez. 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 11 fev. 2023.

BRASIL, **Lei Nº 556 DE 25 de junho de 1850**. Carta de lei, pela qual v. m. i. manda executar o decreto d'assembléa geral, que houve por bem sancionar, sobre o código commercial do império do brasil, na fôrma acima declarada. Registrada a folhas 8 do Livro 1º das Leis e Resoluções. Secretaria d'Estado dos Negocios da Justiça 1º de Julho de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM556compilado.htm Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL, **Medida Provisória n. 2.221, de 4 de setembro de 2001**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2221.htm Acesso em 30 ago. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Parecer referente ao Projeto de Lei n. 71 de 2003**. Relator Senador Ramez Tebet, 2003, p. 10. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3499286&disposition=inline>. Acesso em: 25 jan. 2022

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 11 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.626.184/MT**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 1/9/2020, DJe de 4/9/2020, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **RECURSO ESPECIAL Nº 1.665.042 – RS**. Julgado em 25 de junho de 2019, 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700742275&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **AgInt no TP n. 3.654/RS**. relator Ministro Raul Araújo, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 8/4/2022, 2022a.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **Quarta Turma restabelece liminar para que associações civis prossigam na recuperação judicial**. STJ, 25.03.2022, 2022b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25032022-Quarta-Turma-restabelece-liminar-para-que-associacoes-civis-prossigam-na-recuperacao-judicial.aspx>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.973.180/SP (2021/0358574-2)**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 25/5/2022, 2022c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-veta-recuperacao-judicial.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.958.062/RJ**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 29/11/2022, 2022d. Disponível em: <https://conjur.com.br/dl/stj-exclui-spe-patrimonio-afetacao.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. VIII**. 7. ed. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CAZETTA, Camila Cortez. **Os limites da apuração de haveres nas sociedades de propósito específico voltadas à incorporação imobiliária**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo (FGV-SP), 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/31192/Camila%20Cortez%20Cazetta%20-%20Os%20Limites%20da%20Apura%20%C3%A7%C3%A3o%20de%20Haveres%20das%20SPEs%20voltadas%20%C3%A0%20incorpora%20%C3%A7%C3%A3o%20imobili%C3%A1ria.VF2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CEREZETTI, Sheila Cristina Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações – O princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. **Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Parecer juntado aos autos da recuperação judicial n. 1103236-83.2016.8.26.0100 (TJSP), fl. 5.134, outubro de 2016.

CEREZETTI, Sheila C. Neder; SATIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial: resultados de pesquisa empírica sobre a recuperação judicial de grupos empresariais. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 131, p. 216-223, out. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais?channel=doi&linkId=5853ebb608ae95fd8e1ff414&showFulltext=true. Acesso em: 01 set. 2022

CHALHUB, Melhim N. **Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, a. 25, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**. Enunciado n. 628, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Comercial. Publicado em: 11-06-2019. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf/view. Acesso em: 28 jul. 2021.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento das empresas em crise**. Orientador Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. 2012. Dissertação (Mestrado) – Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos Societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ESTADÃO. **Distratos agravam a crise no setor imobiliário**. Abril/2017. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/opiniao/distratos-agravam-a-crise-no-setor-imobiliario/>. Acesso em: 30 dez. 2022.

FERNANDES, Melina Martins Melo. **Consolidação processual e substancial na recuperação judicial**. Dissertação de Mestrado, PUC-SP. Orientador: Ivo Waisberg, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/29594/1/Melina%20Martins%20Merlo%20FERNANDES.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

RODRIGUES FILHO, João de Oliveira. Reflexões sobre recuperação judicial de sociedades de propósito específico e de patrimônios de afetação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). **Processo Societário – Volume III**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GARELLA, Mario. Il concordato stragiudiziale: strategie e metodi per il risanamento dell'impresa. Napoli: Sistema Editoriali, 2003.

GODOY, Luciano de Souza; SERAFIM, Tatiana Flores Gaspar. O processo de recuperação judicial testa a eficácia do patrimônio de afetação. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 6/2017, out./dez. 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis; PAOLA, Leonardo Sperb de. **Manual Jurídico da Construção Civil**. Curitiba: Íthala, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GUIMARÃES, Leonardo. **A SPE – Sociedade de propósito específico**. Revista de Direito Mercantil, n. 125, jan./mar. 2002.

HENRIQUES, Sérgio Coimbra. A crise empresarial enquanto situação de pré-insolvência: em particular, a sociedade comercial de responsabilidade limitada em situação de pré-insolvência e os deveres dos administradores. (Tese de Doutorado). Coimbra: Almedina, 2021.

HERMANN, Charles F. **Some consequences of crisis which limit the viability of organizations**. Administrative Science Quarterly, n. 8, 1963, p. 63-64. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/2390887>. Acesso em: 22 fev. 2022.

International Bank for Reconstruction and Development. **World Development Report**. Washington, DC, 2022. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36883/9781464817304.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ISTO É. Ômicron afeta cadeia de suprimentos e força empresas a rever estratégias. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/omicron-afeta-cadeia-de-suprimentos-e-forca-empresas-a-rever-estrategias/>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

JUNIOR, Policarpo; PATURY, Felipe; SIMONETTI, Eliana. A usina de falcatruas da Encol. **Revista Veja**. São Paulo, 27 de agosto de 1997, p. 26-33. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/183652/000525327.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 dez. 2022.

KATAKOA, Eduardo Takemi. **A recuperação judicial e o patrimônio de afetação**. Revista dos Tribunais Rio de Janeiro, v. 6, jul/ago, 2014.

KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: Governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-03062011-104905/publico/Tese_doutorado_Deborah_Kirschbaum.pdf. Acesso em: 05 set. 2022.

LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões**. São Paulo: BEI Comunicação, 2018.

MARTINS, Pedro Aguileras. **A consolidação substancial: análise da jurisprudência do TJSP e considerações sobre a aplicação da técnica a partir do art. 69-J da Lei 11.101/2005**. Dissertação de Mestrado – FGV-SP. Orientadora: Mariana Pargendler, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/31829/Dissertac%cc%a7a%cc%83o%20de%20Mestrado%20Pedro%20Aguileras%20Martins%20-Protocolo%20Vers%3%a3o%20Final%20%20%28com%20ficha%20catalogr%3%a1ficha%29.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MIRANDA, Claudio Luiz de; DI BIASE, Nicholas Furlan. **A recuperação judicial de incorporadoras imobiliárias à luz do regime do patrimônio de afetação**. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 4/2017, abr./jun. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MOTA, Jéssica Cristina Coitinho. **Da importância jurídica do regime da afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias**. **Revista de Direito Imobiliário**, vol. 82/2017, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/39612890/DA_IMPORT%C3%82NCIA_JUR%C3%8DDICA_D_O_REGIME_DA_AFETA%C3%87%C3%83O_PATRIMONIAL_NAS_INCORPORA%C3%87%C3%95ES_IMOBILI%C3%81RIAS. Acesso em: 25 out. 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial – vol. 1: teoria geral da empresa e direito societário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

OLIVEIRA, Rodrigo Reis Ferreira de. **Estruturação de negócio imobiliário no Brasil por meio de sociedade de propósito específico: análise prática e impactos fiscais**. In: Faria, Renato, V. e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. **Operações imobiliárias: estruturação e tributação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

PARGENDLER, Mariana. **How universal is the corporate form? Reflections on the dwindling of Corporation attributes in Brazil**. Fevereiro 20, 2018, p. 8-10. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=43112308111907300811200401910810206901601705008106503909009400909112311508600410802210709601700202912703706700400>

[6125090025120060009044029035098082030003092117106029047077003112002089070072123025120088080002019074024012019068127001110093025126100088&EXT=pdf&INDEX=TRUE](https://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A033.pdf). Acesso em: 03 ago. 2022.

PEREIRA, Ana Paula Menezes; SEABRA, Fernando. Crises cambiais e bancárias na década de 1990: uma análise de painel aplicada a mercados emergentes. In: **ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA**, 32., João Pessoa, 2004. Anais... João Pessoa: ANPEC, 2004. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A033.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2022.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

PETRECHEN, Lígia Caram. **O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico nas Incorporações Imobiliárias**. Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://poli-integra.poli.usp.br/monografia/o-patrimonio-de-afetacao-e-a-sociedade-de-proposito-especifico-nas-incorporacoes-imobiliarias/>. Acesso em 20 out. 2022.

PRADO, Viviane Müller. **Grupos Societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 005-028, Jun-Dez, 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2022.

PRADO, Viviane Muller; TRANCOSO, Maria Clara. Grupos de empresas na jurisprudência do STJ. **Direito FGV (Working Paper)**, nov. 2007, p. 5. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2771/WP1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2022.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Estatuto dogmático do direito comercial. In: **Tratado de Direito Comercial, vol. 1: introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades**. Fabio Ulhoa Coelho (Coord). São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RAMOS, André Santa Cruz. **Direito Empresarial: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMOS, André Santa Cruz. **Manual de direito empresarial – Volume Único**. São Paulo: JusPodiym, 2022.

REQUIÃO, Rubens. **A Crise do Direito Falimentar Brasileiro – Reforma da Lei de Falências**. Revista de Direito Mercantil, vol. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758736/Rubens_Requiao.pdf. Acesso em: 12 mai. 2022.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar, v. 1**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial - vol. I**. São Paulo: Saraiva, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial – v.2.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis.** Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, ano 20, n. 50, p. 93-104, julho-agosto/2019. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n50_05_os_direitos_compromissario.pdf?d=637104653068596791. Acesso em: 30 dez. 2022.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis.** Revista de Direito Bancário de do Mercado de Capitais, vol. 76, ano 20, p. 173-193. São Paulo: RT, abr-jun, 2017.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022a.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de Direito Empresarial.** 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b.

SALDANHA, Vitor Maimone. Por uma (tentativa de) proposta de identificação do momento ideal do pedido de recuperação judicial: como a inteligência artificial pode(rá) maximizar o princípio da preservação da empresa. In: **Direito Societário e Recuperação de Empresas: estudos de jurimetria.** Coordenação: Marcelo Barbosa Sacramone, Marcelo Guedes Nunes. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). **Apelação Sem Revisão 9184284-78.2009.8.26.0000.** Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais; Foro de Itu - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 09/06/2009; Data de Registro: 25/06/2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento 2094999-86.2015.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 31/08/2015; Data de Registro: 22/09/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento 2041618-32.2016.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 31/10/2016; Data de Registro: 09/12/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento 2248169-44.2016.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de

Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 31/05/2017; Data de Registro: 01/06/2017a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento 2007654-14.2017.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 12/06/2017; Data de Registro: 20/06/2017b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Agravo de Instrumento 2023264-85.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 10/09/2018; Data de Registro: 14/09/2018, fl. 23.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falências: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil (processo de conhecimento)** Porto Alegre: Fabris, 1996.

SKEEL, David A. **Debt's dominion: a history of bankruptcy law in America**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2001.

SOARES, Renan Tadeu de Souza. **Patrimônio de afetação em recuperação judicial e falência do incorporador imobiliário**. Dissertação de Mestrado, FGV-SP, 2019. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27354/PATRIM%C3%94NIO%20DE%20AFETA%C3%87%C3%83O%20EM%20RECUPERA%C3%87%C3%83O%20JUDICIAL%20E%20FAL%C3%84NCIA%20DO%20INCORPORADOR%20IMOBILI%C3%81RIO%20-%20RENAN%20SOARES%20VF.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2022.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Parecer jurídico proferido nos autos da Recuperação Judicial da Construtora e Incorporadora Atlântica Ltda. Processo n. 1132473-02.2015.8.26.0100, fls. 5.181-5.185, 2016.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008.

TAVEIRA, Bruno Henrique Tenório. **Incorporação imobiliária: realização do direito fundamental à moradia**. Dissertação (mestrado), UFMG. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRS-BCDHTF/1/dissertacao_ufmg_incorporacao_imobiliaria_vers_o_imprensa.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

TOMAZATTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Falência e recuperação de empresas – Vol. 3. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

UNCITRAL, *Homepage*. Disponível em: <https://uncitral.un.org/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

UNCITRAL, **Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency**. Viena: United Nations, 2012, p. 2. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf Acesso em: 30 nov. 2022

VALOR ECONÔMICO, Talita Moreira. **Seletivos, bancos limitam crédito a incorporadoras**. Julho/2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/5639095/seletivos-bancos-limitam-credito-incorporadoras>. Acesso em: 30 dez. 2022.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.