



Registro: 2017.0000433881

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2218060-47.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, são agravados INPAR PROJETO 112 SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL RIO CLARO VILLAGE SPE 67 LTDA., INPAR PROJETO 84 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO VIVER CASTANHEIRA SPE 85 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL VIVER ANANINDEUA SPE 40 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL SPORTS GARDEN BATISTA CAMPOS SPE 61 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL MARINE HOME RESORT SPE 66 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO SPE 65 LTDA., INPAR PROJETO 109 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO SPE 103 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL ZONA SUL SPE 62 LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO CONDOMÍNIO PARK PLAZA SPE 52 LTDA, PROJETO IMOBILIÁRIO CANOAS HAPPINESS SPE 72 LTDA., INPAR PROJETO WAVE SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL QUATRO ESTAÇÕES LTDA, INPAR PROJETO RESIDENCIAL GRAND JARDINS SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL SPORTS GARDEN LESTE SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL ESPORTE & VIDA CONDOMÍNIO GRAVATAÍ SPE 53 LTDA, INPAR PROJETO 50 SPE LTDA., VIVER DESENVOLVIMENTO E CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA SPE 141 LTDA., INPAR PROJETO 77 SPE LTDA., INPAR PROJETO 79 SPE LTDA., INPAR PROJETO 76 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL VIVER RESERVA SPE 127 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VENÂNCIO ALVES SPE LTDA., JMT PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA LTDA, INPAR PROJETO UNIQUE SPE 93 LTDA., INPAR PROJETO SAMOA SPE 75 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VON SCHILGEN SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VIVER MORUMBI SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VIVER MOOCA SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VINHEDO SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL CONDOMÍNIO WELLNESS RESORT SPE 42 LTDA., INPAR PROJETO 126 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIÁRIO SPE 46 SPE LTDA., INPAR PROJETO 71 SPE LTDA, PROJETO IMOBILIÁRIO ALTOS DO UMARIZAL SPE 64 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL CALÓGERO CALIA SPE LTDA., INPAR PROJETO LAGOA DOS INGLESES SPE LTDA., INPAR INVESTIMENTOS II S.A., PROJETO IMOBILIÁRIO BARRA BALI SPE 99 LTDA., PLARCON INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS S.A., VIVER DESENVOLVIMENTO E CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA., VIVER DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA, VIVER EMPREENDIMENTOS LTDA., VIVER PARTICIPAÇÕES LTDA., INPAR ASSOCIADOS LTDA., VIVER INCORPORADORA E CONSTRUTORA S/A, INPAR PROJETO RESIDENCIAL CONDOMÍNIO EREDITÁ SPE LTDA., INPAR PROJETO 87 SPE LTDA, INPAR PROJETO 116 SPE, INPAR PROJETO 113 SPE LTDA., INPAR PROJETO 111 SPE LTDA, INPAR PROJETO 108 SPE LTDA., INPAR PROJETO 105 SPE LTDA, INPAR PROJETO 90 SPE LTDA, PROJETO IMOBILIÁRIO RESIDENCIAL LÍNEA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SPE 96 LTDA., INPAR PROJETO 86 SPA LTDA, INPAR LEGACY EMPREENDIMENTOS LTDA, INPAR PROJETO VIVER BOSQUE SJP SPE 91 LTDA., INPAR PROJETO 94 SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL NOVA LIMA SPE LTDA, INPAR PROJETO 45 SPE LTDA. e INPAR PROJETO 44 SPE LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V. U. Declara voto convergente o 2º desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), CLAUDIO GODOY E ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 12 de junho de 2017.

Fabio Tabosa
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica



Agravante: Banco Santander (Brasil) S/A.

Agravadas: Inpar Projeto 112 SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Rio Claro Village SPE 67 Ltda., Inpar Projeto 84 SPE Ltda., Projeto Imobiliário Viver Castanheira SPE 85 Ltda., Projeto Residencial Viver Ananindeua SPE 40 Ltda., Projeto Residencial Sports Garden Batista Campos SPE 61 Ltda., Projeto Residencial Marine Home Resort SPE 66 Ltda., Projeto Imobiliário SPE 65 Ltda., Inpar Projeto Residencial Sports Garden Leste SPE Ltda., Inpar Projeto 109 SPE Ltda., Projeto Imobiliário SPE 103 Ltda., Projeto Imobiliário Residencial Zona Sul SPE 62 Ltda., Projeto Imobiliário Condomínio Park Plaza SPE 52 Ltda., Projeto Imobiliário Canoas HaDppiness SPE 72 Ltda., Inpar Projeto Wave SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Quatro Estações Ltda., Inpar Projeto Residencial Grand Jardins SPE Ltda., Projeto Imobiliário Residencial Esporte & Vida Condomínio Gravataí SPE 53 Ltda., Inpar Projeto 50 SPE Ltda., Viver Desenvolvimento e Construção Imobiliária SPE 141 Ltda., Inpar Projeto 77 SPE Ltda., Inpar Projeto 79 SPE Ltda., Inpar Projeto 76 SPE Ltda., Projeto Imobiliário Residencial Viver Reserva SPE 127 Ltda., Inpar Projeto Residencial Venâncio Alves SPE Ltda., JMT Propriedade Imobiliária Ltda., Inpar Projeto Unique SPE 93 Ltda., Inpar Projeto Samoa SPE 75 Ltda., Inpar Projeto Residencial Von Schilgen SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Viver Morumbi SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Viver Mooca SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Vinhedo SPE Ltda., Viver Incorporadora e Construtora S/A., Inpar Investimentos II S/A., Projeto Imobiliário Barra Bali SPE 99 Ltda., Projeto Imobiliário SPE 46 SPE Ltda., Inpar Projeto 71 SPE Ltda., Projeto Imobiliário Altos do Umarizal SPE 64 Ltda., Inpar Projeto Residencial Calógero Calia SPE Ltda., Inpar Projeto Lagoa dos Ingleses SPE Ltda., Projeto Imobiliário Residencial Línea SPE 96 Ltda., Inpar Projeto 126 SPE Ltda., Plarcon Incorporações Imobiliárias S/A., Viver Desenvolvimento e Construção Imobiliária Ltda., Viver Desenvolvimento Imobiliário Ltda., Viver Empreendimentos Ltda., Viver Participações Ltda., Inpar Associados Ltda., Inpar Projeto Residencial Condomínio Wellness Resort SPE 42 Ltda., Inpar Projeto 90 SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Condomínio Ereditá SPE Ltda., Inpar Projeto 116 SPE Ltda.,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inpar Projeto 113 SPE Ltda., Inpar Projeto 111 SPE Ltda., Inpar Projeto 108 SPE Ltda., Inpar Projeto 105 SPE Ltda., Inpar Projeto 44 SPE Ltda., Inpar Projeto 87 SPE Ltda., Inpar Projeto 86 SPE Ltda., Inpar Legacy Empreendimentos Ltda., Inpar Projeto Viver Bosque SIP SPE 91 Ltda., Inpar Projeto 94 SPE Ltda., Inpar Projeto Residencial Nova Lima SPE Ltda. e Inpar Projeto 45 SPE Ltda. (todas em recuperação judicial)

Ag. Inst. nº 2218060-47.2016.8.26.0000 – 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital

Voto nº 11.746

Recuperação judicial. Requerimento em conjunto por diversas empresas alegadamente integrantes de um mesmo grupo econômico. Deferimento, sem consideração da situação individual de cada postulante, com posterior deliberação, em subsequente decisão, acerca da consolidação substancial, da qual excluídas determinadas empresas. Sociedades do ramo imobiliário, especializadas em incorporações imobiliárias. Limitação, por força da Lei nº 4.591/64, da autonomia do incorporador no tocante à deliberação acerca do destino da incorporação em caso de crise. Recuperação judicial incompatível com as SPEs com patrimônio de afetação. Necessidade, contudo, mesmo quanto àquelas sem essa garantia, de se verificar o andamento da obra. Impossibilidade de requerimento pelo incorporadora sem anuência dos adquirentes, mediante renúncia à faculdade de prosseguimento por si mesmos da obra. Descabimento, mesmo para as SPEs com obras concluídas e sem patrimônio de afetação, de consolidação substancial no tocante a outras SPEs, com mescla de patrimônios e credores. Decisão agravada reformada, nessa parte, para que se defina em particular quais, à luz dos parâmetros fornecidos, as SPEs com condições de pleitear recuperação judicial, que deverão apresentar planos individualizados, votados pelos próprios credores. Consolidação substancial possível, e mediante adequada justificativa, apenas entre as controladoras, se o caso. Agravo parcialmente provido nessa parte.

Recuperação judicial. *Stay period*. Lapso de 180 dias do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, de natureza material, de modo que a sua contagem deve se dar em dias corridos. Inaplicabilidade da forma de contagem em dias úteis instituída no art. 219 do CPC/15. Impossibilidade de se ignorar casuisticamente o critério técnico-operacional da lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

geral em nome da consecução de duvidoso interesse da Lei nº 11.101/2005 em prolongar o período de reorganização da devedora previamente à discussão do plano. Decisão agravada, que determinou a recontagem do prazo por tal critério, reformada. Agravo de instrumento provido nessa parte.

VISTOS.

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão proferida a fls. 3.868/3.875 dos autos principais, que dentre outras coisas deferiu o processamento da recuperação judicial das sociedades empresárias agravadas, integrantes do Grupo Viver, com determinação de contagem do prazo do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, em dias úteis, à luz do Código de Processo Civil de 2015.

Insurge-se o credor Banco Santander (Brasil) S/A. Alega ser impossível deferir a extensão da recuperação judicial a todas as empresas do grupo sem a realização de perícia prévia para a situação de cada uma e a verificação da necessidade de consolidação substancial. Pondera que há, dentre as requerentes, empresas perfeitamente saudáveis, como por exemplo a Inpar Projeto Residencial Nova Lima STE Ltda., que teria enorme potencial de geração de receitas e que em 2016, por exemplo, teria registrado lucro da ordem de R\$ 10 milhões. Aponta a necessidade de manifestação quanto à situação substancial de cada empresa previamente ao deferimento da recuperação, tendo a r. decisão agravada invertido essa lógica e com isso afrontado os arts. 47 e 51, I, da Lei nº 11.101/2005. Por outro lado, afirma ter sido indevidamente determinada a contagem do prazo do *stay period* (art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005) em dias úteis, por força do art. 219, *caput*, do novo CPC, quando na verdade o prazo em questão seria material, não processual, e portanto deveria seguir sendo contado pelo critério de dias corridos, à luz do disposto no parágrafo único desse mesmo art. 219. Bate-se, em conclusão, pela decretação da nulidade da r. decisão agravada, que teria procedido de forma ilógica ao deferir a recuperação judicial de todas as empresas antes de resolver acerca da possibilidade de consolidação substancial; subsidiariamente, pede a determinação de realização de perícia prévia de modo a se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apurar a situação patrimonial de todas as SPEs, especialmente para a verificação da viabilidade da recuperação judicial no tocante às SPEs com patrimônio de afetação, ou que não estejam em situação de crise financeira. Ainda subsidiariamente requer a reforma da r. decisão agravada, no sentido de se determinar a contagem do *stay period* em dias corridos, não em dias úteis como previsto pelo MM. Juízo *a quo*.

Deferiu-se o processamento como agravo de instrumento (fls. 193/195), denegando-se o efeito suspensivo pleiteado e dispensando-se outrossim a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*.

O recurso, que é tempestivo, veio instruído com as peças obrigatórias e acompanhado do comprovante de recolhimento do preparo, manifestando-se as agravadas em contrarrazões a fls. 364/384; a Administradora Judicial e a douta Procuradoria de Justiça manifestaram-se, ambas, pelo desprovimento do agravo (cf. fls. 480/487 e 492/493).

É o relatório.

Prospera em parte o inconformismo.

Não há que se falar propriamente em nulidade da r. decisão agravada sob a ótica de suposta inversão da ordem lógica no tocante aos aspectos relacionados ao pedido de processamento conjunto da recuperação judicial das empresas do Grupo Viver. Alega isso o agravante porque entende que primeiro deveria ter sido analisada a possibilidade de consolidação substancial entre as empresas requerentes, inclusive com verificação da real situação patrimonial de cada qual, para apenas então ser deferido o litisconsórcio ativo, vale dizer, o processamento conjunto da recuperação judicial.

Não é assim, entretanto. Do ponto de vista formal, antes de mais nada, não se poderia dizer aí, mesmo se se tomasse como pressuposto a quebra de certo encadeamento lógico de matérias por enfrentar, que houvesse propriamente uma nulidade processual, associável a um *error in procedendo*. A verificação de quais questões devam ser sucessivamente resolvidas, tendo em vista a pertinência ou não da recuperação e de outra parte a forma como deva ela ser promovida em relação a cada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

um dos postulantes individuais, não obedece a uma ordem formal rígida e de outra parte tem uma forte conotação substancial, podendo-se a propósito afirmar que a questão se entrose com certa parcela do próprio mérito da recuperação, cumprindo seja analisada assim sob a ótica do critério decisório, da correta ou incorreta aplicação do direito à espécie, e não propriamente como possível vício formal.

De toda forma, não se positivou inversão, não ao menos nos termos em que apresenta o agravante o problema.

Parte ele da premissa de que primeiro seria preciso definir se possível ou não a consolidação substancial para depois se deliberar a propósito do cabimento da recuperação em relação a cada empresa, já que, eventualmente negativa a primeira resposta, não poderia ser acolhido o processamento quanto a empresas sem crise financeira. Portanto, considera que em tese essas mesmas empresas poderiam compor o conjunto de recuperandas, desde que num ambiente de consolidação substancial.

Há aí entretanto um primeiro equívoco, ao menos sob a ótica deste Relator. A rigor, não há porque admitir, mesmo para efeito de consolidação substancial, que venham a obter o benefício devedores que dele não necessitem, ostentando condição financeira sólida. A consolidação substancial, com todas as suas implicações e também por constituir na essência grave interferência na conformação subjetiva e objetiva das relações obrigacionais, é algo que se deve considerar com extrema parcimônia, reservando-se para hipóteses excepcionais, e ainda assim com relação a sociedades empresárias que, cada uma de per si, demonstre necessitar da recuperação para a superação de situação de crise financeira.

A par disso, é preciso ter em mente o efetivo significado das chamadas consolidações processual e substancial.

Por *consolidação processual*, expressão muito a gosto de parte da doutrina recuperacional mas na verdade desprovida de grande relevância conceitual, entende-se o simples fato do litisconsórcio ativo, vale dizer, da formulação do pedido de recuperação judicial por diversas empresas a um só tempo. E a primeira e fundamental questão a resolver em torno da possibilidade de recuperações conjuntas, sob uma mesma base processual, é a verificação da existência de um grupo econômico, de direito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou de fato, visto ser essa a justificativa básica para dita *consolidação*.

Reconhecida que seja a formação do grupo, cumpre sejam verificados os requisitos individuais ao processamento, aqui sob a ótica dos pressupostos formais previstos em lei (instrução adequada do pedido e ausência de impedimentos ao pedido de recuperação), bem como analisada a *necessidade* da recuperação quanto a cada qual (o que já é um aspecto de ordem substancial), sendo pois nesse momento inicial que se aprecia, a rigor, a situação econômica da empresa (com a perfeita ciência de que não cabe ao Juízo analisar a viabilidade econômica do devedor, mas também do que isso signifique: descabe a rigor o exame das chances de sobrevivência, o que se defere aos credores, não, em contrapartida, a verificação da seriedade do pedido, sob perspectiva inversa).

Num segundo momento lógico (eventualmente contemplado por uma única decisão) é que, assentada a possibilidade de recuperação, se deve definir em que termos deva ela se desenvolver no tocante aos planos.

E, aqui, importa destacar que a circunstância da formulação de requerimento conjunto não significa, em absoluto, a inexorabilidade de consolidação substancial. Aliás, não implica sequer a inevitabilidade da apresentação de um plano único: a rigor, existe a possibilidade de os diversos devedores atuando em litisconsórcio compareçam a juízo em reunião apenas no interesse da economia de custos, acabando entretanto por formular planos totalmente distintos, com regras próprias e passíveis de votação até mesmo em ocasiões distintas.

Ainda que optem, todavia, pela elaboração de um plano *único*, uma outra distinção fundamental se põe como necessária.

Plano único, por várias empresas em recuperação, não é sinônimo, ainda uma vez, de consolidação substancial, cumprindo atentar para a distinção que se faz na doutrina entre plano *único* e plano *unitário*.

No primeiro caso, tem-se um plano *formalmente* uno, contemplado por um único documento e a ser apreciado em uma única assembleia; não se exclui, entretanto, que em seu bojo seja preservada a autonomia das sociedades devedoras e a segregação patrimonial fruto das respectivas personalidades jurídicas, com manutenção portanto da compartimentação das relações obrigacionais segundo sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pertinência subjetiva e a formulação de propostas de recuperação individualizadas (ainda que com regras eventualmente coincidentes entre todas quanto ao teor), a serem votadas em separado, pelos credores de cada recuperanda.

A consolidação substancial é portanto apenas o último degrau dessa escalada, hipótese em que o plano, além de único é também *unitário*, desconsiderando por completo a separação originária entre as empresas do grupo para, nesse particular, tratar as obrigações sujeitas ao plano como se de uma única empresa, passando todas portanto a responder perante todos os credores, com unificação ativa e passiva das relações obrigacionais. Além disso, a quebra da vinculação de cada relação jurídica a cada devedor individual faz também com que se unifique o *quórum* de votação, vindo a totalidade dos credores a ser tratada de forma única, independentemente da expressão que pudesse ter seu crédito em relação ao passivo do devedor original.

Vê-se, então, que não houve incoerência da r. decisão agravada estritamente quanto ao fato de ter acolhido o processamento da recuperação das diversas autoras antes de se pronunciar concretamente quanto à possibilidade de consolidação substancial, de modo que, nesse limite, a pretensão recursal não comporta acolhida. De outra parte, pode-se dizer que faleça ao agravante interesse de agir quanto ao pedido subsidiário de determinação de realização de perícia para avaliar a situação das recuperandas, visto que isso foi feito, na prática, pela própria decisão agravada (embora tenha aludido, no tocante ao relatório solicitado à Administradora Judicial, ao interesse direto de verificação da conveniência da consolidação substancial).

Como quer que seja, o questionamento posto no agravo acaba por ferir um outro ponto relevante, que é o da própria necessidade de definição, no momento em que defere o processamento da recuperação, do cabimento do benefício quanto a cada um dos requerentes em particular.

A esse propósito, pede-se licença para reproduzir, como parte desta fundamentação, as considerações feitas por este Relator ao ensejo de declaração de voto no julgamento de agravo de instrumento em torno da mesma matéria (AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000, j. 16/11/2015):

“Antes de mais nada, forçoso observar que o exame que se exige, no âmbito da recuperação judicial, acerca de possível litisconsórcio ativo, supera o modo pelo qual normalmente se perquire o tema da pluralidade de sujeitos nas relações processuais em geral, projetando-se, dadas as peculiaridades da recuperação, desde logo e decisivamente para o plano substancial.

Com efeito. Não se discute, por determinado ângulo, que a concepção legal e aplicação prática de muitos dos institutos processuais civis sofra influência do direito material; nem poderia ser diferente, dado o caráter instrumental do direito processual.

Isso, particularmente, se dá também no tocante ao litisconsórcio.

Como reconhecido por prestigiosa doutrina, a formação daquele, nas variadas situações em que admitida pelo legislador, tem em vista sobretudo a harmonização de julgados e a economia processual, ou seja, objetivos ditados por pura conveniência processual (Cândido Rangel Dinamarco, Litisconsórcio, p. 69, São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2009); o raciocínio, aplicável em tais termos mais propriamente às hipóteses de litisconsórcio facultativo, não perde de vista, de toda forma, a circunstância de ser essa conveniência, assim como as vantagens imaginadas em termos de economia, praticidade e uniformidade, inspiradas sobretudo por aspectos extraídos do plano das relações materiais, como as peculiares ligações entre as situações individuais, refletidas no rol do art. 46 do Código de Processo Civil vigente.

Por seu turno, quando se cuida da figura do litisconsórcio necessário (CPC, art. 47), não é mais a rigor de pura conveniência que se trata, mas da imperatividade do litisconsórcio, seja por exigência legal, seja por peculiaridades da relação substancial controvertida que determinem, como condição de eficácia e legitimação da decisão a ser proferida, a presença compulsória de determinados sujeitos na relação processual, de forma a se lhes facultar o contraditório e a sujeitá-los ao

provimento a ser emitido com preservação da garantia do devido processo legal; novamente, de todo modo, a inspiração da solução processual alvitada emerge como visto de características advindas da relação material litigiosa e da maneira como possa ela vir a ser afetada pela decisão a ser proferida.

Em uma ou outra situação, todavia, é possível perceber que, se a previsão abstrata das hipóteses de litisconsórcio e o exame casuístico de sua admissibilidade são feitos com olhos no plano substancial, por outro lado a mera formação de litisconsórcio, num determinado processo, é algo que, objetivamente considerado, se passa no terreno estritamente processual e nele produz, num primeiro momento, consequências imediatas; o “retorno” ao direito substancial, com as possíveis repercussões sobre a esfera jurídica substancial dos litisconsortes, advirá da decisão final do processo de conhecimento ou do exaurimento quando o caso da tutela executiva.

Dito de outro modo, o litisconsórcio tomado em si mesmo, abstraída a causa de sua formação e os desdobramentos que possam advir do provimento final objeto daquele processo, é problema de técnica processual, indicando em última análise a singela composição subjetiva da relação processual e o modo de ser dos atos processuais, quanto certos aspectos, por força disso.

Mais ainda: o deferir-se o processamento em litisconsórcio não envolve, justamente por tal razão, qualquer provimento de ordem substancial no tocante aos litigantes.

Diferente é o que ocorre no tocante à recuperação judicial.

Dadas as peculiaridades desse instituto – que, não se duvida, é de índole substancial¹ – e as especificidades do processo judicial de rito especialíssimo destinado a dar-lhe operatividade, não se pode falar em

¹ Ou, como se sustenta majoritariamente na doutrina, de natureza contratual (v. AMADOR PAES DE ALMEIDA, Curso de Falência e Recuperação de Empresa, pp. 320/321, São Paulo:Saraiva, 27ª edição, 2013)

litisconsórcio ativo, nessa órbita, como evento singelamente relacionado à concorrência de mais de um sujeito na qualidade de postulantes do benefício.

Não havendo espaço para sentença de mérito nos moldes de um processo de conhecimento, e seguindo-se ao deferimento do processamento a apresentação e discussão do plano propriamente dito, cuja aprovação compete aos credores, pode-se dizer que a aceitação do litisconsórcio ativo já implique concretamente o deferimento de importante consequência vinculada ao direito material, qual seja, a admissão de uma recuperação conjunta de duas ou mais empresas, com entrelaçamento dos respectivos universos de relações jurídicas sujeitas à recuperação. E esse efeito, insista-se, está ligado à mera admissão do processamento.

Aliás, a propósito desse despacho de processamento, e conquanto seja evidente sua distinção para com a decisão de concessão da recuperação judicial, propriamente dita (art. 58), não prospera a visão excessivamente restritiva com que se analisa seu conteúdo, a ponto de a ele se referir a doutrina como irrecorrível em regra (Manoel Justino Bezerra Filho, Lei de Recuperação de Empresas e de Falência, p. 160, São Paulo:Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2013), ou pretender restrita a análise que nele se faz à verificação da correta instrução do pedido, na forma sugerida pelo art. 52 da Lei nº 11.101/2005.

O juiz verifica, certamente, a regular apresentação da documentação elencada no art. 51, sem a qual inviável o processamento da recuperação. Mas, a par disso, enfrenta também, desde logo, questões referentes às condições subjetivas para a obtenção do benefício e à própria necessidade desse, aspectos que, conquanto tendam a ser tratados sob ótica processualística, como se referentes à legitimação ativa e ao interesse processual, na verdade têm forte conexão para com o plano substancial, traduzindo em última análise a existência do próprio direito à obtenção do benefício da recuperação.

No tocante à “legitimação ativa”, assim, verifica se o pedido

vem feito pelo devedor ou por alguma das pessoas mencionadas no art. 48, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, e além disso se preenchido o requisito do caput desse dispositivo (mínimo de dois anos de atividade), bem como se ausentes as circunstâncias impeditivas dos incisos I a IV.

Fábio Ulhôa Coelho menciona também, como aspecto inerente à legitimação, o fato de se tratar de legitimado passivo para pedido de falência, lembrando com acerto que “somente quem está exposto ao risco de ter a falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial” (Curso de Direito Comercial – direito de empresa, p. 424, São Paulo: Saraiva, 14ª edição, 2013).

De todo modo, parece claro que sobretudo nas hipóteses do art. 48, mais do que legitimidade em sentido puramente processual (e do conceito de parte legítima), se está cogitando do preenchimento dos requisitos subjetivos ditados pelo próprio direito substancial para a obtenção do benefício da recuperação judicial, ainda que dependente a efetivação do resultado da concordância dos credores quanto ao plano.

Em igual perspectiva se acha a necessidade, em termos econômicos, da recuperação, passível de ser confundida com mero interesse processual para o pedido em juízo mas que vai além disso. O requerente da recuperação deve, na petição inicial, expor as “causas concretas da situação patrimonial” e as “razões da crise econômico-financeira” (art. 51, I), justificando assim a necessidade do benefício, fundamentalmente porque destinado esse aos devedores em crise econômico-financeira, como instrumento para a preservação da empresa e dos demais valores referidos no art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Evidentemente, a profundidade da crise e sua própria realidade poderão ser analisados mais eficazmente pelo Administrador Judicial e pelos credores, mas não há dúvida de que o juiz, apercebendo-se desde logo inexistir situação de tal ordem, bem como não ser a recuperação instrumento necessário ao cumprimento das obrigações e preservação da empresa, não deve deferir o processamento, pelo simples motivo de inexistir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aí causa jurídica legítima a motivar sequer o início do processo de recuperação, com todas as implicações que traz para os credores.

Fala-se por sinal, com frequência, não caber ao juiz, no despacho de processamento, analisar as chances de sobrevivência ou a viabilidade da empresa, mas em sentido inverso do ora tratado; não se está aqui abordando as chances de sucesso da recuperação com vistas a essa preservação, mas no extremo oposto a simples inexistência objetiva de razões para seu deferimento.

Parecerá estranho outrossim que, fora da perspectiva de abuso de direito ou de intuito fraudulento, venha quem quer que seja a lançar mão de pedido recuperacional, mas o fato é que também a esse aspecto deve estar atento o órgão jurisdicional, no resguardo da dignidade da Justiça, da ética processual e bem assim dos interesses legítimos de credores eventualmente atingidos por manobras dessa ordem.

Em suma, percebe-se que, contrariamente ao senso comum, a decisão de processamento da recuperação não tem o conteúdo meramente formal que se lhe atribui, envolvendo, diversamente, análise significativa de aspectos substanciais emergentes da fase postulatória do benefício e acabando por traduzir, ainda que implicitamente, um reconhecimento dos preenchimentos dos requisitos necessários à recuperação, subjetivamente e em relação à necessidade do benefício.

A rigor, pode-se dizer que a decisão atesta, do ponto de vista judicial, a existência de direito em tese à recuperação, sem que se apresente para o juiz outra oportunidade para deliberação sobre a matéria; admitido que seja o processamento, não havendo objeção de credores o juiz concederá a recuperação (art. 58, caput), ou, havendo, caberá aos credores deliberar sobre o plano em assembleia.

Quanto à deliberação dos credores, de resto, nem mesmo é possível dizer que somente aí se decida acerca do direito do devedor à recuperação. Os credores não deliberam sobre direito ou não, apenas concordam ou deixam de concordar com o plano, condição necessária à

sua implementação; o direito em tese à recuperação, insista-se, esse é considerado no despacho de processamento, sob a forma de verificação dos pressupostos legais, antes da fase de deliberação, o que se resolve depois é se se aceitam os termos pretendidos para a recuperação.

Retornando agora ao tema da pluralidade subjetiva, percebe-se que o conteúdo substancial implícito ao despacho de processamento, analisado nos parágrafos anteriores, fica neste caso ainda mais acentuado, pois não apenas se faz necessário analisar o preenchimento dos requisitos legais para cada um dos requerentes como, em adendo, impõe-se também observar se existente justificativa idônea para o processamento de recuperações conjuntas, com todas as implicações que traz para os credores, dado o entrelaçamento em tese do universo de relações jurídicas obrigacionais de cada um dos devedores.

Advirta-se aqui que não se entrará, nesta declaração de voto, no exame da inexorabilidade da apresentação de um plano recuperacional único, quando admitido o processamento de recuperações conjuntas (ou, se se preferir, em litisconsórcio ativo). Há efetivamente decisões nesse sentido (por exemplo, veja-se o AI nº 2178366-42.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. 9/12/2014); em contrapartida, em igualmente recente decisão, de cunho monocrático, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao deixar assentada a reserva com devem ser vistas hipóteses de pedidos conjuntos, ressaltou caber em tais casos deliberação separada pelos credores das respectivas sociedades, em cada classe, com possibilidade de aprovação do plano quanto a algumas das sociedades e rejeição quanto a outras – deliberação restrita, insista-se, aos credores de cada sociedade (Medida Cautelar nº 023282, Rel. Min. Raul Araújo, j. 18/11/2014).

Parece-nos mais acertada a segunda hipótese. Essa unidade, com a devida vênia, presta-se a abusos e a gerar graves distorções no tocante à situação dos credores de algumas das sociedades, por primeiro diluindo suas participações e prestando-se inclusive a comprometer a

legitimidade das deliberações assembleares, conforme venham tomadas, e depois, no plano da renegociação objetiva das obrigações, interferindo nas condições originárias dos negócios jurídicos por eles celebrados com as devedoras independentemente das particularidades da situação econômico-financeira efetivamente apresentada por cada uma delas).

Mas, por isso mesmo, apenas reforça nossa convicção em torno dos postulados aqui adotados, bem como a destacar a necessidade do exame atento da matéria de ordem prejudicial que vem a ser o próprio deferimento das recuperações conjuntas.

Concluem-se pois essas considerações de caráter geral, em torno do “litisconsórcio”, no sentido de reiterar que está ele, em recuperações judiciais, longe de se restringir a um tema de ordem processual pura, não bastando a acolher o processamento plurissubjetivo, com a devida vênia, considerações de ordem vaga e remota acerca de uma pretensa comunhão de interesses, como se se estivesse examinando a mera conveniência de um litisconsórcio facultativo sob o prisma formal.

É preciso, mais que isso, examinar detidamente as razões para o requerimento conjunto, bem como a situação individual de cada empresa requerente do benefício, atividade que diz com os pressupostos legais para a postulação e que portanto se deve fazer antes da aceitação do plano, sobretudo quando, como no caso parece ocorrer, não se traz justificativa convincente para tanto.”

Pois bem, no caso em exame o MM. Juiz não procedeu a essa análise ao ensejo da decisão agravada. Deferiu o processamento conjunto ante o argumento genérico das autoras de que formariam um grupo econômico e de que a solução da crise passaria pela apresentação de um plano conjunto; reconheceu a existência do grupo, ante a consideração de existência de diversas sociedades de propósito específico com obediência a um controle comum, e admitiu em princípio a necessidade, mesmos nesses casos, de os planos serem separados para cada empresa e votados por seus respectivos credores. Mas, tendo em vista, a existência de pedido de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consolidação substancial, determinou a elaboração de relatório pela Administradora Judicial, de modo a verificar a conveniência daquela, ao que se seguiu outra decisão, de fls. 10.838/10.846 dos autos principais, em que se deferiu a consolidação, exceção feita às sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação, às quais se impôs a apresentação de planos distintos (com admissão de todo modo da recuperação também quanto a elas).

Não se vê, portanto, em qualquer das duas decisões, análise das situações individuais, senão o acolhimento da recuperação, ante uma remissão genérica à crise vivida pelo grupo econômico. Como constou da segunda decisão, outrossim, a consolidação substancial se justificaria pelo fato de o grupo ser submetido ao controle único da *holding* Viver Incorporadora e Construtora S/A., com caixa único; além disso, seria possível vislumbrar a existência de garantias cruzadas entre várias sociedades do grupo no tocante a contratos bancários, administradores comuns e *transferência de recursos entre as sociedades, com atuação conjunta e confusão patrimonial*, de modo que a reestruturação de uma das empresas do grupo acabaria por depender da reestruturação das demais.

Percebe-se, então, que com exceção das SPEs com patrimônio de afetação, não houve consideração seja da situação financeira individual das demais SPEs responsáveis pelos empreendimentos, como também das características jurídicas dessas empresas, com apreciação do cabimento da recuperação judicial à luz de cada um desses fatores, em particular. Mesmo em relação às SPEs, é bom que se diga, não se examinou o tema da admissibilidade da recuperação, apenas o problema da forma (consolidação substancial ou não), restando pois tais matérias em aberto.

Adverte-se que no julgamento de agravo de instrumento interposto por outro credor, nesta mesma data (AI nº 2233772-85.2016.8.26.0000), foi dado provimento ao recurso para reconhecer que as SPEs com patrimônio de afetação não podem pedir recuperação judicial, de modo que quanto a elas o problema está superado, dispensando exame neste momento.

Mas, no tocante às outras SPEs, remanesce a necessidade de enfrentamento da matéria, até porque, necessário dizer, a condição jurídica dessas empresas e, mais que tudo, a natureza da atividade à qual dedicadas, incorporação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imobiliária, pede exame mais detido da possibilidade de recuperação também quanto a elas, que não se mostra ampla.

Como ponderado no julgamento do agravo supra referido, bem como no de outro recurso contra a mesma decisão, esse de iniciativa das recuperandas (AI nº 2007654-14.2017.8.26.0000), em princípio a recuperação é incompatível com a situação de todas as sociedades de propósito específico, exceção feita às com obras já concluídas.

Com efeito. Considerando a complexidade e as especialíssimas características da atividade, bem como atentando para a necessidade de dotar de mecanismos de proteção os adquirentes das unidades (de qualquer natureza, diga-se, não necessariamente residenciais, cf. o art. 1º, *caput*, mas com ainda maior ênfase para essas), a Lei nº 4.591/64 restringiu a autonomia do incorporador no tocante ao conjuntos dos adquirentes.

Assim é que, mesmo antes das modificações introduzidas pela Lei nº 10.931/2004, já se previa a possibilidade de reunião dos contratantes da construção em assembleia (art. 49), bem como a eleição de Comissão de Representantes (art. 50), com poderes fiscalizatórios (art. 55, §§ 3º e 4º, e 61), bem como, especificamente em situações de crise no tocante à situação financeira ou andamento da obra, a atribuição aos adquirentes poderes mais amplos, envolvendo a possibilidade de assunção do controle da incorporação, com destituição do incorporador, nos casos do art. 43, VI.

A reforma legal de 2004, com a introdução do capítulo e dispositivos referentes ao patrimônio de afetação (arts. 31-A a 31-F), intensificou a gama de atribuições dos adquirentes, permitindo-lhes, por meio da Comissão de Representantes, em caso de falência do incorporador, a deliberação entre prosseguir com a obra ou liquidá-la, mediante a venda do patrimônio de afetação, nos termos do arts. 31-F.

Mas não ficou por aí. Segundo o inciso VII do art. 43, também introduzido pela Lei nº 10.931/2004 e com função complementar ao inciso VI, em havendo patrimônio de afetação, a mera *insolvência* do incorporador autoriza a assembleia geral dos adquirentes a deliberar pelo prosseguimento da construção, sob sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administração, ou pela venda do terreno, acessões e demais bens e direitos do patrimônio afetado.

Se assim é, entretanto, a opção unilateral do incorporador pela formulação de pedido de recuperação judicial não pode ser visto como deliberação oponível aos adquirentes. Por primeiro, não é demais lembrar que a recuperação, perante eles, a rigor nem mesmo poderia produzir efeitos no tocante à obrigação precípua de cada compromisso de compra e venda, que é a de *entrega* das unidades negociadas (prestação de dar coisa, portanto), não débito pecuniário. Em segundo lugar, ainda se preservadas nominalmente as condições contratuais assumidas perante os adquirentes, não teria o incorporador autonomia para optar por solução que, envolvendo a inexorável alteração da forma de cumprimento das obrigações perante o conjunto dos fornecedores (aí incluído eventual financiador), além da disposição dos ativos do empreendimento, fatalmente acabaria por impactar sobre a obra, por vias indiretas atingindo as obrigações contratuais.

A lógica do sistema, enfim, é a de que, perdendo o incorporador as condições para a condução do empreendimento, assumam os próprios adquirentes, pelos organismos próprios, essa tarefa, seja pela destituição do primeiro (possível com ou sem patrimônio de afetação), seja pela alternativa mais radical de sua liquidação (exclusiva das obras com patrimônio afetado).

Mais ainda: mesmo no curso normal do empreendimento, e seja qual for o regime da incorporação, com ou sem patrimônio de afetação, a autonomia do incorporador perante os adquirentes não é ampla, estando claramente limitada pelo legislador, desde as origens da legislação ora considerada, como se pode notar pela previsão de atuação da assembleia dos credores ou pela Comissão de Representantes por essa nomeada.

Não se pode assim conceber que o incorporador contorne essa situação de sujeição e se imunize a um só tempo contra a falência (com todos os mecanismos de proteção ao conjunto dos adquirentes) e mesmo contra eventual impossibilidade de condução adequada da obra, impingindo aos adquirentes um regime de recuperação judicial capaz de obstar-lhes o exercício dessas prerrogativas.

Não é demais insistir, outrossim, na especial posição dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

adquirentes de unidade frente ao incorporador, bem como na complexidade do conjunto de relações emergentes da incorporação imobiliária. Se entre o incorporador e a instituição bancária financiadora, ou os fornecedores de materiais, ou os próprios trabalhadores da obra, há simples créditos pecuniários, em tese passíveis de alcance pelo deferimento de recuperação judicial do primeiro, o mesmo não se dá no tocante aos adquirentes de unidades.

No caso desses, o incorporador é *credor* de obrigações pecuniárias, sendo devedor, como já dito, de prestação de natureza diversa, por seu turno não alcançada pela recuperação, voltada fundamentalmente a créditos pecuniários. Assim sendo, nem mesmo haveria como incluir os adquirentes no plano, e tampouco teriam eles como interferir nas deliberações correspondentes, e naturalmente não se legitimaria a partir daí a adoção de soluções direta ou indiretamente capazes de afetar sua situação contratual.

O ilustre Prof. da USP Francisco Satiro, em parecer externado à vista da recuperação de outra empresa do ramo de incorporações, mas reproduzido nos autos principais, no qual aborda temas em tudo entrosados com o objeto da presente discussão, bem elucida esse quadro, enfatizando ser a recuperação “*modelo de negociação exclusivo entre devedor e alguns credores pecuniários*” e reforçando que os adquirentes “*não possuem crédito submetido, nem terão voz ou participação na recuperação judicial*” (fl. 5.181 dos autos da recuperação).

E prosseguindo, acaba o ilustre parecerista por vislumbrar uma verdadeira incompatibilidade entre o instituto da recuperação e as disposições da legislação sobre incorporações imobiliárias, em raciocínio que, conquanto desenvolvido naquele ponto do parecer para SPEs com patrimônio de afetação, pode e deve ser aplicado, no tocante a algumas das premissas consideradas, para a generalidade das incorporações:

“É nesse exato sentido que há incompatibilidade lógica entre as normas da Lei 4.591/64 e a Lei 11.101/2005. Pela Lei 11.101/2005, a recuperação judicial deve possibilitar a recuperação da empresa em crise porém viável, para o que coloca devedor e credores “em lados opostos da mesa” para negociar o melhor destino da empresa e de seu patrimônio. E dá aos credores, organizados em Assembleia e decidindo por maioria, o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

poder de aceitar ou não a proposta de solução feita pelo devedor através do plano. No caso do empreendimento realizado por SPE em regime de patrimônio de afetação, a lei confere não aos credores, mas aos adquirentes – também em assembleia e em regime de maioria – a prerrogativa de destinação dos bens que estão segregados como meio de garantia do imóvel adquirido. Eles podem escolher, inclusive, por terminar o empreendimento substituindo o incorporador.” (fl. 5.181).

Ora, ainda que a segregação patrimonial determinada pela constituição de uma SPE singela seja inferior à de um regime de afetação, o fato é mesmo no primeiro caso a limitação da autonomia do incorporador é evidente, visto que também aí conferidos poderes por lei aos adquirentes seja para a fiscalização da obra seja para deliberações que se façam necessárias quanto a seu destino, em caso de crise.

Sendo assim, pode-se dizer que, se não há obstáculo a que o incorporador em si mesmo postule o benefício, quanto a suas obrigações gerais, o mesmo não pode ser dito no tocante às sociedades de propósito específico constituídas para a condução de cada empreendimento em particular, sejam elas dotadas ou não de patrimônio de afetação, **não pelo menos até a conclusão das obras** e o cumprimento da obrigação de entrega das unidades aos adquirentes, quando restem pendentes apenas obrigações frente aos credores ordinários do empreendimento.

Em linha assemelhada, destaca-se texto inédito de Marcelo Sacramone, como segue:

“Como visto, a instituição do patrimônio de afetação submete as relações jurídicas celebradas em razão do empreendimento imobiliário a regime jurídico especial, incompatível com a recuperação judicial. Todavia, o incorporador imobiliário pode não afetar o patrimônio ao empreendimento, hipótese em que os credores, cujas obrigações foram contraídas em razão de determinada obra, seriam tratados, em princípio, em conjunto com os demais credores e garantidos com a eventual liquidação do patrimônio geral do devedor. Nessa hipótese de não instituição do patrimônio de afetação, uma crise econômico-financeira poderá acometer o incorporador imobiliário e prejudicar o desenvolvimento dos empreendimentos. De modo a garantir a manutenção da estrutura societária e a maior satisfação dos interesses da coletividade dos credores como um todo, poderia ser imposta ao empresário devedor a necessidade de renegociar as obrigações anteriormente contraídas, num ambiente institucional regulado, como o é a recuperação judicial. A despeito de ser anterior à Lei Falimentar, a especialidade da Lei de

Incorporação Imobiliária derroga a legislação geral falimentar nos pontos em que com essa é incompatível e cria restrição à possibilidade de o empresário incorporador propor plano de recuperação judicial para pretender a novação das relações jurídicas dos compromissários adquirentes. Isso porque, diante da função econômico-social desempenhada pelos contratos de incorporação imobiliária, a Lei 4.591/64 assegurou tratamento privilegiado a esses adquirentes. Caso o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, persista na paralisação das obras por mais de 30 dias ou no retardo excessivo de seu andamento, assegurou-se aos adquirentes o direito de prosseguirem com a construção do edifício (art. 43, VI). Mediante Assembleia Geral, por maioria absoluta, os adquirentes poderão destituir o incorporador e prosseguir com o empreendimento, em detrimento da vontade do incorporador, desde que esse tenha desatendido a notificação judicial para que as obras se reiniciassem ou continuassem a se desenvolver normalmente. (...) A garantia desse direito de os adquirentes continuarem a construção do empreendimento, diante da mora do incorporador imobiliário e ainda que em detrimento de sua vontade, é incompatível com a submissão desses mesmos adquirentes à novação de suas obrigações em razão de deliberação da maioria da coletividade de credores.” (in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, pp. 21/22, vol. 76, abr-jun 2017, no prelo).

É bem verdade que esse mesmo douto comercialista chega a cogitar da possibilidade excepcional de processamento da recuperação, na falta de patrimônio de afetação, sujeitando-a todavia à expressa renúncia pelos adquirentes, reunidos em assembleia própria, quanto à prerrogativa de continuar o empreendimento, caso em que poderiam deliberar sobre a recuperação juntamente com os demais credores (ob. cit., p. 22).

De toda forma, está-se aí em face de opção que exclui a estrutura originária da incorporação e que trasnuda o crédito dos adquirentes, que se transfere do direito ao recebimento da unidade para um crédito pecuniário, correspondente ao reembolso do que foi pago. Ainda aí, portanto, fica claro que, havendo obras em curso e com perspectiva de conclusão, as incorporações imobiliárias, quaisquer que sejam, não comportam deliberação isolada do incorporador voltada ao requerimento de recuperação, sempre passando o problema pela deliberação dos próprios adquirentes.

Cabe também acrescentar que, mesmo em face de concordância deles, a recuperação de sociedades de propósito específico responsáveis por empreendimentos sem patrimônio de afetação jamais poderia se dar mediante



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consolidação substancial para com outras SPEs ou mesmo para com o incorporador ou outras controladoras integrantes de eventual grupo econômico.

Ainda que o regime de afetação torne a situação mais clara, pela restrição trazida diretamente no plano da responsabilidade patrimonial, não há como deixar de considerar, sobretudo em vista da especialíssima posição dos adquirentes de unidades, que os empreendimentos imobiliários objeto de incorporação formam, em virtude do complexo de relações jurídicas e do círculo de direitos e obrigações que determinam em função exclusivamente de seu objeto, um microcosmo a ser necessariamente considerado em separado para efeitos recuperacionais, com total inconveniência de que sejam inseridos os credores, sobretudo os adquirentes, num cenário de universalização, imiscuindo-se com os credores e adquirentes de outros empreendimentos, ou mesmo com credores gerais do incorporador.

Cumprido, pois, que seja devidamente enfrentada, antes que siga o processamento da recuperação, a situação de cada uma das SPEs remanescentes, a ver quais justificam e quais não comportam o deferimento do benefício.

De mais a mais, é preciso cautela com a associação automática do acolhimento da mera possibilidade de recuperação em conjunto à concretização de consolidação substancial, com unificação dos termos das relações obrigacionais. Justificativas genéricas como o fato da existência de direção comum, ou presença de sócios comuns em todas as empresas, ou de um escopo comum por parte de determinadas sociedades, com a devida vênia, não se prestam absolutamente a tanto, quando muito a permitir o reconhecimento da existência de um grupo econômico de fato; são questões, portanto, que interessam não a autorizar eventual consolidação substancial, mas a responder à primeira indagação básica no plano da consolidação processual, a de se saber se os requerentes em litisconsórcio ativo formam efetivamente um grupo.

Questões outras, por outro lado, como garantias cruzadas, ou transferência de recursos, não se prestam, renovada a vênia, a legitimar o raciocínio de que as recuperações devam ser unitárias, com esfacelamento da autonomia decorrente da personificação das diversas postulantes. É preciso neste ponto conter a excessiva benevolência com que a jurisprudência, após um primeiro momento de hesitação quanto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

à própria possibilidade de litisconsórcio ativo em recuperações, passou a tratar o problema, acolhendo requerimentos de consolidação substancial como se decorrência natural de requerimentos em tais moldes, e como se suficiente a invocação genérica de determinadas peculiaridades no funcionamento das empresas, sem qualquer preocupação mais detida com a busca de respostas lógicas capazes de indicar em cada caso, mesmo à vista de certas características, até que ponto racionalmente inevitável a unificação da situação patrimonial de todas as empresas.

O tema das garantias cruzadas é bom exemplo disso. Sua existência, em princípio, não é nem mesmo justificativa para se considerar que todas as empresas envolvidas nessa prática necessitem, cada uma de per si, requerer recuperação. Por outro lado, superado esse ponto, nota-se que muitas vezes a consolidação requerida sob tal pretexto genérico vai muito além de seus limites, envolvendo sociedades que não participam das garantias. E, quanto às efetivamente prestadoras, não existe por outro lado a preocupação de sequer se examinar qual o número ou extensão das garantias, qual sua representatividade em relação ao passivo das empresas e em que medida são efetivamente determinantes da necessidade de recuperação por parte de todas. Mas, sobretudo, não se examina nem se preocupa em explicar em que medida a existência dessas garantias justifica, e por que, a necessidade específica de uma consolidação substancial, e por que razão devam os credores todos, mesmo os não beneficiados por essas garantias, ser reunidos como massa comum, ao invés por exemplo da elaboração de planos de recuperação individuais por cada devedora.

Quando se fala por outro lado em caixa único, ou confusão patrimonial, muitas vezes se sinaliza para situações de absoluta anomalia no funcionamento das sociedades do grupo, situações em que, por vezes, o deferimento impensado de uma recuperação pode representar um prêmio justamente à irregularidade, ou sua legitimação.

Esse dado é especialmente relevante no tocante às incorporações imobiliárias, em que as modificações legislativas recentes e a própria segregação patrimonial representada pela constituição de SPEs para cada empreendimento, abstraída a existência ou não de patrimônio de afetação, apontam justamente para a clara impossibilidade dessa atuação conjunta, das transferências de recursos (ao que se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

infern, não apenas das SPEs para as *holdings*, mas também entre elas) e de adoção de um caixa único, hábitos negociais que as agravadas confessam sem constrangimento, assumindo a plena dedicação a uma promiscuidade que justamente se aceitou consensualmente, nesse mercado, ser especialmente pernicioso, como lição deixada pelo traumático exemplo da Encol.

Não é aceitável, enfim, que se acene com a necessidade de oficialização da patologia como remédio contra o próprio mal. Nesses termos, insista-se, a consolidação substancial, quando muito, e mediante justificativa adequada, poderá se dar entre as *holdings*, não entre essas e as SPEs que puderem requerer a recuperação.

Urge, por tudo, que se ponha ordem à marcha do processo recuperacional, com apreciação antes de mais nada dessas questões e apenas depois o prosseguimento rumo a uma assembleia que, depuradas essas arestas, venha a em termos adequados estabelecer a forma de reorganização das empresas que assim o justificarem.

Fica, pois, nessa parte parcialmente provido o inconformismo, com a ressalva de que as próprias recuperandas deverão apresentar dados particularizados com indicação precisa da situação de cada SPE remanescente, bem como justificativa quanto à efetiva necessidade de recuperação por cada qual, além de prova, quando o caso, da conclusão das obras, discriminando, em cada caso, a quantidade de unidades em estoque e de unidades negociadas (bem como a situação, no tocante a cada uma dessas, no tocante ao pagamento do preço).

Por derradeiro, quanto ao pedido relativo à forma de contagem do prazo, assiste ainda uma vez razão ao agravante.

Esta C. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial já firmou, recentemente, entendimento no sentido de que o prazo é material e de que prevalece, por isso, a contagem em dias corridos, como pretende o agravante, preservado o entendimento do ilustre e culto Magistrado prolator da r. decisão agravada (AI nº 2200368-35.2016.8.26.0000, j. 27/3/2017). Nesse sentido, pede-se licença para a reprodução do raciocínio ali exposto, e que supera em termos suficientes a argumentação em contrário das recuperandas e da Administradora Judicial.

Pondera-se, nesse sentido, que a Lei nº 11.101/2005 não traz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previsão específica sobre a forma de contagem de seus prazos e que o art. 189 remete ao CPC como fonte subsidiária em matéria procedimental, em que termos deve ser entendida a aplicação, no âmbito da Lei de Falências e Recuperações, do art. 219 do diploma de 2015; mais diretamente interessa a distinção do parágrafo único, que restringe o novo critério aos *prazos processuais*, excluindo pois sua aplicação aos chamados *prazos materiais*.

Não são ainda frequentes os pronunciamentos dos Tribunais sobre o assunto, a despeito da gravidade de suas repercussões e das previsíveis dificuldades em matéria de gestão do processo recuperacional na falta de definição de um critério claro a observar. Em recentíssimo julgado da C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo se decidiu pela contagem do prazo do *stay period* em dias úteis, com ementa lançada nos seguintes termos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. STAY PERIOD. Contagem de prazo de suspensão do art. 6º, §4º, da Lei n. 11.101/05, que deve ser feita em dias úteis de acordo com o art. 219 do CPC/15. O cômputo dos dias úteis contribui para a segurança jurídica ao estabelecer critério objetivo ao mesmo tempo em que favorece a eficiência da recuperação judicial e maior oportunidade para a recuperanda cumprir os atos processuais que visam à recuperação judicial em prol de sua própria preservação (art. 47 da Lei n. 11.101/05). Decisão reformada. Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 2210315-16.2016.8.26.0000, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 16/3/2017)✚

Diversamente houvera decidido poucos dias antes a 33ª Câmara de Direito Privado desta mesma Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Locação – Despejo – Empresa em recuperação judicial – Prazo de suspensão por 180 dias denominado “stay period” – Artigo 6º, §4º, da Lei 11.101/05 – Contagem em dias úteis ou corridos – Discussão – Tendo em vista que há lei especial regulando a matéria, com disposições de natureza material e processual, a aplicação do Código de Processo Civil se dá de forma subsidiária – Para os credores exercerem seu direito o prazo é considerado material e para a empresa recuperanda o prazo é de natureza processual – Prazo de suspensão considerado como material (ainda que misto), devendo ser contado em dias



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

corridos – Decisão mantida. Agravo não provido.” (Agravo de Instrumento nº 2237498-59.2016.8.26.0000, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveria, j. 6/3/2017).

Parece-nos, com a devida vênia, acertada a segunda posição.

Não há, por diversas razões, como pretender interpretar norma tal qual a do art. 219 do CPC à luz das diretrizes do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 ou de valores como a maior eficiência do instituto da recuperação e a facilitação da reorganização da empresa em crise.

Em primeiro lugar, por se tratar de norma puramente técnico-operacional, que não comporta exegese atrelada a aspectos da disciplina de determinados institutos jurídicos de direito substancial, ou a características de certas categoriais de relações jurídicas que estejam à base de processos nos quais se pretenda aplicar a regra. Por mais que, sabidamente, os institutos processuais venham muitas vezes influenciados em sua concepção a aspectos vinculados às relações materiais, não é certamente o que ocorre no caso, em que se cuida de simples regra geral determinativa de critérios de contagem de prazos no processo.

Depois, porque à parte o caráter operacional, nem mesmo se trata de regra inserida na própria Lei de Falências e Recuperações, em termos tais que permitisse ao menos a sugestão de aplicação amoldada aos escopos desse diploma: diversamente, trata-se de regra geral, inserida em diploma processual codificado também de caráter geral e com aplicação eventual a leis especiais nas quais isso se faça pertinente. Mas, sob essa perspectiva, a interpretação que se possa dar ao alcance do art. 219 do CPC e sobretudo à dicotomia nele instituída entre *prazos processuais* e *prazos materiais* há de ser necessariamente uniforme, como apanágio de segurança e estabilidade de critérios no tocante às várias categoriais de litígios.

Pretender, com a devida vênia, que conceitos como os referidos possam ser interpretados, quanto ao significado, de forma variável ao sabor das questões substanciais em jogo no âmbito de cada processo, é algo que passa muito longe do ideal de segurança jurídica. Mais ainda quando a análise já é de antemão condicionada por um resultado predeterminado externo à norma interpretada, sem qualquer aproximação para com possível interpretação finalística ou mesmo com a noção de objetividade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em terceiro lugar, ainda que abstraídos os dois primeiros argumentos, é discutível que, mesmo no plano da legislação recuperacional, a singela referência aos possíveis benefícios para as empresas em recuperação possa resolver de per si a indagação quanto à conveniência do transporte da contagem dos prazos em dias úteis para todo e qualquer lapso dentre os previstos na Lei nº 11.101/2005, com desconsideração a aspectos outros como o interesse na célere definição dos rumos da recuperação e bem assim a contemplação das limitações tidas por aceitáveis aos credores (postas de forma bem nítida pelo legislador ao mencionar um *máximo* de cento e oitenta dias para a suspensão das ações e execuções de interesse daqueles bem como a improrrogabilidade desse lapso).

A resposta, ao fim e ao cabo, há de ser buscada num primeiro momento na compreensão do significado, à luz do próprio CPC, da distinção operada pelo legislador e, em etapa posterior, na definição da natureza do prazo do *stay period*, se material ou processual.

Observa-se, na análise dos comentadores do novo Código de Processo Civil, que pouca atenção tem se dado ao tema. Além disso, em alguns casos se faz alusão aos prazos materiais como sendo aqueles estranhos ao âmbito do processo, o que, se não deixa de ser verdade, por outro lado não atinge o cerne do problema.

Assim, Cassio Scarpinella Bueno cita como exemplos o prazo para adimplemento da obrigação fixado ao devedor em notificação a ele endereçada, ou o prazo para que o contribuinte impugne na esfera administrativa auto de infração (Manual de Direito Processual Civil, p. 198, São Paulo: Saraiva, 2015).

Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior por seu turno diz que a forma de contagem em dias úteis não se aplicará por exemplo aos prazos fixados em contratos (Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, p. 220, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2016).

Ora, sem que se discuta corresponderem todos os exemplos referidos a prazos efetivamente materiais, no sentido de que disciplinados no plano do direito substancial ou criados por meio de atos praticados fora do ambiente processual, imaginar tenha sido esse o alvo do parágrafo único do art. 219 do CPC faria dele uma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

disposição praticamente ociosa, à guisa de ressalva quanto a um alcance que na verdade não suscita maiores dúvidas em relação ao teor do *caput*.

Não transparece com efeito, em momento algum, qualquer intenção do legislador processual em pretender regular, por meio do art. 219 do Código de 2015, prazos outros que não aqueles concernentes à atividade processual (como que inclusive a pretender interferir no conteúdo da regra geral do art. 132 do Código Civil). O destinatário da regra, quando se fala nos prazos estabelecidos por lei ou pelo juiz, é iniludivelmente o processo; e, se assim é, necessidade alguma haveria de repetir isso no parágrafo único.

Na verdade, o objetivo é outro. Volta-se o parágrafo único aos prazos que, conquanto surgidos a partir de um processo ou relativos a atos que nele devam ser praticados, digam respeito a atos sem natureza tipicamente processual, ou então a efeitos que se projetem para além do próprio processo de que originado o ato; a preocupação portanto é com atos *processuais* ou *materiais* no próprio processo.

A distinção não é incomum, e a ela frequentemente se refere a jurisprudência quando trata por exemplo de atos a cargo da parte, relativos ao cumprimento, no processo, de encargos ou prestações relativos às próprias relações substanciais (por exemplo, tratando como *prazo material* do lapso para desocupação do imóvel locado, por parte do inquilino notificado nos autos de ação de despejo: TJSP, Apelação nº 2019944.95.2016.8.26.0000, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 25/2/2016; no mesmo sentido, TJSP, Apelação nº 0164478-70.2010.8.26.0100, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 17/9/2013).

De um modo geral, pode-se dizer que sejam materiais todos os atos que, não obstante sirvam a um processo ou venham nele documentados, digam respeito de forma imediata ao exercício de direitos ou ao cumprimento de obrigações relativas ao plano substancial, ou que simplesmente se insiram no desdobramento das relações jurídicas materiais trazidas ao processo. Assim, por exemplo, o cumprimento de condenação prevista em sentença ou em tutela provisória (daí inclusive a preocupação com a necessidade ou não de intimação para tanto da própria parte, refletida em termos de obrigações de fazer na Súmula nº 410 do STJ, além de toda a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

discussão que se formou, na vigência do CPC/73, acerca da aplicação da multa de seu art. 475-J), os atos de renúncia a direito e a celebração de transações em juízo, dentre outros.

Nesse sentido, insuficiente a colocação de Leonardo Carneiro da Cunha de que prazos processuais são aqueles relativos à prática de atos dentro do processo (Comentários ao Código de Processo Civil, direção Luiz Guilherme Marinoni, vol. III, p. 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

Sem dúvida mais afinada com a distinção buscada a lição de Alexandre Câmara, para quem “*será processual o prazo se processual for a natureza do ato*” (O Novo Processo Civil Brasileiro, p. 137, São Paulo: Atlas, 2015).

Louve-se a propósito, conquanto não se concorde com a solução final, a tentativa de Manoel Justino Bezerra Filho de dar resposta ao problema propondo divisão mais aprofundada, entre prazos processuais, prazos materiais absolutos e prazos materiais relativos (ou mistos), esses últimos correspondendo àqueles que, não obstante de natureza material, dependam da contagem de outros prazos de natureza processual (Valor Econômico de 31 de maio de 2016).

A separação feita pelo art. 219 em exame não permite chegar a esse grau de fragmentação, além de não ficar claro o que seria a “dependência” de outros prazos processuais suficiente a classificar um ato como *material relativo ou misto*, nem tampouco o tratamento a ser dado a esses prazos a partir dos critérios definidos pelo CPC.

De toda forma, falando concretamente da recuperação judicial, e classificando como misto o prazo de cento e oitenta dias do *stay*, por um lado sugere o ilustre doutrinador mencionado que do ponto de vista da recuperanda, no tocante ao andamento da recuperação, o prazo seria *processual*, mas por outro admite que, para o direito dos credores que têm suas ações suspensas, seria *material* (chega por outro lado, ao nosso ver com equívoco, a classificar como processual o prazo de cento e oitenta dias do art. 49, § 3, da Lei nº 11.101/2005, relativo à vedação aos credores extraconcursais ali referidos de retirada do estabelecimento do devedor ou venda de bens de capital essenciais à atividade empresarial; o prazo, todavia, é o mesmo do art. 6º, § 4º, ao qual aliás alude expressamente, e tem natureza claramente material, ao restringir ato de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

exercício de direito derivado da especial relação do credor para com esses bens advinda da relação substancial).

É curioso, nesse sentido, notar que no v. acórdão da 33ª Câmara de Direito Privado antes referido tenha sido citada a mesma doutrina e inclusive acolhida a noção de prazos materiais mistos e sua aplicabilidade ao *stay*, não obstante se afirmando que a contagem haveria de ser por dias corridos.

O processo de recuperação judicial, convém lembrar, tem peculiaridades que fazem com que inseridos em seu processamento um grande número de atos de natureza material (aliás, a figura da recuperação evidentemente pertence ao plano substancial, não obstante o procedimento judicial instituído para permitir que alcance seus escopos), em relação aos quais também materiais os prazos correlatos, os quais não perdem essa característica apenas pela circunstância do convívio, natural no processo, com atos e prazos outros de índole estritamente processual. A assembleia geral de credores, por exemplo, é ato claramente material, como também o prazo para sua realização.

E, especificamente no tocante ao *stay period*, também não há como escapar à constatação de que se trate de prazo material. Por um lado, a suspensão do curso dos prazos prescricionais, prevista no art. 6º, *caput*, atinge um instituto, a prescrição, inserido inequivocamente no direito material; de outra parte, a suspensão de toda e qualquer ação e execução já em curso contra a devedora é efeito que não se restringe ao processo de que emanado, incidindo como limitador do exercício de direitos pelos credores fora daquele, daí não se podendo falar em eficácia meramente processual ou interna ao próprio processo de recuperação. Por decorrência, o prazo máximo de cento e oitenta dias em relação a que tolerada a produção desses efeitos materiais também é material, não tipicamente processual.

Sendo assim, resguardada a *ratio legis* do art. 219 do CPC, inevitável concluir que sigam devendo ser contados tanto o prazo do *stay* como outros de natureza material previstos no procedimento da recuperação judicial em dias corridos, daí prosperar o inconformismo. Fica, portanto, reformada para tal fim a r. decisão agravada.

Fica assim a r. decisão agravada reformada também no que diz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

respeito ao critério de contagem do *stay period*.

Ante o exposto, **dá provimento parcial** ao agravo.

FABIO TABOSA

Relator



AGRAVO DE INSTRUMENTO

Processo n. 2218060-47.2016.8.26.0000

Agravante: BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

Agravadas: INPAR PROJETO 112 SPE LTDA. e OUS.

Voto n. 15.744

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Pedi vista, fundamentalmente, em função da situação das SPEs sem patrimônio de afetação. Isto por desde o início não dissentir da solução proposta no voto condutor para quando haja esta espécie de segregação patrimonial.

Com efeito, não parece colher a tese de que seja possível a recuperação porquanto apenas na falência este patrimônio se forraria à arrecadação e integração à massa (art. 31-F da Lei 4.591/64, com redação dada pela Lei 10.931/04, e art. 119, IX, da Lei 11.101/05). Acede-se à observação do I. relator no sentido de que, mesmo na via recuperacional, e posto então que sem a medida mais gravosa, na qual a confusão já não se permite, preservando-se a situação dos adquirentes, que podem assumir a obra ou liquidar o patrimônio afetado (par. 1º do preceito citado, do art. 31-F, bem como artigo 43, VII), sejam eles submetidos à universalização com os demais credores mediante plano único e unitário,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de todo modo sequer se havendo de admitir a possibilidade da recuperação em si com credores monetários da empresa que possam influenciar deliberação sobre crédito ao recebimento de coisa, assim as unidades autônomas. De resto, vale a propósito a extensão remissão doutrinária a que procedeu o voto condutor.

Depois, se de algum modo o patrimônio de afetação se extinguiu, nas hipóteses do artigo 31-E da Lei 4.591/64 – o que nem parece sucedido no caso, conforme relatório do Administrador e verificação da pendência de dívida financeira (v. inciso I do dispositivo) –, então nem a questão se poria. De qualquer maneira, descabe a cogitação se ainda pende o registro da afetação, independentemente de seu transporte para as matrículas das unidades, mantido o registro na matrícula-mãe.

Porém, sobra, como se disse, a questão das SPEs sem patrimônio afetado e que se tenciona componham a recuperação inclusive em consolidação substancial, conforme, afinal, na origem se deferiu.

Sabido que a *sociedade de propósito específico*, no sistema positivo, vem prevista na Lei 11.079/04 (art. 9º), que trata das parcerias público-privadas; na Lei 11.101/05 (art. 50, XVI), prevista como meio para recuperação de empresas, composta a sociedade por credores para adjudicação de ativos da recuperanda; e na Lei Complementar 123/06, que estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, com a substituição da previsão de formação de consórcio entre empresários para uma sociedade

de propósito específico destinada à realização negócio de compra e venda em prol dos micro e pequenos empresários sócios.

Mas é bem de ver, antes disso, que as sociedades regulares e reguladas pelo Código Civil já podiam e podem ser constituídas por prazo certo ou com escopo específico, ao fim dos quais se dá sua liquidação, assim limitadas as atividades da sociedade por vontade de seus sócios. Com efeito, *“é da tradição, no direito societário brasileiro, a viabilidade de se constituir sociedade de propósito específico, ou seja, aquela constituída especificamente para desenvolver um determinado objetivo ou empresa, esta no entendimento do firme conceito lançado no Código Civil como sendo 'atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços'. Tanto é verdade que o ordenamento jurídico autoriza a constituição de sociedade com prazo de vigência determinado ou indeterminado. Ao determinar-se o prazo de vigência, o legislador trabalhou com a clara ideia de que no prazo previamente fixado, no ato de constituição, os sócios já acertaram que o objetivo da sociedade seria ou será cumprido especificamente naquele prazo. Também, na constituição da sociedade por prazo indeterminado, ocorrendo o exaurimento do seu objetivo, é causa para a dissolução das obrigações e sua extinção, posto que sendo o seu objeto específico ou determinado, exaurido o seu fim social, extingue-se a sociedade.”* (Luiz Antonio Guerra, **Consórcio empresarial e sociedade de propósito específico – proteção e segurança jurídica para o poder público. In Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Luiz Antonio Tavoraro (coords.), Licitações e contratos administrativos, Juruá, 2008, p. 296 e 297).**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A sociedade assume então personalidade jurídica própria para consecução de objetivos empresariais de dois ou mais sujeitos, que se reúnem para uma empreitada comum e específica. Trata-se, nestes casos, do que se denomina de *joint venture corporation*, em contraposição ao *joint venture agreement* que, diversamente, pode assumir a forma de um consórcio e se limita ao estabelecimento de obrigações contratuais entre dois ou mais empresários, sem o surgimento de nova pessoa jurídica.

Nas palavras de Modesto Carvalhosa, “*a conjugação de aptidões e recursos empresariais de duas ou mais sociedades tem levado – inicialmente na prática norte-americana e depois universalmente – à formação de consórcios contratuais (joint venture agreements). Na sua formação mantém-se a autonomia das consorciadas, que nomeiam o administrador do consórcio (operator) visando à consecução dessas atividades comuns. A essa prática acrescentou-se, alternativamente, outra: a de formação de consórcios societários - joint venture corporations. Estas têm a mesma finalidade, ou seja, a da conjugação de recursos e aptidões de duas ou mais sociedades, mediante a constituição de uma nova companhia com o objetivo específico de levar avante o empreendimento comum. A característica tanto do joint venture agreement como do joint venture corporation é a especificidade da exploração de determinada atividade de natureza empresarial, de duração limitada e que, assim, exaure-se num determinado momento, pela sua própria implementação. Em consequência, a forma societária dessa atividade tipicamente consorcial atende apenas a razões de sua*



organização jurídica, não afetando a sua natureza e a sua função que serão sempre a de um consórcio.” (Modesto Carvalhosa, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, t. II, Saraiva, 1998, p. 344-345)

Mas certo que, muito frequentemente, se utiliza a figura da SPE para consecução de empreendimentos imobiliários. São tantas sociedades quantos os edifícios erigidos por este regime. E o que acaba denotando uma característica muito própria, desde que não se tem, essencialmente, a conjugação de esforços entre empresários distintos, ao menos que não componham um mesmo grupo empresarial. Antes, e justamente, a situação se assemelha, à figura do patrimônio de afetação, no que, então, a solução quanto à questão da possibilidade de recuperação não pode ser diversa.

Cria-se, na espécie, uma nova figura societária tão somente para gerir um empreendimento com economia própria, ligada aos recursos segregados que ao fim de construção se alocam. Aí a justa advertência de José Edwaldo Tavares Borba, de que *“hoje vão se tornando comuns entre nós as chamadas 'sociedades de propósitos específicos' ou 'S.P.E.', também chamadas 'sociedades de objeto único', as quais se inspiram no modelo norte-americano da 'S.P.C.' (Special Purpose Company). Essas empresas, embora criadas sob a forma de sociedade comercial, basicamente sociedades anônimas, não são, substancialmente, sociedades. A sociedade encontra-se dotada de personalidade jurídica pela simples razão de ser um sujeito de direito. O fenômeno jurídico que informa a existência da sociedade polariza-se no foco de interesses representado pela própria sociedade. A autonomia*



patrimonial e jurídica que caracteriza a sociedade apoia-se no conceito de patrimônio separado e na conseqüente configuração de um interesse jurídico diferenciado, que não é senão o interesse da própria sociedade. A sociedade mantém interesses próprios e inconfundíveis, totalmente distintos dos dos sócios individualmente, e é sobre essa esfera subjetiva particularizada que se constrói a teoria da personalidade jurídica.”
(Direito societário, 13ª ed., Renovar, 2012, p. 35-36).

Para Fábio Ulhoa Coelho, em parecer apresentado, nesses casos “*as SPEs são, tal como a afetação patrimonial, instrumentos de segregação de riscos. Trata-se de subsidiárias das empresas incorporadoras, constituídas com o único objeto social de promover a edificação de um específico empreendimento imobiliário.*” (fls. 7). Na mesma passagem, salienta tratar-se de exploração de empreendimento isolado, com riscos que só direta e exclusivamente a ele ligados podem impactar seu patrimônio, e enquanto não se liquida a SPE, a se consumir com a finalização da empreitada.

Insista-se, no campo das incorporações imobiliárias, agora consoante a lição de Francisco Satiro, em outro parecer juntado, malgrado atinente a outro feito, mas acerca de análoga discussão, não se tem mais que uma estratégia de segregação de riscos empreendida pela incorporadora. Todavia, que deve traduzir também uma segregação de patrimônio em garantia dos adquirentes das unidades. Como observa o autor, não se tem realidade distinta, neste ponto, do patrimônio de afetação. E a funcionalidade da segregação do patrimônio se alcança justamente pela inviabilidade de livre destinação pelo empreendedor. Em suas palavras,



“de nada adiantaria segregar o patrimônio, mas mantê-lo sob o intocável controle do incorporador que enfrentasse problemas, seja em virtude de fraude, ou não” (itens 8 e 17), e sempre desde que assumido o interesse básico dos adquirentes que com o patrimônio reservado e segregado se deve assegurar (item 45). Convenha-se, o que não se atende com a consolidação recuperacional, menos ainda de natureza substancial. Aqui lembra o parecer que não se podem submeter os adquirentes de empreendimentos diversos, no regime em questão, a um plano de concentre recursos que estavam separados, que deveriam assim permanecer e em favor de quem é credor, afinal, da entrega da coisa (itens 48-50). São considerações sobre a situação da estratégia da SPE e que, como se viu, se aproxima no caso do patrimônio de afetação.

Nada diferente da ressalva de Fábio Ulhoa Coelho, posto que com relação à afetação, no sentido de que os riscos segregados definem opções não apenas do empreendedor, por exemplo com acesso a crédito mais barato, como igualmente ao consumidor, que delimita os riscos assumidos e, decerto, não que pelo insucesso de outros empreendimentos (fls. 5). Daí negar a possibilidade da recuperação qualquer que seja a forma escolhida para a segregação (fls. 13).

Neste cenário, não apenas não se devem submeter os empreendimentos segregados aos desígnios de todos e indistintos credores, como não se pode retirar dos adquirentes da específica sociedade a garantia legal até mesmo, no caso de paralisação ou já mero retardo das obras, de destituição do incorporador (art. 43, VI, da Lei 4.591). Antes, inclusive, prevê-se que, em qualquer das modalidades de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

construção, deliberações em geral relacionadas com o empreendimento sejam tomadas por ninguém mais senão os próprios e específicos adquirentes, portanto não todos os credores da empresa ou, pior, do grupo de empresas. Tal a previsão do artigo 49 da Lei 4.591, no comentário de Nascimento Franco e Niske Gondo a estabelecer que, em qualquer das modalidades adotadas para a construção, podem os interessados, que são os futuros condôminos, se reunir em assembleia para tratar de assuntos ligados ao empreendimento (*Incorporações imobiliárias*, RT, 3ª ed., p. 149).

Portanto, já não fosse a perplexidade de se pensar já na recuperação de sociedades que nascem para se extinguir – não se soerguer – e já não fosse a solução própria para os casos de se frustrarem seus objetivos, sempre em proteção dos adquirentes, não se podem deles retirar, pela via recuperacional, as prerrogativas legais próprias à defesa de seus específicos interesses, não associáveis em mesmo moldes aos de outros credores, financiadores ou fornecedores da sociedade criada ou mesmo do grupo ou de quem a controla.

Tampouco a consideração se altera pela afirmação de que, na prática, os recursos das edificações atendem a um caixa único, a despeito da autonomia que deveriam manter, ou que os pagamentos são unificados e as garantias são cruzadas, de tal arte a se determinar que, sem plano com consolidação substancial, a sorte das sociedades poderia ser sua completa inviabilização e, em última análise, dos adquirentes de unidades.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Primeiro que, a rigor, o quadro não há de interferir, ainda assim, nas opções que são particulares dos adquirentes de um específico empreendimento, cujos riscos, como se viu, foram segregados e que definiram escolhas que devem ser preservadas. Posto que em face da confusão na gestão, persiste a possibilidade de os adquirentes de cada empreendimento decidirem a medida que lhes pareça mais efetiva para tutela de seus interesses, incluindo a destituição do incorporador, como se viu. Só a eles cabe a deliberação, que não pode ser diluída em meio a todos os demais credores, e monetários, do grupo. Por isso deliberação que não se toma em assembleia de todos estes credores.

De outro lado, não deixa de se revelar, no argumento do fluxo indistinto de valores, real *venire contra factum proprium*, afinal se, fora do propósito específico, tanto quanto da afetação, o empreendedor desvia recursos de um empreendimento a outro, se vale de garantias cruzadas, tudo de modo a colocar em risco a segregação que empreendeu e o direito de cada grupo de adquirentes. Veja-se, ao mesmo tempo ele pretende restringir o seu risco, e do ponto de vista até da responsabilidade civil, como se verifica pelo comum argumento, em ações que discutem os contratos de aquisição, de que estranho à relação mantida pelos compradores com a SPE, mas, depois, quando as dificuldades surgem, então tenciona trazer toda a indistinta massa de adquirentes de empreendimentos diferentes a um só universo de credores, então submetidos a um único plano ou ainda a planos que implicam, porém, sua permanência no controle do destino de cada empreendimento e do patrimônio que a ele se ligue.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No mínimo, o que não se pode admitir sem o *placet* de cada grupo de adquirentes, mas o que não consta havido.

Dir-se-á ainda que, com eventual falência, a situação dos adquirentes de toda sorte não se atende de modo melhor. Ora, sucede que a avaliação não se faz senão em concreto e pelos compradores, exclusivamente. Não se pode, ao contrário, presumir o que melhor aos adquirentes, *ex ante* e ao arrepio da genérica proteção que a lei lhes reserva, deles se retirando a gama de opções que a lei faculta em caso de malogro do andamento do empreendimento.

Finalmente, e porquanto, a bem dizer, em princípio não se reputava sequer cabível o pleito de recuperação às SPEs, adere-se à ressalva do I. relator sobre a sua possibilidade, em tese, mas apenas e tão somente uma vez verificado o encerramento regular da obra, cumprindo-se assim seu objetivo e atendendo-se ao crédito específico dos adquirentes. E isto mediante a identificação que as recuperandas haverão de fazer acerca de cada empreendimento, submetida à posterior aferição do Administrador.

Acede-se, neste ponto, à ponderação do voto condutor no sentido de que, terminada a obra, ainda podem pender dívidas pecuniárias diante de fornecedores ou financiadores, quando não dívidas monetárias perante os compradores, aí então o que se pode eventualmente ajustar em plano recuperacional próprio, ainda que não exatamente para o soerguimento, mas para a boa liquidação da sociedade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, **acompanho** o voto do relator.

CLAUDIO GODOY

2º juiz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	32	Acórdãos Eletrônicos	FABIO GUIDI TABOSA PESSOA	5FACB6F
33	43	Declarações de Votos	CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY	5FE2976

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2218060-47.2016.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.