

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

LAURA SARTI MOZELLI

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPO DE SOCIEDADES:
A CONSOLIDAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

BELO HORIZONTE
2017

LAURA SARTI MOZELLI

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPO DE SOCIEDADES:
A CONSOLIDAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Linha de pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito

Área de estudo: Empresa no Mercado

Orientador: Professor Dr. Marcelo Andrade Féres

BELO HORIZONTE

2017

Mozelli, Laura Sarti

M939r Recuperação judicial de grupo de sociedades: a consolidação
e sua aplicação no direito brasileiro / Laura Sarti Mozelli. – 2017.

Orientador: Marcelo Andrade Féres

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Recuperação de empresa – Brasil 3. Falência
4. Desconsideração da personalidade jurídica I. Título

CDU **347.736(81)**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto – CRB 6/1178

Universidade Federal de Minas Gerais

Faculdade de Direito

Dissertação intitulada “Recuperação judicial de grupo de sociedades: a consolidação e sua aplicação no direito brasileiro” de autoria da mestrande Laura Sarti Mozelli, avaliada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Marcelo Andrade Féres – Orientador

Professor Doutor Newton De Lucca

Professor Doutor Leonardo Netto Parentoni

Belo Horizonte, ____/____/2017.

*Nenhum mal te sucederá, nem praga alguma
chegará à tua tenda.*

*Porque aos seus anjos dará ordem a teu
respeito, para te guardarem em todos os teus
caminhos.*

*Eles te sustentarão nas suas mãos, para que
não tropeces com o teu pé em pedra.*

(Salmos 91:10-12)

AGRADECIMENTOS

Se hoje concluo o mestrado é porque Deus me abençoou e me presenteou com dois anjos da guarda, que me guiaram, me sustentaram e não me deixaram tropeçar. Aos meus mestres, Juliana Cordeiro de Faria e Marcelo Andrade Féres, minha eterna admiração e gratidão.

À professora Rubia Carneiro Neves, por me receber de braços abertos na pós-graduação e por todos os ensinamentos compartilhados.

Aos amigos e colegas da Humberto Theodoro Júnior Sociedade de Advogados, pela convivência diária, que me faz crescer não apenas como profissional, mas como pessoa. É uma honra fazer parte dessa equipe, exemplo de ética, profissionalismo e comprometimento. O apoio e as boas energias que sempre recebi de vocês foram essenciais.

Às minhas amadas amigas, por trazer alegria e leveza para minha vida, me apoiar e tolerar minhas ausências. Ao meu querido amigo Henrique, por ser um exemplo, me ajudar e incentivar, sempre, e compartilhar comigo as angústias e alegrias próprias de um pós-graduando.

Aos meus amados pais e irmãos, por me apoiar e fortalecer, cada um à sua maneira.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar a recuperação judicial de grupo de sociedades com enfoque na consolidação substancial, conceito cunhado pela jurisprudência norte-americana e adotado pela lei modelo da UNCITRAL sobre insolvência. Apesar de o instituto não ser novo, sua discussão nos Tribunais brasileiros é atual e guarda relação com os reflexos da crise econômica mundial de 2008 e, mais recentemente, com a crise político-econômica pela qual passa o país.

Para o desenvolvimento do estudo foi analisada a estrutura da Lei n.º 11.101/05, em especial seus princípios e a quem ela se aplica; retomado, ainda que de forma breve, o conceito e os tipos de grupos societários; examinada a desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação nos grupos e, sem se pretender fazer um estudo de direito comparado, traçado, a partir do estudo da doutrina estrangeira sobre o tema, um breve panorama do surgimento e evolução da consolidação na jurisprudência norte americana.

Foi realizada pesquisa da jurisprudência dos Tribunais de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo sobre o tema a fim de verificar o emprego, ainda que intuitivo, da consolidação substancial no direito brasileiro.

A análise das decisões possibilitou a identificação dos fundamentos invocados para aplicação da consolidação e também de questões controvertidas, como a forma de apresentação da lista de credores e do plano de recuperação judicial, a forma e *quorum* de votação do plano e as consequências da aprovação ou rejeição da consolidação substancial.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação judicial. Grupo de sociedades. Desconsideração da personalidade jurídica. Consolidação processual. Consolidação substancial.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the reorganization of a group of companies focusing on substantial consolidation, a concept coined by US jurisprudence and adopted by the UNCITRAL model law on insolvency. Although the institute is not new, its discussion in the Brazilian Courts is current and related to the repercussions of the global economic crisis of 2008 and, more recently, to the political-economic crisis that the country is going through.

For the development of the study, the structure of Law nº 11.101/05 was analyzed, especially its principles and to whom it applies; the concept and types of corporate groups have been taken up briefly; it was examined the disregard of the legal personality and its application in the groups and, without intending to make a study of comparative law, outlined, from the study of foreign doctrine on the subject, a brief overview of the emergence and evolution of consolidation in the North American jurisprudence.

A jurisprudence research was carried out by the Courts of Minas Gerais, Rio de Janeiro and São Paulo on the subject in order to verify the employment, although intuitive, of the substantive consolidation in Brazilian law.

The analysis of the decisions made it possible to identify the grounds invoked for the application of consolidation, as well as controversial issues, such as the presentation of the list of creditors and the reorganization plan, the form and voting *quorum* of the plan and the consequences of the approval or rejection of the substantive consolidation.

KEY WORDS: Reorganization. Group of companies. Disregard of legal personality. Procedural consolidation. Substantive consolidation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg – Agravo Regimental

Art. – Artigo

CC – Conflito de Competência

CC/02 – Código Civil de 2002

CPC – Código de Processo Civil

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

LRE – Lei de Recuperação Judicial e Falências nº 11.101/2005

LSA – Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404, de 1976

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

UNCITRAL – United Nation Commission on International Trade Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. Estrutura da Lei de Recuperação de Empresas e Falência – os procedimentos previstos e a quem se aplicam.....	20
1.1. Recuperação judicial: princípios e atores	20
1.2. Empresa unissocietária: uma sociedade, um patrimônio, uma insolvência.....	21
2. A recuperação judicial dos grupos de sociedades – a chamada “consolidação”	29
2.1. Consolidação processual.....	32
2.1.1. Requisitos para aplicação: configuração de grupo societário e vinculação entre as atividades exercidas pelas sociedades grupadas	40
2.1.2. A legitimação ad causam, o litisconsórcio formado e suas consequências	52
2.2. Consolidação substancial.....	58
2.2.1. A consolidação substancial nos Estados Unidos	60
2.2.2. Análise conclusiva: o que justifica a aplicação da consolidação substancial? ...	70
2.2.3. A classificação dada pela doutrina nacional – consolidação substancial obrigatória x consolidação substancial voluntária	87
3. O processamento da recuperação judicial de grupos de sociedades	105
3.1. Competência	105
3.2. Fases do processo de recuperação judicial e as medidas a serem adotadas na recuperação judicial de grupos de sociedades	110
3.2.1. O despacho que defere o processamento da recuperação judicial de grupos de sociedade e sua importância.....	111
3.2.2. A votação do plano de recuperação judicial único e as consequências da deliberação pela sua aprovação ou rejeição	121
CONCLUSÃO.....	127

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
---	------------

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	141
---	------------

INTRODUÇÃO

Não é possível pensar, nos dias de hoje, a organização da atividade empresarial sem que se faça referência aos grupos de sociedades. A grande utilização dessa forma de organização empresarial decorreu, principalmente, das economias de escala, da necessidade de otimização do processo produtivo e do aumento da eficiência operacional com redução dos custos de transação.

No contexto atual, portanto, a empresa “*unissocietária*” deu lugar à empresa “*plurissocietária*”, apresentando-se os grupos societários como mecanismo de redução dos custos e aumento da eficiência dos negócios. Os grupos vêm assumindo o “protótipo da empresa moderna”, diante das suas evidentes vantagens ¹:

- 1) econômicas, pois a empresa “internaliza” o próprio mercado ao fugir de seus custos de transações no mercado livre e eliminar os riscos inerentes ao seu funcionamento;
- 2) financeiras, ao permitirem o controle de enorme massa de capitais e direção de numerosas empresas a partir de um investimento inicial de capital muito reduzido;
- 3) jurídicas, em virtude da limitação de responsabilidade de cada sociedade agrupada, que, via de regra, somente responderá no limite do seu próprio patrimônio pelas respectivas dívidas, dividindo-se os riscos da exploração empresarial; e
- 4) políticas, já que os grandes empresários conseguem, por vezes, prevenirem-se dos riscos emergentes de situações de crises político-sociais.

Entretanto, diante da imprecisão legislativa e também jurisprudencial² sobre os grupos de sociedades e, em especial, sobre a consequência jurídica de sua configuração, é necessário

¹ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002, p. 63/71.

² “A jurisprudência francesa criou critérios taxativos para a configuração dos grupos de empresa. A jurisprudência brasileira não foi tão feliz. Não há critérios bem estabelecidos – e o entendimento jurisprudencial sobre a matéria

estabelecer balizas para os critérios de responsabilização nessa estrutura organizativa. Conforme ensina José A. Engrácia Antunes:

Sem dúvida que este efeito de divisão e externalização dos riscos da actividade da empresa de grupo começa hoje a sofrer importantes correcções, seja no nível legislativo, seja no nível jurisprudencial e doutrinal, questionando-se crescentemente o acerto da extensão do tradicional dogma da ‘responsabilidade limitada’ dos sócios das sociedades de capitais (pensado que foi originariamente para o terreno das pessoas singulares) ao domínio das pessoas colectivas e, em particular, das sociedades comerciais.³

A necessidade de fixação de balizas no tocante à responsabilidade na estrutura grupal tem reflexo direto não só em situações casuísticas relacionadas a demandas isoladas propostas por um ou outro prejudicado, mas, principalmente, no cenário de crise empresarial, que envolve inúmeros participantes e ampla diversidade de interesses.

A despeito da larga utilização dos grupos como técnica organizativa, a Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falência – LRE) não lhes dedicou atenção. O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de regras materiais e processuais específicas para as situações em que os entes em crise não são sociedades empresárias isoladas, mas sociedades que compõem determinado agrupamento⁴. Provavelmente pelo fato de a própria Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas – LSA) ter adotado regulamentação pouco rígida em relação aos grupos de sociedades, o que demanda, inclusive, um aprofundamento no estudo do tema⁵.

No tocante à recuperação judicial, questão que tem sido objeto de controvérsia, principalmente na jurisprudência, é a possibilidade de sociedades pertencentes a um mesmo grupo formularem

acaba por se resumir a dizer se resta configurado ou não “grupo” numa certa situação de conglomerado de empresas para fins de imputação de responsabilidade.” SICA, Lígia Paula P. Pinto. A disciplina dos grupos empresariais e a Lei de Recuperação de Empresas e Falências: um convite à jurisprudência. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Almedina: 2015. p. 101.

³ ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p. 68.

⁴ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 735.

⁵ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 392.

pedido de recuperação judicial conjunta, em litisconsórcio ativo, ou, em linguagem própria do direito empresarial, de haver pedido de consolidação, e quais suas consequências⁶.

Dessa questão, surgem outras igualmente controversas e sobre as quais o debate para melhor solucioná-las é imprescindível. O deferimento do pedido de recuperação judicial conjunta implica em aglutinação dos ativos e passivos de todas as recuperandas (consolidação substancial)? Ou apenas em tramitação conjunta das recuperações individualmente consideradas (consolidação processual)? A consolidação substancial pode ser imposta à sociedade integrante do grupo mas que, inicialmente, não foi incluída no polo ativo do pedido de recuperação? A consolidação substancial deve ser objeto de deliberação pela Assembleia Geral de Credores (voluntária) ou pode ser imposta? Se depender de aprovação pelos credores, qual o *quorum* a ser observado? O plano de recuperação deverá ser único ou individualizado para cada uma das sociedades devedoras? O litisconsórcio formado é facultativo ou necessário? Unitário ou comum? Quais as consequências advindas do tipo de litisconsórcio formado? Em caso de convação em falência, seja pela rejeição do plano de recuperação, seja pelo seu insucesso, qual a consequência? Todas as sociedades integrantes do polo ativo do pedido de recuperação judicial irão ter suas falências decretadas?

As dificuldades encontradas para responder essas questões “*resultam do grande paradoxo da unidade na diversidade (Einheit in Vielfalt) que representa a questão de grupos e, ainda, o necessário rompimento da pauta básica de “uma pessoa, um patrimônio, uma insolvência” (eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz), em razão do âmbito da empresa provocado pelo grupo (...)*”⁷.

⁶ 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, p. 217. Disponível também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais. Acesso em: 17/03/2017.

⁷ DINIZ, Gustavo Saad. Falência de grupos societários: critérios de extensão dos efeitos da falência. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Almedina: 2015. p. 488.

O tema não é novo, porém tem sido devolvido aos Tribunais de Justiça apenas nos últimos anos, tendo em vista, principalmente, os reflexos da crise econômica mundial de 2008⁸ e da crise político-econômica que assolou o Brasil em anos mais recentes⁹.

As decisões, em sua maioria e em especial nos Tribunais de Justiça que não possuem câmaras especializadas sobre falência e recuperação de empresas, são intuitivas e não fazem menção a estudos ou teorias existentes sobre o tema. Ainda que eventualmente não apresentem uma resposta precisa para o caso – até porque, a análise casuística é que revelará a solução mais adequada –, os estudos e teorias existentes podem contribuir para solucioná-lo ou, ao menos, para a fixação de balizas gerais, tanto em relação ao aspecto material como processual, garantindo assim, maior isonomia e segurança jurídica no trato da questão.

Na doutrina nacional, a matéria ainda é pouco debatida, mas tem sido cada vez mais estudada, ensejando, inclusive, a pesquisa empírica realizada pelo Grupo de Direito da Empresa em Crise da Universidade de São Paulo – GEDEC/USP, coordenado pelo Professores Francisco Satiro e Sheila Neder Cerezetti, sobre processos de recuperação judicial em que figuram no polo ativo múltiplas sociedades¹⁰.

A doutrina estrangeira há muito discute a chamada “consolidação”, conceito que emanou da jurisprudência das cortes norte-americanas. São dois os tipos de consolidação: processual (ou administrativa) e substancial. A consolidação processual caracteriza-se pela condução conjunta

⁸“Ainda que o número de recuperações judiciais requeridas pelas empresas tenha aumentado apenas 15,9% na comparação entre 2007 e 2008, os meses de novembro e dezembro do ano passado já refletem os efeitos da crise econômica sobre as empresas. Nele, o crescimento dos pedidos de recuperação, conforme dados da Serasa, foi de 143,7% e 130%, respectivamente. E, ao que tudo indica, o cenário não deve mudar, ao menos a curto prazo”. <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/563480/crise-economica-aumenta-numero-de-pedidos-de-recuperacao-judicial> Acesso em: 17/03/2017.

⁹ Notícia divulgada no Valor Econômico aponta que, de acordo com informações do Serasa, o número de pedidos de recuperação judicial bateu recorde em 2016, havendo um aumento de quase 45% comparativamente ao ano de 2015: <http://www.valor.com.br/brasil/4824392/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2016-nota-serasa> Acesso em: 17/03/2017.

¹⁰ Os resultados da pesquisa coletiva são sintetizados de forma conclusiva no seguinte artigo: 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

da recuperação judicial de sociedades devedoras que compõem um grupo societário. Ela não tem o condão de afetar os direitos e responsabilidades de credores e devedores, sendo apenas uma medida de conveniência administrativa e economia processual. A consolidação substancial, por sua vez, implica agrupamento dos ativos e passivos das sociedades devedoras, que passam a responder perante todo o conjunto de credores. Ou seja, o valor devido a cada credor será satisfeito não apenas com o patrimônio da sociedade com a qual contratou mas com todo o patrimônio do grupo, desconsiderando-se o fato de que cada devedora gerou um passivo específico.

A controvérsia, verificada inclusive na doutrina estrangeira, está relacionada, sobremaneira, com a consolidação substancial porquanto ela rompe com a separação patrimonial existente entre as sociedades pertencentes a um mesmo grupo. Quem é contra a consolidação substancial argumenta que nenhuma das circunstâncias invocadas pela jurisprudência (fraude a credores, subcapitalização, entrelaçamento de ativos e contas, dentre outros) justificaria de forma suficiente a sua aplicação. Isso porque, cada sociedade componente do grupo é uma pessoa jurídica individual, que assume responsabilidade apenas em relação aos seus próprios credores:

Na minha opinião, contudo, nenhuma das considerações acima mencionadas dão suporte suficiente – ao contrário do direito material – para permitir a consolidação substancial em casos de insolvência de grupo de sociedades. O principal propósito da lei de insolvência é tornar o direito material eficaz; ela tem apenas uma função executiva. De acordo com a doutrina majoritária, cada sociedade componente do grupo é uma pessoa jurídica individual que assume responsabilidade apenas em relação aos seus próprios credores.¹¹

Já aqueles que são favoráveis à consolidação substancial, tendo em vista os limites e deficiências do tratamento atomizado dado às sociedades grupadas em caso de crise econômica, destacam que se trata de medida excepcional, porquanto mina com importante princípio do direito empresarial, qual seja, a limitação de responsabilidade:

¹¹ Tradução livre de: “In my view, however, none of above mentioned constellations can give sufficient ground to order – in contradiction to substantive law – substantive consolidation in the instance of insolvency of a group of companies. It is the very purpose of insolvency law to make substantive law effective; it has solely an executive function. According to the prevailing legal doctrine, each single entity within a group of companies is an individual legal person assuming liability only towards its own creditors.” STAEHELIN, Daniel. No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 214.

Esclarecendo, reconhecemos que a consolidação substancial não deve ser aplicada como regra geral; ao contrário, ela deve ser reservada para casos excepcionais. De fato, ela mina com aquele que é, provavelmente, o mais importante princípio do direito empresarial: o da responsabilidade limitada. Entretanto, é irrazoável o entendimento de que a consolidação substancial não deve ser aplicada em nenhuma circunstância. Admitindo que essas duas premissas estão corretas, o debate deve estar direcionado para em que circunstâncias específicas a consolidação deve ser admitida e em que medida.¹²

A análise da possibilidade de formação de litisconsórcio ativo de sociedades do mesmo grupo em pedido de recuperação judicial (consolidação processual), para fins de unificação dos seus ativos e passivos (consolidação substancial) e o delineamento das circunstâncias em que essa medida conjunta de reestruturação empresarial pode ou deve ser aplicada, é essencial para o amadurecimento do tema, que como demonstrado e reconhecido pelos estudiosos da matéria no Brasil, nem mesmo na jurisdição norte americana, que a concebeu, é dotada de clareza:

A breve apresentação do tema demonstra que, muito embora bastante utilizada, a consolidação substancial não é, nem mesmo na jurisdição que a concebeu, dotada de clareza. As peculiaridades dos casos concretos adquirem relevância e impedem a uniformidade e solidez no trato da matéria. A incerteza quanto à futura aplicação da doutrina é também ressaltada, pois a Suprema Corte ainda não a adotou em nenhum caso. As dúvidas quanto à adequação da consolidação como instrumento para lidar com a recuperação de grupos societários, portanto, permanecem não obstante a relevância por ela adquirida ao longo dos últimos 50 anos de aplicação.¹³

Sob uma óptica macroscópica, a sistematização pretendida é importante para o desenvolvimento econômico e social do país. Afinal, o tema diz respeito não só àqueles envolvidos no processo concursal – sociedades em recuperação e credores – mas ao sistema

¹² Tradução livre de: “To be clear, we admit that substantive consolidation should not be applied as general rule; rather, it should be reserved to exceptional cases. It indeed undermines what is probably the most fundamental principle of corporate law: that of limited liability. It would however be unreasonable to take the view that under no circumstances whatsoever should consolidation be applied. Assuming that these two assumptions are right, the debate should therefore focus on which specific circumstances should allow consolidation and to what extent.”. PETER, Henry. *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?* In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 204/205. Disponível também em: <http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em: 19/03/2017.

¹³ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 771/772.

econômico como um todo. Nas palavras de Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damásio, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa:

(...) a função da legislação falimentar é a de prover o sistema econômico com um conjunto de regras de coordenação alinhando incentivos de forma a maximizar o resultado global. Além disso, na medida em que a legislação sinaliza com normas claras que preservem o direito de propriedade, regulem o cumprimento dos contratos e, em caso de insolvência efetiva, minimizem as perdas, as incertezas são mitigadas, proporcionando maior segurança para a atividade econômica, para as relações comerciais e para o mercado de crédito em particular.¹⁴

Como a Lei n. 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial e Falências, cuida apenas de sociedades isoladas sem qualquer consideração sobre os grupos de sociedades, pretende-se no presente trabalho fomentar o debate – ainda que de forma não exaustiva – sobre a possibilidade de, em processo de recuperação judicial se permitir a formação de litisconsórcio ativo e, ainda que em situações excepcionais, a consolidação de ativos e passivos de sociedades devedoras pertencentes a um mesmo grupo. Em suma, o problema que se pretende enfrentar é: é possível, em recuperação judicial de grupos societários, haver a chamada consolidação substancial? Em que situações?

Para investigá-lo, será observada a vertente de pesquisa jurídico-dogmática (trabalhar-se-á primordialmente com elementos internos ao ordenamento jurídico), mediante a utilização de raciocínio hipotético-dedutivo. O trabalho será centrado em duas fontes: pesquisa doutrinária e análise de decisões judiciais.

A pesquisa doutrinária será realizada mediante a consulta de obras jurídicas nacionais e estrangeiras que versem sobre os institutos relacionados ao tema em análise, em especial com a consolidação e a desconsideração da personalidade jurídica.

Não se pretende, nesta dissertação, fazer estudo de direito comparado, mas apenas noticiar o tratamento – também controvertido – dado à matéria, sobretudo nos Estados Unidos, já que o conceito de consolidação substancial nasceu exatamente da jurisprudência das cortes norte-

¹⁴ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p. 34.

americanas. Cuida-se de indispensável contribuição para a discussão sobre o tema e que pode auxiliar no seu tratamento e sistematização em âmbito nacional ou, ao menos, na fixação de balizas gerais das hipóteses de cabimento do litisconsórcio ativo e de quando ele poderá implicar também aglutinação dos passivos e ativos das sociedades devedoras grupadas (consolidação substancial).

Por estar o Direito inserido no campo das Ciências Sociais Aplicadas, a sistematização do entendimento que vem sendo consolidado nos tribunais é imprescindível para a identificação dos critérios adotados para deferir ou indeferir o pedido de recuperação judicial conjunta e em que hipóteses pode haver consolidação substancial, ou seja, quando é possível a reunião de ativos e passivos de sociedades pertencentes a um grupo em processo de recuperação judicial.

Para tanto, é necessário compreender a estrutura da LRE, pensada apenas para a empresa unissocietária; delinear o conceito de grupo societário e, ainda que de forma sucinta, o limites da responsabilização nessa estrutura; definir o tipo de litisconsórcio formado na recuperação judicial conjunta para fins de estabelecer as consequências de sua formação e, por fim, de forma a traçar possíveis diretrizes a serem observadas na recuperação judicial de grupo societário, identificar as peculiaridades da recuperação judicial conjunta, ou seja, quando há formação de litisconsórcio ativo.

Enfim, este é o trabalho que ora se apresenta como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito nessa prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

1. ESTRUTURA DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA – OS PROCEDIMENTOS PREVISTOS E A QUEM SE APLICAM

1.1. Recuperação judicial: princípios e atores

A LRE atendeu aos clamores doutrinários e internacionais e adequou o sistema concursal brasileiro às tendências das legislações mais modernas, especialmente por passar a prever mecanismos de recuperação da empresa em crise.

A recuperação judicial, que até então era instituto inédito no ordenamento brasileiro, tem como princípio basilar o da recuperação da empresa, previsto no art. 47 da LRE. Dele é possível inferir que o objetivo central do processo de recuperação é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo, assim, sua capacidade de produção e geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para sua recuperação:

Pretende-se assim estimular a recuperação da empresa desde que obedecidas restrições de viabilidade e eficiência. O modelo adotado foi calibrado de forma a gerar incentivos concretos a reorganização dos negócios, mas preocupado em coibir problemas de risco moral, que normalmente acompanham a condução ineficiente dos negócios e uma administração desvinculada dos interesses dos credores. A nova Lei de Falências busca evitar o quadro observado no regime anterior, em que a ausência de um ambiente de negociação entre credores e devedor e processos falimentares extremamente morosos levavam a deterioração dos ativos tangíveis e intangíveis da empresa.

Esse princípio geral de equilíbrio entre os objetivos do devedor e do credor na busca pela preservação da função social da empresa permeou a construção dos dois institutos que compõem o novo arcabouço falimentar.¹⁵

Trata-se de princípio que deve, portanto, nortear a interpretação de todos os demais dispositivos que regulam o processo de recuperação judicial.

Outra característica importante da recuperação judicial é o incentivo à negociação entre devedor e seus credores, na medida em que um dos principais problemas da concordata, prevista na

¹⁵ LISBOA, Marcos de Barros *et al.* A racionalidade econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 42/43.

legislação anterior, era o fato de ela ser solicitada pelo devedor e deferida pelo juiz, sem qualquer consulta aos credores. Para preencher essa lacuna, a LRE, promovendo relevante reforma no sistema concursal brasileiro, foi responsável pela atribuição, aos credores, de papel fundamental na recuperação judicial: concedeu à assembleia geral de credores a prerrogativa de deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano de recuperação.

Não é possível pensar em recuperação judicial de grupo societário sem cogitar da aplicação do princípio da preservação da empresa, pois ele justifica, em determinadas situações, a consolidação substancial – e, portanto, aglutinação de ativos e passivo das sociedades grupadas –, e da mitigação de outro princípio importante do direito empresarial, qual seja, o da autonomia patrimonial.

O papel dos credores, igualmente ganha destaque, porquanto em determinadas situações caberá a eles deliberar sobre a aplicação ou não da consolidação substancial. A legitimação exclusiva do devedor para dar início ao processo de recuperação judicial não é alterada. O que deverá ser objeto de análise é a legitimação do grupo, ou seja, quais sociedades verdadeiramente o compõe e podem, portanto, formular pedido conjunto – em litisconsórcio ativo – de recuperação judicial.

Todavia, embora seja claro que todas as partes tem incentivos individuais para buscar a recuperação de empresa, não se pode perder de vista que ela deve harmonizar os interesses de forma coletiva e não de credores ou devedoras individualmente considerados, devendo ser tomados, para tanto, os devidos cuidados, para não abrir margem ao risco moral, comportamentos oportunistas e aplicação da consolidação substancial de forma indiscriminada, gerando, assim, ambiente de insegurança jurídica e prejudicial ao mercado de crédito e financeiro. É a partir dessas premissas que o tema objeto deste trabalho deve ser analisado.

1.2. Empresa unissocietária: uma sociedade, um patrimônio, uma insolvência

Os grupos de sociedades, pela sua importância no desenvolvimento econômico, foram objeto de regulamentação pela LSA. Era de se esperar que a LRE, que reformulou os alicerces legais do direito concursal brasileiro e trouxe positivas inovações em relação à sistemática anterior,

regulamentada pelo Decreto Lei n.º 7.661/45, também tratasse de forma semelhante e com a atualidade necessária a temática relativa aos grupos de sociedades. Entretanto, não foi o que ocorreu, provavelmente pelo fato de a própria de LSA ter adotado regulamentação pouco rígida em relação aos grupos de sociedades.

A LRE foi concebida para disciplinar a falência e a recuperação judicial de sociedades empresárias de forma atomizada, ou seja, considerando sua atuação de forma isolada. A concentração empresarial e a larga utilização dos grupos como técnica organizativa foi desconsiderada, não dispondo a LRE de regras materiais e processuais específicas para as situações em que os entes em crise não são sociedades empresárias isoladas mas sociedades que compõem determinado agrupamento¹⁶.

Portanto, a despeito de a realidade fática revelar que a atuação empresarial moderna se dá, frequentemente, por meio da constituição de grupos de sociedades, a estrutura da LRE ainda observa a máxima “uma pessoa, um patrimônio, uma insolvência”, o que gera inconvenientes que demandam a sua superação¹⁷.

A legislação e a doutrina¹⁸ brasileiras, dispõem, como regra geral, que se uma sociedade se tornar insolvente, independentemente de ser ou não parte de um grupo, ela será individualmente

¹⁶ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 735.

¹⁷ Gustavo Saad Diniz, em artigo sobre os critérios para aplicação da extensão dos efeitos da falência afirma que “não se mensuram, nessa solução [utilização da desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos da falência para sociedades em grupo] os problemas do tratamento indistinto de credores, os mesmo do comprometimento de ativos de unidade do grupo que não concorreu para os riscos assumidos pela unidade insolvente. Tais questões resultam do grande paradoxo da unidade na diversidade (*Einheit in Vielfalt*) que representa a questão de grupos e, ainda, o necessário rompimento da pauta básica de “uma pessoa, um patrimônio, uma insolvência” (*eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz*), em razão do âmbito da empresa provocado pelo grupo (...)”. DINIZ, Gustavo Saad. Falência de grupos societários: critérios de extensão dos efeitos da falência. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Almedina: 2015. p. 488.

¹⁸ Jorge Lobo ao tratar da extensão dos efeitos da falência assenta que a autonomia jurídica e patrimonial das sociedades pertencente a um grupo devem, como regra geral, ser preservadas mesmo diante do cenário de insolvência: “(...) estou convencido de que as sociedades grupadas, quer pertençam a grupos de fato, quer a grupos de direito, se mantêm, sob o aspecto jurídico, independentes e autônomas umas das outras, por força do instituto da personificação, extraordinária conquista da Ciência Jurídica, que os operadores do Direito, em suas diversas áreas de atuação, têm o dever de preservar em toda sua plenitude e grandeza e, por conseguinte, o dever de insurgirem-se contra o desvirtuamento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, sobretudo quando ela é empregada para “estender a falência” ou “estender os efeitos jurídicos da falência”. LOBO,

considerada, ou seja, responderá sozinha pelos seus débitos com seus próprios ativos. O art. 1º da LRE ao assentar que a lei cuida da recuperação e da falência da sociedade empresária, o faz de forma restritiva, ou seja, considerando a sociedade empresária isoladamente. Essa conclusão é revelada pela leitura da lei que, apesar de não ignorar a existência dos grupos de sociedades, trata das sociedades controladoras, controladas e coligadas apenas no art. 43, dispondo sobre sua participação e direito de voto em assembleia geral de credores¹⁹. Nada mais.

A ausência de regulamentação sobre a insolvência de grupos de sociedade não é verificada apenas no Brasil. A lei modelo da UNCITRAL sobre insolvência²⁰, revela que grande parte das leis societárias e falimentares nacionais não abordam a insolvência de grupos de sociedades, apesar de questões envolvendo-os serem tratadas fora da situação falimentar como em relação ao tratamento contábil, questões regulatórias e fiscais, de forma que a ausência de legislação sobre a matéria e a discreta intervenção judicial conduzem à inteligência de que cada sociedade deve ser individualmente considerada²¹.

Essa abordagem clássica baseia-se, essencialmente, nos princípios da personalidade jurídica e da limitação de responsabilidade, que se traduzem na *separação patrimonial* ou, na significativa expressão cunhada por Kraakman e Hassan, “*asset partitioning*”: os ativos da sociedade devem garantir a satisfação dos débitos dos seus credores²².

Jorge. Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, jan/mar. 2009, p. 82.

¹⁹ Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

²⁰ A UNCITRAL (United Nation Commission on International Trade Law), comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional foi criada em 1966 com o objetivo de promover progressiva harmonização e unificação do direito mercantil internacional. Trata-se de órgão jurídico central da ONU, de composição universal, dedicado à reforma da legislação mercantil a nível mundial. Dentre os seus guias legislativos, há um específico sobre a lei de insolvência (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) que trata dos principais objetivos e princípios que deveriam estar refletidos nas de insolvência de um Estado. Sua finalidade é contribuir para a reforma dos regimes de insolvência de todo o mundo e servir como referência para as autoridades nacionais e seus órgãos legislativos ao prepararem suas novas regulamentações. As disposições específicas sobre a insolvência de grupos de sociedades estão na parte 3 do Guia Legislativo.

²¹ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 19.

²² HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the Rise of the Firm. *Yale Law & Economics Research Paper*. n. 326. Janeiro, 2006, p. 62. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=873507>>. Acesso em: 25/06/2017, p. 4/7

É inquestionável, que a separação patrimonial e a limitação de responsabilidade, tidas como principal função do recurso à técnica grupal de organização da empresa plurissocietária, devem ser observadas também nos grupos societários, mas sem se perder de vista que eles foram criados para *“racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem”* e em relação aos quais *“a confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente”*²³.

Enquanto o grupo de sociedades é solvente, o fato de ele ser constituído por várias sociedades formalmente independentes e a maneira como ele é organizado não é um problema. Essa organização é, por vezes, ignorada ou, até mesmo, relegada pelos terceiros, os quais agem como se estivessem lidando com uma unidade empresarial única e não com um grupo societário. Todavia, se uma ou mais sociedades do grupo se tornam insolventes, não raro surgem dúvidas sobre se e em qual medida cada uma das pessoas jurídicas que compõem o grupo deve realmente ser tratada como uma sociedade isolada²⁴.

O reconhecimento da autonomia jurídica e patrimonial das sociedades não é absoluto e pode, em algumas situações excepcionais, ser questionado ou mesmo mitigado. Ao discorrer sobre o tema, Sheila Cerezetti²⁵ indica que a regulação da LRE, que cuida apenas de sociedades empresárias isoladas – e, conseqüentemente, se pauta no princípio da separação patrimonial de forma estrita – desconsidera a *“interdependência entre sociedades, muito embora esta adquira relevância extrema em cenários de crise, dado que o grupo é normalmente marcado por emaranhamento contratual que resultam responsabilidades cruzadas.”*. E conclui: *“esta opção legal gera resultados perniciosos de duas ordens, uma relacionada com os direitos de credores, e outra que diz respeito às próprias chances de sucesso de uma medida de reestruturação empresarial incapaz de levar em conta a realidade fática que envolve as devedoras”*.

²³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 499.

²⁴ PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how? In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 201.

²⁵ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 747.

Quanto aos credores, a doutrinadora afirma que o tratamento atomizado das sociedades do grupo, pautado na limitação de responsabilidade e na autonomia patrimonial mesmo quando, na prática, as sociedades agrupadas estão ligadas por relações societárias que afetam, diretamente, a forma como seus negócios são traçados e como elas se relacionam com terceiros, pode acarretar em potencial tratamento injusto a eles.

Ainda sob o enfoque dos credores, a doutrina estrangeira de Henry Peter²⁶ aduz que o tratamento atomizado dado às sociedades de um grupo conduz a uma liquidação separada de seus patrimônios, podendo algumas delas ir à falência e outras permanecer solventes. Essa situação desencadeia uma batalha sobre os bens anteriormente unificados. O arsenal do qual as partes dispõem variam de contratuais a extracontratuais, questionamentos sobre possíveis atos ilícitos e alienações fraudulentas (ação pauliana), má-gestão e sonegação de dividendos; em alguns casos pode até mesmo levar à medida excepcional da desconsideração da personalidade jurídica, por meio da qual os credores de uma sociedade tentam atingir os ativos de outra. E qual a consequência da utilização de todas essas medidas? Conclui o autor: *“As deficiências e limites inerentes ao tratamento atomizado das sociedades são bem conhecidos; tempo considerável, esforço e, portanto, custos, são, em especial, gastos em demandas intergrupo. Consequentemente, parte substancial dos ativos são gastos em disputas intergrupo ao invés de beneficiar a boa-fé dos seus credores externos”*²⁷.

Além da questão da eficiência com a redução do tempo e dos custos de transação gastos em um processo de recuperação judicial, o que, inquestionavelmente, beneficia os credores, outro fato que leva à necessidade de se repensar o tratamento atomizado conferido às sociedades

²⁶ PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how? In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 201/202.

²⁷ Tradução livre de: “The inherent limits and deficiencies of this atomistic approach are well-known; considerable time, effort and therefore costs are in particular spent on inter-company claims. Consequently, a substantial part of the overall assets are spent on intra-group battles, instead of benefiting the group’s good faith external creditors.” PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how? In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 202.

pertencentes a um grupo é o denominado “efeito dominó” o qual, como ressalta a doutrina estrangeira, é o fato de a insolvência de uma sociedade do grupo, frequentemente, desencadear a insolvência de outras sociedades do grupo²⁸.

A lei modelo da UNCITRAL para insolvência destaca que uma das questões-chave sobre a insolvência de grupo de sociedades está relacionada ao seu grau de interligação econômica e organizativa, como esse nível de integração pode afetar o tratamento do grupo e, especialmente, em que medida um grupo altamente integrado pode ser tratado de forma distinta daquele em que as sociedades que o compõem detém elevado grau de independência²⁹.

Em alguns casos, em que a estruturação do grupo é variada, de forma que há atividades não relacionadas entre si, a insolvência de um ou mais membros do grupo pode não afetar os demais. Em outros, em que as atividades do grupo são intimamente relacionadas, o tratamento atomizado pode, nem sempre, alcançar o melhor resultado para a devedora individual ou para o negócio do grupo como um todo, e a insolvência de um membro do grupo pode gerar dificuldades financeiras para outros. É quando se verifica o efeito dominó, circunstância em que a insolvência de uma sociedade do grupo inevitavelmente acarretará na insolvência dos demais membros, e na qual, segundo a UNCITRAL, seria conveniente avaliar a insolvência levando em consideração a situação do grupo como um todo ou ao menos coordenando a análise da situação financeira de todos os seus membros.

A interligação passível de gerar o efeito dominó não se restringe àquela relacionada à conexão entre as atividades empresárias realizadas pelo grupo, mas à existência de garantias cruzadas. Quando o financiamento das sociedades é feito considerando o grupo como um todo, por meio de garantias cruzadas, o financiamento concedido a um dos membros do grupo pode afetar as responsabilidades de outro, ou medidas que afetem o patrimônio de sociedade do grupo (como, por exemplo, a desconsideração da personalidade jurídica) podem, igualmente, atingir o

²⁸ PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. In: *Texas International Law Journal*, 42, 2007. p. 820.

²⁹ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 20.

patrimônio e as responsabilidades de sociedades, comprometendo, assim, a continuidade do negócio grupal.

As peculiaridades dos grupos exigem, portanto, uma visão de conjunto que a recuperação isolada de uma das sociedades não proporciona, pois o sucesso da recuperação judicial e reestruturação da atividade empresária depende, muitas das vezes, da adoção de medidas capazes de envolver muitas, se não todas, as sociedades do grupo que contribuem para o desempenho do negócio³⁰.

Diante dessa necessidade e da ausência de previsão legal específica sobre a recuperação judicial de grupos societários, a solução dos impasses relativos à questão foi delineada, inicialmente, pela jurisprudência norte-americana, que cunhou o conceito da chamada “consolidação”. As decisões proferidas pelas cortes de falência foram e ainda são objeto de discussão pela doutrina, que é controvertida, especialmente em relação à consolidação substancial, tanto em relação à possibilidade de sua aplicação como às circunstâncias que a autorizariam.

No Brasil, ainda que de forma intuitiva, ou seja, sem que seja invocado o conceito jurisprudencial e doutrinário de consolidação, a solução encontrada pelas devedoras foi a de ingressar em juízo com pedido de recuperação judicial formulado por todas ou parte das sociedades integrantes do grupo em litisconsórcio ativo, uma vez que essas, ao contrário do grupo – que não possui personalidade jurídica própria –, são dotadas de legitimidade ativa:

A lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam, obviamente, todas aos requisitos legais de acesso à medida judicial.

Mas, para aceitar o litisconsórcio ativo na recuperação requerida, o Poder Judiciário tem considerado indispensável a existência de grupo econômico entre as requerentes.³¹

³⁰ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 748.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

Diante da ineficiência da abordagem atomística tradicional, em especial quando se está diante de um procedimento de recuperação judicial, tem-se verificado, portanto, uma tendência à adoção da consolidação processual e substancial. Esta última, por ser medida excepcional³², deve ser precedida das cautelas necessárias e observar determinados requisitos. A aplicação pouco criteriosa da consolidação substancial, em desrespeito indiscriminado dos limites impostos pela autonomia patrimonial das pessoas jurídicas pode, como teme parte da doutrina, eliminar muitos dos benefícios verificados na constituição de um grupo de sociedades³³ e criar insegurança jurídica³⁴, na medida em que os terceiros não terão claro entendimento sobre a norma aplicável ao caso – autonomia ou consolidação patrimonial.

O próximo capítulo, além de breve histórico e conceituação da consolidação e seus tipos, abordará os critérios invocados pela jurisprudência norte-americana, doutrina estrangeira e nacional para aplicação da consolidação, a diferença do instituto em relação à desconsideração da personalidade jurídica, tudo com o intuito de sistematizá-lo para que o Poder Judiciário possa aplicá-lo de forma adequada e não indiscriminada.

³² PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how? In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 204.

³³ SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 231

³⁴ WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 224.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DOS GRUPOS DE SOCIEDADES – A CHAMADA “CONSOLIDAÇÃO”

A questão central na crise e insolvência de grupo de sociedades é se o grupo deve ser tratado como uma entidade única ou se deve ser feita a distinção entre cada uma das sociedades que o compõem. Na dicção de Henry Peter, a escolha é entre conferir às sociedades um tratamento consolidado ou atomizado³⁵. E, uma das soluções encontradas por alguns sistemas concursais para lidar com a situação da crise de grupos de sociedades é consolidação³⁶.

Existem dois tipos de consolidação: processual e substancial. A consolidação processual significa simplesmente que os processos de insolvência serão tratados conjuntamente. Não há agrupamento dos ativos das companhias e cada credor reivindica seu crédito apenas contra as sociedades com as quais negociou. Trata-se de consolidação amplamente aceita e que tem como objetivo principal facilitar e otimizar as recuperações judiciais de dois ou mais membros de um grupo. É, vale dizer, uma consolidação, ou seja, união, *dos processos* de recuperação judicial.

Já a consolidação substancial, é excepcional e demanda, portanto, mais cautela em sua aplicação. Isso porque, nesse tipo de consolidação todos os ativos e passivos das sociedades do grupo são unificados, formando uma única *massa* de direitos e obrigações. As demandas e reivindicações de cada credor são direcionadas contra o grupo como um todo e não apenas contra a sociedade com a qual ele contratou, o que, atinge, portanto, direitos substanciais das inúmeras partes envolvidas com as devedoras.

³⁵ “However, if one or more of the components becomes insolvent, the question often arises as to whether and to what extent each of the related companies should really be treated as a separate entity.” PETER, Henry. *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?* In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 201.

³⁶ “Três são as soluções encontradas por alguns sistemas concursais para enfrentar as dificuldades trazidas pelo concurso de sociedades que pertencem a grupo societário: (i) subordinar os créditos de sociedades do grupo aos créditos de terceiros; (ii) tornar mais rígidas as regras de deveres e responsabilidade de administradores, e (iii) consolidar o concurso e/ou das dívidas do grupo.”. 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 748.

Quem é contra a consolidação substancial argumenta que “*é compreensível que a ordem jurídica tome medidas contra as situações específicas acima mencionadas [fraude contra credores, crença dos credores no grupo como uma única sociedade, entrelaçamento de bens e contas, significativa subcapitalização do grupo ou de parte do grupo, facilitação do plano de recuperação, benefício aos credores]. Todavia, as sanções para essas situações já estão previstas nas leis civil (responsabilidade), criminal (fraude, falsificação de documento), executiva (ação pauliana).*”³⁷

Outro argumento invocado é o de que a função do ordenamento jurídico, no tocante ao funcionamento da economia, é de garantir previsibilidade ou segurança jurídica. Assim, as partes têm que ter conhecimento de quem é responsável e com quais bens irá responder³⁸. Não havendo previsibilidade de quando a consolidação será aplicada ou não, o resultado é o aumento da insegurança jurídica.

Esse mesmo argumento, ainda que sob uma abordagem com outro enfoque, é destacado como ponto de atenção mesmo por aqueles que são favoráveis à consolidação. A ressalva feita é no sentido de que a aplicação indiscriminada do instituto, em desrespeito aos limites formais da pessoa jurídica, acabaria por eliminar os benefícios da estruturação da empresa mediante a formação de grupo de sociedades, especialmente a redução dos custos de transação ³⁹.

³⁷ Tradução livre de: “It is understandable that the legal order should take actions against the above mentioned specific constellations. However, sanctions are already provided for in substantive civil law (liability), criminal law (fraud, forgery of a document) and enforcement law (actio pauliana).” STAEHELIN, Daniel. No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 216.

³⁸ Tradução livre de: “A crucial task of the legal order for the functioning of the national economy is to provide foreseeability or legal security. Everyone has to know who is held liable in relation to what assets.” STAEHELIN, Daniel. No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 218.

³⁹ “Housing the business in a separate corporation may facilitate monitoring and reduce managerial agency costs, for instance, whereas treating it as an unincorporated division gives managers greater flexibility to shift funds from one part to another to take advantage of changing business conditions. If bankruptcy courts routinely agreed to substantive consolidation, and thus did not respect the formal corporate boundaries, they would undermine many of these benefits provided by the choice of enterprise form.” SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 231.

Por outro lado, negar, também indiscriminadamente, a aplicação da consolidação é, na expressão de Henry Peter, privilegiar a forma sobre a substância⁴⁰, ignorando que a separação patrimonial não é um princípio absoluto e pode, excepcionalmente, ser mitigado, a exemplo da desconsideração da personalidade jurídica, importante medida da qual os credores podem se valer para resguardar seus direitos. Essa possibilidade de mitigação torna-se ainda mais importante quando se está diante de um grupo, forma de organização em que, frequentemente, há uma interdependência econômica entre as sociedades isoladamente consideradas, seja em virtude de garantias cruzadas (que podem ou não conduzir à ideia de fraude, a depender do seu grau), seja em virtude da indissociabilidade das atividades por elas exercidas.

A adoção de qualquer dos tipos de consolidação deve ser, portanto, precedida das cautelas necessárias, dentre elas a precisa identificação de quais sociedades podem ser consideradas como pertencentes ao grupo. Por essa razão, a compreensão do que são os grupos de direito e de fato é indispensável à correta inteligência e aplicação do instituto.

É preciso identificar também se a interdependência entre as sociedades decorre de práticas legalmente aceitas ou de abuso na utilização da sua estrutura formal e se o grau de entrelaçamento das empresas e/ou do patrimônio das sociedades demanda recuperação judicial conjunta. Trata-se de providência essencial para fins de definir se a consolidação, à luz da classificação dada pela doutrina nacional, será voluntária (aprovada pelos credores) ou se será obrigatória (imposta pelo juiz).

Por fim, apesar de a consolidação substancial guardar relação com a desconsideração da personalidade jurídica e com a extensão dos efeitos da falência, esses institutos não se confundem. A desconsideração da personalidade jurídica é medida que visa proteger os credores e foi pensada para lidar com a sociedade individualmente considerada e para situações episódicas e específicas. Já a extensão dos efeitos da falência, é adotada, como o próprio nome diz, apenas nos processos de falência, ou seja, liquidatários, e se aproxima da consolidação

⁴⁰ PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 204/205. Disponível também em: <http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em: 19/03/2017.

substancial apenas quando ela for obrigatória, ou seja, nas situações em que verificado abuso de direito e confusão patrimonial.

A despeito de a lei modelo da UNCITRAL admitir a possibilidade de aplicação da consolidação substancial tanto nos processos de falência como de recuperação judicial⁴¹, parece correto, em especial na jurisdição brasileira, o posicionamento de Sheila Cerezetti, para quem a consolidação é específica para procedimentos de cunho reorganizativo⁴². Conforme será visto adiante, a consolidação substancial não é apenas um mecanismo de coibição da fraude e proteção aos credores, mas também um meio de recuperação judicial. Daí, portanto, ser instituto próprio da recuperação judicial.

2.1. Consolidação processual

A doutrina nacional define consolidação processual como sendo a “*condução conjunta da recuperação judicial de devedoras que compõem um grupo societário*”, e esclarece que “*ela não tem o condão de afetar direitos e responsabilidades de credores e devedores, sendo apenas uma medida de conveniência administrativa e economia processual.*”⁴³.

A lei modelo da UNCITRAL para insolvência trata da “*procedural coordination*” (coordenação processual), que seria um gênero do qual a consolidação processual é espécie. Nos termos da lei modelo, a consolidação processual é verificada quando há a união dos processos de

⁴¹ “Substantive consolidation is typically discussed in the context of liquidation, and the legislation that authorizes it does so only in that context. There are, however, legislative proposals that would permit substantive consolidation in the context of various types of reorganization. In jurisdictions without specific legislation, substantive consolidation orders may be available in both liquidation and reorganization, where such an order would, for example, assist the reorganization of the group.”. UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p.60.

⁴²Esse posicionamento pode ser inferido de várias passagens do seu artigo, exemplificativamente: “A proximidade com a consolidação, específica para procedimentos de cunho reorganizativo, contudo, limita-se a uma das suas modalidades.”(p. 750); “Deve-se desde logo destacar que a consolidação substancial busca atuar apenas no ambiente da recuperação judicial, ou seja, ela serve somente ao propósito de pagamento dos credores, e não tem o condão de alterar a estrutura legal e organizativa das devedoras, que permanecem sociedades independentes.” (p.772). 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

⁴³ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 750/751.

insolvência perante um mesmo juízo⁴⁴. Ela define a coordenação processual – conceito aplicável também à consolidação processual – como sendo a coordenação da administração de dois ou mais processos de insolvência de sociedades pertencentes a um mesmo grupo, e destaca que a autonomia jurídica e patrimonial de cada membro é preservada, de forma que os ativos e responsabilidades de cada sociedade permanecem separados e distintos⁴⁵.

Apesar de a lei modelo não ser expressa quanto à possibilidade de aplicação da consolidação processual em processos liquidatórios – ou seja, em processos de falência – mas sugerir que sim – já que o tópico específico sobre a “*procedural coordination*” está inserido no capítulo II, B, que aborda os processos de insolvência (reorganização e liquidação) de forma genérica – ela o é em relação aos processos de recuperação judicial. Ao tratar da possibilidade de modificação ou encerramento da ordem de coordenação processual, a lei modelo assenta que essas medidas são apropriadas para as situações de *recuperação judicial* coordenada, nos casos em que a reorganização não é bem sucedida e a liquidação dos membros do grupo deve ser feita separadamente.

O conceito de consolidação processual dado pela doutrina estrangeira também não diverge da definição da doutrina nacional e da UNCITRAL:

Antes das breves considerações sobre o tratamento da consolidação substancial na jurisprudência norte-americana, é necessário, primeiramente, traçar as distinções entre os dois tipos de consolidação: administrativa (ou processual) e substancial. A consolidação administrativa significa simplesmente que as insolvências serão processadas conjuntamente. Não há aglutinação de ativos das companhias, e cada credor faz reivindicações apenas contra a sociedade com a qual se relacionou.⁴⁶

⁴⁴ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 30.

⁴⁵ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 2.

⁴⁶ Tradução livre de: “Before we briefly consider the current treatment of substantive consolidation in U.S. bankruptcy cases, we should first distinguish between two kinds of consolidation: administrative (or procedural) and substantive. Administrative consolidation simply means that the bankruptcies are handled together. There is no pooling of the assets of the companies, and each creditor asserts a claim only against the entity it actually dealt with. SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 230.

Tendo em vista que o presente trabalho versa, exclusivamente, sobre a recuperação judicial de grupos de sociedades, a expressão consolidação processual aqui referida define-se pela condução conjunta da *recuperação judicial* de devedoras que compõem um grupo societário. Mais precisamente, pelo pedido conjunto de recuperação judicial, ou seja, em litisconsórcio ativo, feito por devedoras integrantes de um mesmo grupo. A consolidação processual é inclusive admitida pela doutrina nacional como “sinônimo” de litisconsórcio ativo na linguagem empresarial⁴⁷.

Mas o que justificaria a consolidação processual? A lei modelo da UNCITRAL para insolvência, fixa como finalidade geral da consolidação processual a eficiência e a redução de custos e elenca uma série de possíveis benefícios dela advindos, como reunião conjunta de assembleias de credores, simplificação na apuração de créditos, facilitação de troca de informações para que se obtenha precisa compreensão da situação societária e financeira das devedoras, possibilidade de realização de venda coordenada de bens, adoção dos mesmos prazos processuais para os importantes momentos da recuperação, tais como para a apresentação das relações de credores e dos planos de recuperação judicial, bem como para a realização de assembleia de credores para deliberação sobre proposta das devedoras.

De acordo com a lei modelo da UNCITRAL⁴⁸ e com a doutrina estrangeira⁴⁹, uma medida possível de se adotar na “*procedural coordination*” é a nomeação do mesmo administrador para cada um dos processos de insolvência para que ele possa ter, assim, uma visão global das relações dentro do grupo, avaliar melhor as causas de insolvência e, ainda, supervisionar de forma mais satisfatória as medidas implementadas no processo concursal, seja em relação ao plano de recuperação, seja em relação à liquidação das sociedades.

⁴⁷ Francisco Satiro e Sheila Cerezetti, ao tratarem do tema afirmam que é “corriqueira a busca pela solução da crise por meio de processo judicial com número múltiplo de autoras. Trata-se do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo ou, na linguagem mais específica do Direito Concursal, da consolidação processual.”. 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, p. 216/217.

⁴⁸ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 27 e 32.

⁴⁹ PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. In: *Texas International Law Journal*, 42, 2007. p. 826/827.

A despeito de a nomeação de um mesmo administrador ser mais eficiente e evitar perdas decorrentes de atritos que podem surgir entre os vários administradores, a doutrina destaca que sua principal desvantagem é uma possível perda da neutralidade e da independência do administrador em virtude do provável conflito de interesses entre as sociedades⁵⁰.

Mesmo diante da possibilidade de existirem casos em que a nomeação de um mesmo administrador possa afetar interesses contrapostos das sociedades pertencentes ao grupo, havendo conflito de interesse acredita-se que a identidade de administração pode ser, ao contrário, benéfica, já que ciente da situação de cada sociedade, o administrador poderá, em especial em processo de recuperação judicial, pensar soluções para a superação da crise do grupo como um todo e não nos interesses particulares de cada um de seus membros. Essa perspectiva vai de encontro, inclusive, com o objetivo do processo de recuperação judicial, qual seja, preservar a empresa.

A nomeação de administrador único é uma possibilidade na consolidação processual, não sendo obrigatória. Conforme ressaltado por Sheila Cerezzeti, caso necessário ao bom andamento do processo poderá haver nomeação de diferentes administradores, seja desde o início da recuperação, seja mediante a substituição de um administrador anteriormente indicado⁵¹.

Conquanto a nomeação de um administrador único possa efetivamente contribuir para uma maior eficiência na apuração das informações das sociedades isoladas pertencentes ao grupo, as demais situações, indicadas como possíveis benefícios da medida, parecem, ao contrário, ser prejudiciais ao processamento das recuperações judiciais. Mesmo em ações de menor complexidade que uma recuperação judicial, há preocupação com a formação de litisconsórcio

⁵⁰ “A rather prominent model is the appointment of just one insolvency administrator for all proceedings of the group members. The main advantage of that model is that frictional losses, through the cooperation of several administrators, are avoided. There is no need to exchange information to coordinate the proceedings or to cooperate in general. Some experience with cases under the umbrella of the EIR leave the impression that the written version of these obligations is sweeter than their practical realization. The handling of the multiple proceedings is considerably more efficient. However, the main disadvantage of this approach is the administrator’s potential loss of neutrality and independence; there is a certain realistic threat of a collision of interests.”. PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. In: *Texas International Law Journal*, 42, 2007. p. 826/827.

⁵¹ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 754.

ativo, em virtude do tumulto processual que pode ser gerado pela pluralidade de partes. Tanto que é expressamente permitido ao juiz limitá-lo quando a medida puder comprometer a rápida solução do litígio (CPC/15, art. 113, §1º).

O processo de recuperação judicial de sociedade isolada já é, por sua natureza concursal, complexo. A reunião de várias recuperações judiciais em um mesmo processo – é esse o resultado da consolidação processual – torna-o, sem dúvida, ainda mais intrincado, o que contrasta com uma das razões que a justificam: celeridade. A formação de litisconsórcio ativo em recuperação judicial deve, portanto, ter um propósito maior, de forma que os benefícios advindos da medida – como a recuperação da empresa – superem os inevitáveis entraves a ela inerentes.

Há entendimento jurisprudencial de que a consolidação processual, ou seja, a formação de litisconsórcio ativo, só se justificaria nos casos em que fosse possível também a consolidação substancial.

A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar agravo de instrumento interposto pelo Banco HSBC contra a decisão primeva, que deferiu o pedido de formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial proposta por dez sociedades do grupo OAS⁵², assentou que *“admitido o litisconsórcio ativo entre as empresas recuperandas, por conta da comunhão de interesses e obrigações reconhecida, não há razão justificante para a apresentação de planos separados, porquanto **a pluralidade ativa somente tem proveito acaso as massas sejam mantidas unidas.**”* (g.n.).

Em outra oportunidade, a mesma Câmara, ao julgar agravo de instrumento, também contra decisão de 1ª instância que deferiu o processamento de recuperação judicial conjunta das agravadas, admitindo a formação de litisconsórcio ativo, assentou que:

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

⁵² TJSP, AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/08/2015.

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 substancial - e as especificidades do processo judicial de rito especialíssimo destinado a dar-lhe operatividade, não se pode falar em 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.⁵³ (g.n.)

Parece correto tal entendimento. Conforme será visto adiante, como a consolidação processual implica formação de litisconsórcio facultativo *comum*, o resultado final do pedido de recuperação para cada uma das sociedades do grupo poderá ser distinto. Ou seja, uma sociedade pode ter a recuperação deferida enquanto outra, não. Como processar recuperação de uma sociedade e falência de outra em um mesmo processo?

Até mesmo na fase de deliberativa podem surgir inconvenientes no processamento de recuperações judiciais conjuntas. Na consolidação processual, cada sociedade deve apresentar seu plano de recuperação de forma individualizada – pois a medida, em verdade, representa o processamento conjunto de recuperações judiciais de sociedades isoladas que compõem um mesmo grupo –, o qual será objeto de deliberação apenas pelos *seus respectivos* credores. Assim, é possível que o plano de uma delas seja aprovado e entre, imediatamente, em fase de cumprimento, enquanto o de outra seja objeto de impugnação pelos credores para que sejam feitas modificações, por exemplo. Haverá, nessa situação, um completo descompasso entre os momentos de cada recuperação o que tumultuará e retardará o seu andamento.

Não podem ser desconsiderados, também, possíveis prejuízos à efetiva participação dos credores no processo de recuperação judicial em virtude da definição do foro competente. Como

⁵³ TJSP, AI nº 2123667-67.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Fábio Tabosa, j. 16/11/2015.

será visto no capítulo 3, em matéria de recuperação judicial de grupos societários a definição da competência obedece a mesma regra aplicada à recuperação de sociedade isolada, prevista no art. 3º da LRE, qual seja, a do principal estabelecimento. Não havendo um propósito material na consolidação, não parece justificável o deslocamento da competência, o que pode acarretar dificuldade na participação de credores trabalhistas e fornecedores de menor porte já que apesar da indefinição jurisprudencial sobre a questão, há uma tendência a se considerar como principal estabelecimento o centro decisório do grupo e não o seu centro econômico operacional.

Diante dos entraves e inconvenientes mencionados, a formação do litisconsórcio ativo só seria justificável quando vislumbrada a possibilidade de, no caso concreto, haver também a consolidação substancial. Conforme será visto adiante, quando, à luz da classificação dada pela doutrina nacional, a consolidação substancial for *voluntária*, ela dependerá da aprovação pelos credores. Caso os credores a rejeitem, a recuperação de cada sociedade se fará de forma isolada, cada uma respondendo aos seus credores com seus ativos. É inquestionável que nessa situação podem, eventualmente, ser verificados todos os problemas da consolidação processual anteriormente expostos. Entretanto, o propósito inicial de recuperação *do grupo*, com união de ativos e passivos como meio de soerguimento da empresa (consolidação substancial), ainda que não venha a ser concretizado, justifica a formação do litisconsórcio ativo.

Entretanto, o entendimento doutrinário preconizado por Sheila Cerezetti, é de que a mera consolidação processual seria justificável:

Há quem defenda que a consolidação processual apenas se justifica se for acompanhada da reunião de ativos e passivos das autoras, ou seja, da consolidação substancial, abaixo abordada. Sob essa linha de raciocínio, a possibilidade de elaboração financeira compartilhada para a crise empresarial seria o fim último da admissibilidade de um concurso preventivo de grupo. Não seja esta uma relevante justificativa para que se admita o processamento conjunto de múltiplos pedidos de recuperação, a opinião não parece ser sustentar. Isso porque, mesmo na inexistência de consideração conjunta de ativos e passivos das devedoras, a simples possibilidade de lidar com a crise em processo único pode gerar maior chance de sucesso e redução de custos.⁵⁴

⁵⁴ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p 751.

A partir da perspectiva da autora, é pressuposto da consolidação substancial a formação de litisconsórcio ativo, mas a simples consolidação processual não conduz, necessariamente, à consolidação substancial. A despeito de se entender que esse posicionamento não é sustentável, caso ele seja adotado, é importante que o juiz responsável pela recuperação judicial conjunta defina o alcance do litisconsórcio ativo eventualmente formado, para que não haja uma automática transmutação de consolidação que, inicialmente, poderia ser apenas processual, em consolidação substancial, até mesmo porque os requisitos para tanto são diferentes. Trata-se de questão que merece aprofundamento e que será debatida de forma mais aprofundada no capítulo 3.

Independentemente do alcance do litisconsórcio ativo, fato é que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo a possibilidade de sua formação. Para tanto, diante da ausência de disposição expressa na LRE sobre a formação de litisconsórcio em pedido de recuperação judicial, mas da previsão de aplicação subsidiária do CPC aos procedimentos nela previstos (LRE, art. 189), os juízes e Tribunais, invocando o atual art. 113 da lei processual (correspondente ao art. 46 do CPC/73), tem admitido a pluralidade de devedoras no polo ativo⁵⁵. Entretanto, tanto a doutrina⁵⁶ como a jurisprudência⁵⁷ admitem a formação do litisconsórcio ativo apenas quando há comprovação de que as autoras compõem grupo de sociedade.

Portanto, sendo a configuração de grupo societário requisito necessário ao deferimento do pedido de litisconsórcio ativo, é importante retomar, ainda que de forma breve, os conceitos do direito societário acerca do fenômeno grupal, para permitir sua adequada identificação.

⁵⁵ Ver exemplificativamente: TJMG, AI 1.0473.14.002702-9/002, Des. Relator Washington Ferreira, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2015; TJSP, AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/08/2015; TJRJ, AI 0005927-83.2016.8.19.0000, Primeira Câmara Cível, Des. Relator Sérgio Ricardo A. Fernandes, j. 26/04/2016.

⁵⁶ “Importante mencionar que, quando da análise do pedido de processamento da recuperação, espera-se do juiz, como abordado, a apreciação do formal dos requisitos e exigências legais. Mas, nos pedidos de litisconsórcio ativo, a análise deve, além disso, passar pela averiguação da existência do grupo, seja ele de fato ou de direito.”. 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p 758.

⁵⁷ “(...) para aceitar o litisconsórcio ativo na recuperação requerida, o Poder Judiciário tem considerado indispensável a existência de grupo econômico entre as requerentes.”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

2.1.1. Requisitos para aplicação: configuração de grupo societário e vinculação entre as atividades exercidas pelas sociedades grupadas

Como, conforme explicitado, a consolidação processual – ainda que não admitida por si só – é pressuposto da consolidação substancial, os requisitos aqui tratados, apesar de não serem os únicos, são imprescindíveis para a aplicação da consolidação substancial. Portanto, os julgados citados neste tópico se referem tanto a casos envolvendo consolidação processual como consolidação substancial. Entretanto, será dado enfoque aos requisitos necessário à formação do litisconsórcio ativo (consolidação processual), sem adentrar naqueles necessários à consolidação substancial, que serão objeto de análise em separado no tópico 2.2 deste trabalho.

A autorização para a consolidação processual, ou seja, para a formação de litisconsórcio ativo em pedido de recuperação judicial, deve ser precedida da identificação de quais sociedades são integrantes do grupo societário. Portanto, a compreensão do conceito de grupo para sua adequada aplicação é essencial.

Antes de passar para a exposição do conceito, esclarece-se que as expressões “grupo de sociedades” e “grupo societário”, que na jurisprudência, por vezes, são tratadas pela locução genérica “grupo econômico”, decorrem da análise das regras gerais previstas na LSA. Não é objeto do presente trabalho a análise de “grupo econômico” das searas dos direitos econômico (Lei Antitruste, art. 17), do trabalho (CLT, art. 2º, §2º) e do consumidor (CDC, art. 4º).

São várias as possibilidades de classificação de grupo de sociedades⁵⁸. Uma das principais delas e que importa para o presente trabalho, é a classificação de acordo com a forma de constituição do grupo como sendo *de direito* ou *de fato*, especialmente para que se possa identificar adequadamente um grupo de fato.

⁵⁸ Para análise aprofundada dos grupos societários, sua constituição e classificação ver: ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002; MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 87/90.

A LSA concretizou-se como a primeira lei a regulamentar os grupos societários no Brasil. Como ensina a doutrina⁵⁹, sua finalidade era fomentar e fortalecer a grande empresa mediante a formação de conglomerados globais. Ela prevê, expressamente, apenas a existência dos grupos de direito, não fazendo menção aos grupos de fato, expressão de origem doutrinária que é amplamente utilizada por ser sugestiva e apropriada para a compreensão do instituto⁶⁰. Isso não significa dizer que a lei societária não tenha disciplinado os grupos de fato. Essa espécie de relacionamento entre sociedades é amparada pela lei quando ela trata das sociedades controladora, controlada e coligada⁶¹.

Os grupos de direito estão disciplinados no Capítulo XXI da LSA e caracterizam-se pelo fato de a sociedade controladora e suas controladas estabelecerem uma relação de interdependência por meio de vínculo contratual mediante a celebração de uma “convenção”, por meio da qual, nos termos do artigo 265, obrigam-se a “*combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.*”.

A doutrina, ao conceituar o grupo de direito, destaca que, nesse tipo de agrupamento, a despeito de as pessoas jurídicas que o compõem serem distintas e possuírem estruturas administrativas também distintas, não é necessário haver comutatividade de prestações e contraprestações entre as sociedades, sendo admitida a sobreposição do interesse grupal ao interesse de cada sociedade isoladamente considerada.

Fábio Konder Comparato afirma que quando se está diante de um grupo de direito “*é lícito obrigar as empresas dependentes a atuar em benefício das dominantes (...)*”⁶². Sheila C. Neder Cerezetti, destacando que a coordenação da atuação empresarial das diversas sociedades é aspecto essencial ao conceito de grupo de direito, também sustenta que “*a sobreposição do*

⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 2, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 217.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo, n. 23, 1976, p. 94.

⁶¹ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 748.

⁶² COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo, n. 23, p. 91-107, 1976, p. 94.

interesse grupal ao interesse individual de cada sociedade, ou do interesse de uma ao de outra, é plenamente aceita e encontra parâmetros no disposto na convenção (...)”. E conclui:

A estrutura organizativa dos grupos de direito permite, portanto, que as partes contratualmente disponham sobre a subordinação de interesses e tracem operações intragrupo sem observar critérios de comutatividade.⁶³

Para Nelson Eizirik, “*as sociedades que compõem o grupo de direito formam uma unidade econômica, reconhecida pelo ordenamento jurídico, uma vez, por meio da convenção e com o objetivo de viabilizar a consecução do interesse geral, abrem mão de sua individualidade estratégica e administrativa, submetendo-se à direção centralizada do grupo. (...)*”⁶⁴.

Por fim, Viviane Muller Prado também destaca a relação de dependência entre as sociedades do grupo e a unidade de controle, para concluir, assim como os demais doutrinadores citados, que o interesse grupal se sobrepõe aos interesses das sociedades individualmente considerados:

As sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de condução dos negócios sociais. A controladora, por sua vez, influencia nas decisões mais importantes sobre investimentos e estratégias. Esta dependência na gestão empresarial pode originar o sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo.⁶⁵

Portanto, o que caracteriza um grupo de direito é o poder de controle de uma sociedade sobre as outras ser estabelecido contratualmente por meio de “convenção”, na qual é possível dispor sobre a subordinação de interesses *sem observância de critérios de comutatividade*.

Nos grupos de fato, assim como nos grupos de direito, é verificada a presença de uma coordenação da atuação empresarial das diversas sociedades que compõem o grupo. Entretanto, essa unidade diretiva não se estabelece mediante contrato mas, nos termos da legislação, em virtude de participações societárias entre sociedades juridicamente autônomas e independentes.

⁶³ 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. *Processo Societário* – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 738.

⁶⁴ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume. III – Arts. 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 331.

⁶⁵ PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 57/58.

Conforme destacado por Fábio Konder Comparato, como a LSA não fala, expressamente, em grupos de fato o critério que permite identificar a sua existência é dado pelas noções de controle e coligação⁶⁶.

Nos termos do artigo 243, § 2º, o controle é verificado quando uma sociedade, por si ou por suas controladas, for titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

A noção de coligação, por sua vez, é obtida pela interpretação conjunta dos §§ 1º, 4º, e 5º, sendo verificada “(i) quando a investidora exerce influência significativa, mediante a participação nas decisões de política financeira ou operacional da investida, sem controlá-la; ou (ii) quando a investidora é titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la, pois, em tal hipótese, há uma presunção de que tenha influência significativa (...)”⁶⁷.

Diferentemente do que ocorre nos grupos de direito, nos grupos de fato as relações jurídicas entre as sociedades que o compõe são fundamentadas nos princípios e regras que regem as relações entre companhias isoladamente consideradas. Assim, a doutrina, ao conceituar os grupos de fato, destaca tanto a natureza do vínculo que une as sociedades que o compõem (vínculo societário ou influência significativa), como a necessidade de se observar, nessa modalidade grupal, a *comutatividade* nas relações entre elas. Vale dizer, além da autonomia jurídica, as sociedades componentes de um grupo de fato, possuem autonomia patrimonial. E qual seria a consequência dessa autonomia? O exercício da empresa deve se dar no interesse da sociedade isoladamente considerada, e não no interesse do grupo.

Fábio Konder Comparato, ao elencar as características específicas dos grupos de fato *previstas na legislação* sustenta que nessa modalidade grupal é, *em tese*, impossível a atuação do grupo

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo, n. 23, p. 91-107, 1976, p. 95.

⁶⁷ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume. III – Arts. 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 338/339.

societário como um conjunto em que cada um trabalha no interesse geral, ou no da controladora, e não em seu próprio interesse. Isso porque:

A lei sublinha a autonomia econômica – e não apenas jurídica – de cada sociedade não obstante a existência de coligação acionária ou de submissão ao controle de outra, ao declarar que “os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado”.⁶⁸

Todavia, apesar de, em relação aos grupos de fato, o *interesse grupal* não estar explícito na legislação, é ele, ainda que necessária a observância do princípio da comutatividade, o seu elemento central de caracterização. Como destaca Eduardo Secchi Munhoz, a característica fundamental dos grupos de sociedades é a “*unidade econômica na diversidade jurídica*”⁶⁹. A conformação das sociedades em torno de uma política comum é essencial para garantia da efetividade dos empreendimentos conduzidos pelo grupo, pelo que, conclui o autor, a subordinação é intrínseca aos grupos de fato e, conseqüentemente, é ilusória a independência econômica das sociedades prevista pelo legislador.

José Engrácia Antunes sustenta que a *unidade econômica* dos grupos não seria possível sem a o princípio do *controle societário*, que permite uma sociedade controlar a vida e o governo de outras sociedades. Se não fosse a consagração dos variados mecanismos de controle societário (financeiros, estatutários, organizativos, contratuais, etc.), a criação e organização de uma direção econômica comum e estável entre distintos entes societários ter-se-ia revelado inexequível, sendo possível, quando muito, a formação de meras alianças estratégicas frágeis e instáveis pautadas em laços de natureza puramente informal.⁷⁰

Na legislação nacional (LSA), a configuração de grupo de fato está relacionada à ideia de controle mencionada pelo autor. Entretanto, conforme critica a doutrina, o elemento que diferencia a relação de simples dependência societária e a de grupo refere-se a uma especial

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico. São Paulo, n. 23, p. 91-107, 1976, p. 97.

⁶⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário*: poder de controle e grupo de sociedades. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 261.

⁷⁰ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa. O moderno paradoxo regulatório. Revista Direito GV, v. 1, n.º 2, p. 29-68, jun/dez 2005.

forma de *exercício do poder de controle*, que tem por parâmetro não o interesse da sociedade isolada, mas a política grupal. Por essa razão, estudiosos do tema concluem criticamente que falhou a LSA ao não prever a unidade empresarial também como elemento caracterizador dos grupos de fato, já que a forma de implementar a política grupal, estabelecendo a unidade econômica para configuração os grupos societários, é a direção unitária⁷¹.

E, a razão pela qual se destaca, no presente trabalho, a direção unitária como elemento configurador dos grupos de fato é porque se trata de dado invocado pela jurisprudência para tanto⁷² e, também, de fundamento das petições iniciais em que é formulado pedido de litisconsórcio ativo⁷³.

Neste ponto, uma observação é importante: sendo a direção unitária a principal característica dos grupos de fato, é natural que as sociedades do grupo atuem sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, sem que isso implique abuso de direito, confusão patrimonial – a ponto de ensejar a responsabilização do grupo como um todo – ou fraude a credores. Portanto, a mera constatação da existência de grupo de fato pela direção unitária não autoriza a consolidação substancial. Conforme pretende-se demonstrar, a consolidação substancial, por ser medida excepcional, deve ser aplicada quando a recuperação judicial do grupo só for viável com a participação das sociedades que formam a *unidade econômica* e quando constatado abuso de direito ou confusão patrimonial à luz dos contornos próprios da estrutura grupal.

⁷¹ MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 166.

⁷² Segundo apontado em sua dissertação por Anna Betriz Margoni, nos julgados examinados, a direção unitária é recorrentemente mencionada como elemento caracterizador da existência de grupos societário. Cf. MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 166.

⁷³ O estudo empírico feito pelo GEDEC – USP sobre processos de recuperação judicial em que é formulado pedido de litisconsórcio ativo indica que em 27,5% dos casos, a unidade gerencial, laboral e patrimonial esse dado é invocado para justificar o pedido de recuperação judicial conjunta. 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 Acesso em: 17/03/2017.

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do TJSP, no julgamento do agravo de instrumento 9041423-06.2008.8.26.0000, interposto contra decisão do juízo de primeira instância que deferiu a apresentação de um plano de recuperação único, consequência própria da consolidação substancial, manteve a referida decisão ao argumento de que *“se o grupo econômico tem uma unidade de administração e constitui-se numa pequena “federação” de empresas, as quais se associam em torno da empresa coletiva assim formada, sua recuperação judicial pode estar subordinada à consideração unitária de suas componentes”*⁷⁴. A análise do acórdão revela que, uma vez deferido o litisconsórcio ativo, caberia aos credores aprovar ou não a apresentação de um plano de recuperação único o qual, uma vez aprovado, seria válido. Trata-se, ao que parece, de caso em que a consolidação que, inicialmente, era apenas processual, foi transmutada em consolidação substancial, sem que estivessem presentes os requisitos necessários para tanto.

Conforme será visto adiante, por ser a consolidação substancial medida excepcional, sua aplicação só é possível em casos de abuso da estrutura formal das pessoas jurídicas que compõem o grupo, quando for impossível distinguir os passivos e ativos de cada sociedade ou quando a medida for imprescindível para a recuperação da empresa, ou seja, da atividade exercida pelas sociedades grupadas. Não sendo verificada nenhuma dessas hipóteses, o plano de recuperação deve ser individualizado para cada uma das sociedades autoras.

A 3ª Câmara Cível do TJMG, ao julgar agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou a apresentação de plano de recuperação individualizado para cada uma das autoras, manteve a decisão primeva destacando a excepcionalidade da apresentação de um plano único (consolidação substancial) principalmente em virtude dos prejuízos que podem, eventualmente, ser sofridos pelos credores nessa situação:

Com efeito, embora as três agravantes componham um mesmo grupo econômico de fato, é certo que cada uma das sociedades empresárias mantém sua personalidade jurídica e, por conseguinte, sua autonomia gerencial, financeira, contábil e fiscal. Exatamente por isso, já quando do processamento deste agravo, entendeu-se pela inviabilidade da apresentação unificada do plano de recuperação e da votação conjunta por todos os credores.

⁷⁴ TJSP, AI 9041423-06.2008.8.26.0000, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Des. Relator Lino Machado, julgamento: 01/04/2009.

Isso porque, embora admitida a formação do litisconsórcio ativo, a apresentação dos planos deve ocorrer de forma individualizada e com votação apartada, sob pena de restarem prejudicados os credores de uma empresa que se mostrar mais solvente que as demais, ou restarem beneficiados os credores da empresa menos solvente, em detrimento daqueles que possuem crédito perante a empresa com melhor possibilidade de recuperação.

Admitir o contrário abre caminho para a inobservância do princípio *do pars conditio creditorum*, que assegurara a condição de equivalência e igualdade de tratamento aos credores da mesma categoria, admitidos em um processo de falência ou recuperação judicial.

Neste cenário, não se olvida que a recuperação judicial foi criada como instituto de Direito Empresarial, tendo como fim viabilizar a sobrevivência da sociedade empresária em estado de crise, permitindo seu funcionamento como fonte produtora de riqueza, geradora de tributos e criadora de empregos.

A questão, entretanto, não pode ser analisada pela ótica simplista do plano de sobrevivência das recuperandas, devendo o aplicador da Lei, sempre que possível, buscar um ponto razoável de equilíbrio entre os interesses dos devedores e também dos credores.

Busca-se, com isso, harmonizar o escopo da Lei, que é o de preservar a unidade produtiva em recuperação, sem comprometer as demais figuras que atuam no processo, tais como os trabalhadores e fornecedores, igualmente vitais para o fomento da economia.

Dessa forma, devem as agravantes providenciar a apresentação de novos planos individualizados de recuperação judicial, no prazo do artigo 53 da Lei nº 11.101/05, submetendo-os à votação apartada pelos integrantes do quadro-geral de credores de cada uma das recorrentes.⁷⁵

Consta do relatório do acórdão do agravo que os argumentos invocados pelas sociedades autoras para justificar a apresentação de um plano de recuperação único seria o fato de serem um grupo econômico, formado pelos mesmos sócios e com controle e direção unificados, e que unidas elas teriam maior facilidade de cumprir com suas obrigações. Sendo essas as premissas que justificariam a apresentação de um plano único, afigura-se acertada a decisão que a indeferiu. A simples configuração de grupo econômico, a maior “facilidade” de cumprimento do plano de recuperação judicial mediante a consolidação de ativos e passivos, e a ausência de objeção dos credores ao plano único não são suficientes para a aplicação da consolidação substancial, como aparentemente pretendido no caso.

Conforme assentado por Eric A. Webber, a aceitação *per se* da consolidação substancial apenas porque ela foi admitida pelos credores (consolidação consensual ou voluntária) poderá se tornar a regra, rompendo assim o princípio da autonomia jurídica e patrimonial da sociedade, pedra

⁷⁵ TJMG, AI 1.0441.15.000772-8/001, 3ª CÂMARA CÍVEL, Des. Relatora Albergaria Costa, julgamento: 25/08/2016.

de toque do direito empresarial⁷⁶. Trata-se de ponderação importante e que será melhor analisada no tópico 2.2.3.2.

A configuração de grupo societário, todavia, não basta ao deferimento da consolidação processual, ou seja, à formação do litisconsórcio ativo. É necessário, também, que haja relação entre as atividades exercidas pelas sociedades que pleiteiam a recuperação judicial conjunta. É plenamente possível que um mesmo grupo de sociedades se dedique a ramos distintos de atividades como, por exemplo, mineração e desenvolvimento imobiliário. As empresas que compõem o grupo, ou seja, as atividades por elas exercidas são absolutamente diferentes, pelo que seria artificial a sua reunião em processo de recuperação judicial.

O TJSP, em mais de uma oportunidade, ao julgar agravo de instrumento interposto contra decisão de instância *a quo* que autorizou a formação de litisconsórcio ativo constituído de *parte* de sociedades pertencentes a grupo societário, dentre várias outras questões analisadas, indeferiu o pedido de que as demais sociedades componentes do grupo também integrassem o polo ativo do pedido de recuperação judicial conjunta. Trata-se das recuperações judiciais envolvendo o Grupo OAS e o Grupo Schahin. Em ambos os casos, um dos fundamentos – mas não o único – invocado para justificar o deferimento do litisconsórcio ativo formado (apenas por parte das sociedades do grupo) foi a interligação subjetiva das sociedades, caracterizada, respectivamente, dentre outros fatores, pela proximidade dos seus objetos sociais e vinculação das operações nas quais estavam envolvidas.

No caso do Grupo OAS, consta do relatório do agravo de instrumento⁷⁷ que o agravante, Banco HSBC, teria sustentado que o grupo é formado por 51 sociedades mas apenas 10 foram inseridas

⁷⁶ “(...) I worry that the practice of negotiated settlement could alter or erode the clarity of the relevant substantive law, which I see as a necessary touch-stone to lead to the “right” result. (...) Moreover, if negotiated substantive consolidation becomes the norm, one might expect that, over time, the decline in court rulings on substantive consolidations matters. This, too, could erode a clear understanding of the applicable law. WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 243/244.

⁷⁷ TJSP, AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/08/2015.

no polo ativo e que, caso mantida a decisão que deferiu o litisconsórcio ativo, todas deveriam integrar a recuperação judicial. O pedido foi indeferido, por maioria, nos seguintes termos:

A par disso, também consta da petição inicial **que seis empresas requerentes, todas ligadas à construção civil**, têm sede no mesmo lugar em São Paulo, qual seja Avenida Angélica, certo que quatro delas estão estabelecidas nos nºs 2.330/2.346/2.364 e duas delas, no nº 2.220 (fls. 592/617 - fls. 01/26 dos autos principais).

Em relação às empresas constituídas no estrangeiro, quais sejam as coagravadas *OAS Investments GmbH*, *OAS Investments Limited* e *OAS Finance*, as recorridas afirmaram que são **peessoas jurídicas não operacionais criadas exclusivamente para a captação de recursos no exterior, que tem como fim precípua o de formar o caixa das demais sociedades do grupo no país.**

As recuperandas *OAS Finance Limited* e *OAS Investments Limited*, nas respostas apresentadas nos precedentes recursos interpostos (Agravos de Instrumento nº 2084295-14.2015.8.26.0000 e nº 2084379-15.2015.8.26.0000) se manifestaram nesse sentido, esclarecendo que serviram exclusivamente como veículo de captação de recursos junto a investidores no mercado internacional.

A integração de todas num mesmo grupo empresarial - situação de amplo conhecimento dos credores e certamente por eles sopesada ao negociar com as recuperandas - somada à **forte interligação subjetiva e negocial existente entre as agravadas, condizem com a comunhão de interesses prevista no art. 46, inc. I, da Lei nº 5.869/1.973, a autorizar a manutenção de todas as requerentes no polo ativo do pedido.** Convém observar, ainda nesta seara, que apesar da impugnação de alguns credores à formação do litisconsórcio e também à reunião de massas (ativos e passivos) das agravadas, não constam motivos justificadores suficientes e pertinentes, bem como a demonstração efetiva das razões pelas quais as outras empresas do grupo deveriam fazer parte da recuperação judicial.

Em que pese o recorrente ter alegado que as agravadas foram escolhidas propositadamente para integrar o pedido, sem se considerar as demais empresas do grupo, não se tem conhecimento do elo objetivo, do efetivo vínculo negocial que há entre referidas pessoas jurídicas e as recorridas, a justificar o pedido.

Não há nos autos elementos para determinar as finalidades sociais de referidas pessoas jurídicas e de outros negócios firmados pelo recorrente, nos quais as demais empresas do grupo figuraram como emitentes ou como garantidoras em contratos vinculados às agravadas. Cumpre lembrar que, como mencionado, a integração das empresas num mesmo grupo econômico é apenas presuntiva de interligação empresarial, mas não pode ser considerada isoladamente. Tampouco se tem conhecimento da situação das demais empresas do grupo a enquadrá-las na mesma crise econômico-financeira reconhecida pelas agravadas e não se tem conhecimento de suas composições sociais, de sua localização e de sua administração, assim como nada se sabe sobre seus negócios.

O grupo societário no qual as empresas estão inseridas têm várias linhas de atividade empresarial, quais sejam construção civil (engenharia), infraestrutura, investimentos, petróleo e gás e outros diversos. Daí por que era imprescindível aos credores que alegaram fraude na escolha das empresas que compõem o polo ativo do pedido e prejuízo na falta de referidas pessoas jurídicas na demanda, demonstrar adequadamente o vínculo que une as agravadas às demais pessoas jurídicas do grupo que não fazem parte do processo recuperacional, o que não se vê no caso. (g.n.)

Vale dizer, a extensão do litisconsórcio ativo foi fixada partir da (in)existência de vínculo negocial e de relação entre as atividades exercidas pelas sociedades.

O Desembargador Fábio Tabosa, assentando que o pedido de litisconsórcio ativo formulado pelas autoras teria sido fundamentado não apenas na existência do grupo societário “*mas também pelas garantias que teriam prestado umas em favor das outras em diversos negócios jurídicos celebrados com terceiros (garantias cruzadas)*” mas que as garantias cruzadas “*não abrangeram a totalidade das sociedades-autoras*”, divergiu da maioria para determinar que todas as sociedades do grupo integrasse o polo ativo da recuperação judicial:

(...) se tal crise é mesmo tão intensa quanto apregoado, a ponto de repercutir negativamente em outras sociedades pela simples circunstância de constituírem um mesmo grupo econômico de fato, mais razão ainda para que todas as pessoas jurídicas que constituem tal grupo, e não apenas fração delas, fossem incluídas no pólo ativo.

(...)

se são as próprias autoras que buscam restringir subjetivamente os efeitos da crise que se abateu sobre o referido grupo econômico, evidentemente cabe a elas, à luz das regras processuais ordinárias, comprovar o acerto da delimitação sustentada na exordial, indicando de maneira pormenorizada os motivos pelos quais as outras quarenta e uma sociedades integrantes do grupo não devem ser alcançadas pelo estado recuperacional.

No mais, abstraída a questão atinente à existência de vínculos societários e operacionais aptos a legitimar a recuperação judicial coletiva, não se deve olvidar que **as sociedades autoras devem individualmente atender, ainda, aos requisitos dos arts. 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005, notadamente a demonstração da existência de situação de crise financeira quanto a cada uma delas.**

(...)

Enfim, **se a crise econômico-financeira sugerida na petição inicial realmente tem poder de contaminação tão acentuado como dizem as autoras, mostra-se intuitiva a necessidade de formação do litisconsórcio com todas as sociedades integrantes do Grupo OAS.** (g.n.)

O fato de não haver garantias cruzadas entre todas as sociedades autoras não afasta, por si só, a possibilidade de deferimento do litisconsórcio ativo (consolidação processual), já que conforme assentado no voto vencedor, elas possuem forte interligação subjetiva negocial. Nem mesmo em se tratando de possível consolidação substancial, como parece ser o caso em questão⁷⁸, seria necessário haver garantias cruzadas entre *todas* as sociedades autoras. A ligação negocial das sociedades, ainda que não sejam verificadas garantias cruzadas entre todas elas, pode gerar

⁷⁸ Conforme consta da própria ementa do acórdão “*o plano de recuperação judicial foi apresentado, mas ainda não foi objeto de deliberação.*”. E, conforme será visto no tópico XXX, a consolidação substancial, ou seja, a aglutinação de ativos e passivos deve ser, à exceção das situações em que verificado abuso da estrutura formal da pessoas jurídicas, confusão patrimonial e fraude, aprovada pelos credores.

interdependência econômica, ainda que indireta, capaz de ensejar o mencionado efeito dominó e, assim, justificar a consolidação substancial.

No caso do Grupo Schahin, a questão central discutida no agravo⁷⁹, que também foi tangenciada no caso do Grupo OAS, era a possibilidade de inclusão de sociedade estrangeira (Deep Black Drilling LLP) em recuperação judicial processada no Brasil. Trata-se de questão controversa e importante, tendo em vista que é frequente em grupos societários haver sociedades sediadas em diferentes países, mas que, por razões de recorte metodológico, não serão abordadas no presente trabalho.

Entretanto, no caso também foi formulado pedido no sentido de que, em eventual manutenção da Deep Black Drilling LLP no polo ativo da recuperação judicial, as demais sociedades componentes do grupo, inclusive as estrangeiras, deveriam integrar o processo. Invocando os fatos assentados na decisão primeva no sentido de que a *“Deep Black Drilling LPP é a única sociedade estrangeira que explora atividade econômica diretamente ligada à da Schahin Engenharia”* e de que ela estaria *“associada diretamente à operação “Vitória” executada no Brasil pela Schahin Engenharia”*, por maioria, o TJSP decidiu que:

Restou satisfatoriamente demonstrada a crise econômico-financeira enfrentada pelo Grupo Schahin, que atinge, consequentemente, a Deep Black Drilling LPP, por ser uma de suas integrantes, a autorizar sua inclusão no litisconsórcio facultativo composto pelas demais recuperandas, independentemente da quantia que auferir por conta de contrato celebrado com a Petrobrás, inclusive, pelo fato de constituir, atualmente, a única fonte de renda do primeiro, sem a qual não se revela possível a recuperação judicial das demais sociedades que o compõem, a despeito de cada uma delas possuir personalidade jurídica e patrimônio próprio.

Nesse contexto, não há que se cogitar de escolha aleatória, no tocante à formação do polo ativo, de processamento dos pedidos de recuperação judicial em separado ou de elaboração de quadro geral de credores individual para cada uma das recuperandas, na medida em que se cuida, repise-se, de recuperação judicial de grupo econômico.

O que não é juridicamente possível é obrigar o ingresso de outras sociedades à recuperação das agravadas, sem a sua concordância, embora, é evidente, estejam elas sujeitas à responder com seu patrimônio, no caso de insucesso do pedido.

O Desembargador Fábio Tabosa, também neste julgado, divergiu da maioria ao fundamento de que seria (1) *“inviável o requerimento de recuperação judicial, no Brasil, de sociedades*

⁷⁹ TJSP, AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 13/03/2017.

empresárias estrangeiras”, (2) a Deep Black Drilling LPP não estaria em crise econômica e, por fim (3) não haveria sido feita proposta de “qualquer consolidação substancial ativa ou passiva capaz de justificar essa simbiose”:

(...) o fato de não se tratar, ao que consta do instrumento de agravo, de empresa em crise econômica, cuja presença seletiva no polo ativo do processo recuperacional acaba por não se justificar também por esse prisma, apresentando-se como um instrumento manipulatório destinado a conferir aparência de viabilidade econômica ao grupo, na medida em que se apresentam os rendimentos advindos do contrato por ela celebrado com a Petrobrás (que prevê o recebimento de US\$ 361.290,57 por dia, como sustentado pelas próprias recuperandas, a fls. 2.627 deste instrumento) como fluxo de caixa do próprio **grupo, sem no entanto vir proposta qualquer consolidação substancial ativa ou passiva capaz de justificar essa simbiose.** (g.n.)

Apesar de a relação entre as atividades exercidas pelas sociedades autoras do pedido de recuperação judicial ser controversa, parece correta a posição adotada nos votos vencedores, no sentido de a limitação do litisconsórcio ser feita a partir dessa premissa.

Além da perspectiva macro que autoriza a formação de litisconsórcio ativo (existência de grupo e vinculação entre as atividades exercidas pelas sociedades), tanto os votos vencedores como vencidos debatem questões igualmente relevantes no que toca ao litisconsórcio. É ele facultativo, pois, conforme assentando no voto vencedor do caso OAS, “*não é juridicamente possível é obrigar o ingresso de outras sociedades à recuperação*”? É correto afirmar, conforme consta dos votos vencidos que “*as sociedades autoras devem individualmente atender, ainda, aos requisitos dos arts. 48 e 51 da Lei nº 11.101/2005, notadamente a demonstração da existência de situação de crise financeira quanto a cada uma delas*”, para fins de identificação das sociedades legitimadas a compor o polo ativo do pedido de recuperação judicial conjunta? Essas questões, afetas à legitimação e ao tipo de litisconsórcio formado, serão abordadas a seguir.

2.1.2. A legitimação *ad causam*, o litisconsórcio formado e suas consequências

O litisconsórcio caracteriza-se quando os polos processuais (ativo, passivo ou ativo e passivo) forem compostos por várias pessoas. O sistema do CPC/15 prevê a cumulação subjetiva, ou seja, permite que duas ou mais pessoas litiguem, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou

passivamente, quando: (1) houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide (CPC, art. 113, I); (2) houver, entre as causas, conexão pelo pedido ou pela causa de pedir (CPC, art. 113, II) e (3) ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito (CPC, art. 113, III).

Relativamente à consolidação processual, a pluralidade de partes no polo ativo é autorizada tanto pelo inciso II como pelo III, ambos do art. 113 do CPC/15. Pelo inciso II, na medida em que há conexão pela causa de pedir, qual seja, a crise econômico financeira enfrentada pelas sociedades autoras do pedido de recuperação judicial. Pelo inciso III, na medida em que a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito decorre da própria relação grupal existente entre as sociedades⁸⁰. Já a consolidação substancial, também pode ser amparada no inciso I. Cuida-se da hipótese em que verificada a existência de garantias cruzadas entre as sociedades, pois conforme ensina a doutrina “*a título de comunhão de obrigações, tem-se litisconsórcio nas causas sobre dívidas suportadas, em comum, por vários devedores, solidários ou não (...)*”⁸¹.

Mas, quais sociedades do grupo podem figurar como litisconsortes ativas em recuperação judicial?

A doutrina processualista clássica de Cândido Rangel Dinamarco ensina que a admissibilidade do litisconsórcio, em qualquer das hipóteses constantes do art. 113 do CPC/15, tem por premissa indispensável a *legitimatio ad causam* de cada um dos litisconsortes. Sustenta que é indispensável que se trate de sujeitos *especificamente* legitimados, porque, se por falta dessa

⁸⁰ Neste sentido é o posicionamento de Sheila Cerezetti: “O ajuizamento de recuperação judicial em litisconsórcio ativo entre sociedades do mesmo grupo societário pode satisfazer o inciso II ou III do dispositivo [CPC, art. 113]. O primeiro apresenta-se como fundamento para a conexão entre os pedidos de recuperação judicial de sociedades agrupadas que tenham em comum a crise econômico-financeira, entendida como causa de pedir remota. O segundo, por sua vez, justifica-se na medida em que se presencia a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, que decorre justamente da existência de um grupo societário entre as autoras, muito embora nessas situações não esteja clara e necessariamente presente a comunhão de direitos e obrigações, nem haja compartilhamento de fundamento de fato ou de direito para os específicos direitos e obrigações discutidos.” 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 752/753.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 341.

condição uma demanda não poderia ser julgada isoladamente, muito menos poderia sê-lo em processo no qual haja duas ou várias pessoas lado a lado como autores ou réus⁸². Nos dizeres de Pontes de Miranda, sem legitimidade não se cogita de litisconsórcio pois “*quem não pode entrar na porta, por lhe faltar ingresso, não pode entrar indo com outrem*”⁸³.

Concluiu o autor, portanto, que antes de saber se dois sujeitos poderão estar juntos no mesmo lado da relação processual é necessário identificar se cada um deles poderia de algum modo estar em juízo, naquela posição. Trata-se de regra aplicável a qualquer espécie de litisconsórcio, seja ele facultativo ou necessário, unitário ou comum, ativo ou passivo, inicial ou ulterior.

A legitimação para requerimento de recuperação judicial é definida na LRE no art. 48, que dispõe que poderá requerer recuperação judicial a devedora que (1) no momento do pedido exercer suas atividades já há mais de dois anos, (2) não for falida e, se tiver sido, que as responsabilidades daí decorrentes tenha sido declaradas extintas por sentença transitada em julgado, (3) não tenha obtido recuperação judicial a menos de 5 anos, (4) não tenha sido condenada ou não tenha administrador condenado por qualquer dos crimes previstos na LRE.

Além dos requisitos elencados no art. 48, a devedora, na petição inicial, deverá expor, nos termos do art. 51 da LRE, as causas concretas da sua situação patrimonial e da crise econômico-financeira por qual passa.

A consolidação processual, conforme explicitado, é uma medida de conveniência administrativa e economia processual e não implica aglutinação de ativos e passivos das sociedades grupadas. Isso significa dizer que cada uma das sociedades poderia, isoladamente, propor um processo de recuperação judicial separadamente sendo a união das recuperações judiciais em um mesmo processo uma mera faculdade. Sendo assim, na consolidação processual, a *legitimatío ad causam* deve ser aferida nos termos prescritos pela doutrina processualista, ou seja, deve levar em consideração a situação particular e específica de cada

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 347.

⁸³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo II: arts. 46 a 153. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 8.

sociedade empresária requerente. Vale dizer, além dos requisitos do art. 48 da LRE, a demonstração de crise econômica exigida pelo art. 51 deve se dar de forma individualizada para cada uma das sociedades.

Não sendo consequência da consolidação processual a reunião de ativos e passivos como forma de solucionar o estado de crise econômica enfrentando pelo grupo, não é razoável permitir a inclusão de sociedade economicamente saudável no polo ativo do pedido de recuperação judicial e permitir que ela se aproveite de eventuais benefícios da medida.

Entretanto, quando se está diante de consolidação substancial, em que, como forma de possibilitar a recuperação da empresa, ou seja, da atividade exercida pelas sociedades grupadas, os seus ativos e passivos são reunidos, formando-se, assim, “massas” subjetivas e objetivas únicas, a forma de se aferir a legitimação não pode ser aquela apregoada pela doutrina processualista clássica. Imagine-se a situação de sociedade que apesar de apresentar, no momento da recuperação judicial, patrimônio líquido positivo, em razão de figurar como garantidora de outras sociedades do seu grupo, poderá ser demandada pelos credores das sociedades garantidas de forma a reverter, assim, o quadro da sua saúde financeira. Uma análise estática da sua situação contábil conduziria à conclusão de que por não enfrentar crise econômico-financeira não poderia, assim, nos termos do art. 51, compor o polo ativo de pedido de recuperação judicial.

Ocorre que, conforme assentado por Sheila Cerezetti, sendo a existência de relação grupal a premissa para a formulação de pedido de recuperação judicial conjunta, é desnecessária a comprovação do estado de crise econômico-financeira de cada uma das demandantes, até porque tal exigência não consta da LRE, seja para a formulação do pedido, seja para o seu deferimento. A exigência da lei, nos termos do seu art. 51, I é de demonstração de estado de “crise econômico-financeira”⁸⁴. Ou seja, é necessário demonstrar que em virtude de determinada situação – interdependência das atividades empresárias, existência de garantias cruzadas, confusão patrimonial – a crise econômico financeira *afeta o grupo como um todo*,

⁸⁴ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 749/750.

independentemente de haver sociedades que, a princípio, não apresentem um quadro de insolvência.

Portanto, diferentemente do que assentado nos votos vencidos proferidos nos mencionados casos do Grupo OAS e Grupo Schahin, em se tratando de situação em que é possível a aplicação da consolidação substancial é desnecessário exigir a demonstração da existência de situação de crise financeira quanto a cada uma das sociedades autoras do pedido de recuperação judicial conjunta.

Feitas essas observações quanto à legitimação, é importante classificar o litisconsórcio formado para fins de identificar as suas consequências, principalmente em caso de rejeição do plano de recuperação ou do seu descumprimento, situações em que, nos termos do art. 73, III e IV da LRE, haverá decretação de falência.

Como dito, na hipótese de consolidação processual, a recuperação judicial conjunta é mera faculdade. Logo, o litisconsórcio formado entre as sociedades devedoras é facultativo, ou seja, se estabelece por vontade das partes. Além de facultativo, ele será comum (ou não unitário), que é aquele que se dá quando a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser distinta para cada um dos litisconsortes⁸⁵.

Conforme destaca a doutrina, quando a consolidação for apenas processual “*a recuperação de sociedades de grupo societário não requer que o seu pedido se refira a todas as devedoras, nem tem como desfecho a determinação de que todas elas tenham que trilhar o mesmo caminho*”⁸⁶. Ou seja, é possível que algumas devedoras tenham seu pedido de recuperação deferido e outras, não, por exemplo, em virtude da rejeição, pelos credores, do plano de recuperação apresentado, situação que, nos termos do art. 73, III da LRE, implica convolação da recuperação judicial em falência. É possível, ainda, que umas consigam cumprir o plano e

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 339.

⁸⁶ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 754.

obter êxito na recuperação e outras não, situação em que, igualmente, nos termos do disposto no art. 73, IV, a recuperação judicial será convolada em falência.

A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, em decisão não tão recente, ao julgar agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou a convolação em falência do pedido de recuperação judicial feito em litisconsórcio por três sociedades do mesmo grupo e, como consequência, decretou a falência de todas as sociedades decidiu que:

Ademais, foram as referidas empresas que pleitearam a recuperação judicial e, assim sendo, devem sujeitar-se a todos os seus efeitos, sejam eles positivos ou negativos, sob pena de inegável ofensa ao princípio do "venire contra factum proprium", ou seja, a vedação de comportamento contraditório, pois, como dito, tendo sido deduzido pedido de recuperação judicial pelas referidas empresas, não se mostra razoável, posteriormente, pretenderem afastar-se da extensão dos efeitos decorrentes do não cumprimento dos requisitos inerentes à recuperação judicial.⁸⁷

A leitura do acórdão não permite concluir se o caso versava sobre consolidação meramente processual ou também substancial. Todavia, o que se constata é que o fundamento invocado para justificar a manutenção da decisão de 1ª instância que decretou a falência das três sociedades é o fato de elas terem formulado pedido de recuperação judicial em litisconsórcio. Entretanto, a análise não pode ser tão simplista e há que se tomar cuidado com a generalização feita pois a simples formação de litisconsórcio ativo em recuperação judicial não implica, automaticamente, vinculação entre os destinos das sociedades.

Se cada sociedade possui situação financeira própria e seus credores serão chamados a decidir apenas sobre *o seu* plano de recuperação, plenamente possível que os desfechos das recuperações sejam distintos. Importante destacar que cada empresa deverá apresentar, separadamente, seu plano de recuperação judicial, relativamente suas dívidas e seus credores, que poderá, todavia, ser materializado em um mesmo documento. Em síntese, o plano de recuperação judicial deverá ser individual e não único⁸⁸.

⁸⁷ TJSP, AI 0080712-60.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Roberto Mac Cracken j. 16/10/2012.

⁸⁸ A doutrina difere plano "único" de "unitário" nos seguintes termos: "Note-se aqui a distinção entre o plano unitário – existente na consolidação substancial – e o plano único – possivelmente adotado na mera consolidação processual. Enquanto aquele suscita um *pooling* de ativos e passivos de todas as devedoras e contempla o adimplemento comum dos débitos, este representa simples reunião formal das propostas de reestruturação das devedoras.". CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro

Em suma, portanto, em razão da independência das litisconsortes e da autonomia da situação material de cada uma delas, se a consolidação for meramente processual, o litisconsórcio formado é *comum* visto que o destino das devedoras não será, necessariamente, o mesmo.

2.2. Consolidação substancial

Como regra geral, a lei falimentar norte-americana, assim como a nossa LRE, adota o princípio da separação e autonomia da pessoa jurídica também para os casos de falência e recuperação judicial. Assim, mesmo quando se está diante de grupos de sociedades, os ativos e passivos de cada sociedade pertencente ao grupo se conservam separados.

Entretanto, conforme indica a doutrina estrangeira⁸⁹, as cortes de falência, mesmo sem norma expressa que a autorize, adotam, excepcionalmente, a consolidação substancial, que é definida como a situação em que ativos e passivos de diferentes sociedades são tratados, em situação de insolvência, como se pertencessem a uma única sociedade (a “sociedade” grupal). Por implicar superação da separação patrimonial, a doutrina estrangeira aproxima a consolidação substancial do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)⁹⁰.

A doutrina nacional também indica que o conceito da consolidação substancial (*substantive consolidation*) foi cunhado na jurisprudência norte-americana ao examinar casos envolvendo a

entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 781. Apesar de a classificação dada pela autora parecer ser a mais adequada, como a jurisprudência invoca o termo “único” para fazer menção ao plano de recuperação “unificado”, o primeiro será adotado no presente trabalho com a acepção que lhe é dada pela doutrina, com o intuito, assim, de padronizar a linguagem e permitir a correta compreensão deste estudo quando nele se fizer menção ao plano único.

⁸⁹ PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 90. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

⁹⁰ Exemplificativamente: BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 5: “This Article focuses on the question of substantive consolidation, a bankruptcy-law analogue to veil piercing, to show how judges can shape the legal landscape as much as legislators.”; SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 231: “Substantive consolidations can be seen as a multi-party version of veil piercing.”

recuperação judicial de grupos de sociedades e, igualmente, admite que “*trata-se de construção análoga àquela designada de disregard of the corporated entity*”. Todavia, sugere que a forma de atribuição de responsabilidade em grupos de sociedades demanda a utilização de técnicas distintas da desconsideração da personalidade jurídica, pensada para lidar com sociedades isoladas:

(...) o Direito Societário ainda precisa decidir se, ao lidar com a empresa plurissocietária, faz sentido continuar aplicando a desconsideração nos casos específicos em que a personalidade jurídica já não cumprir a sua função de criação de centro de interesses autônomo, ou se, em especial, a luz da realidade dos fatos, os quais, como visto, demonstram a completa falácia dos fundamentos da disciplina grupal bipartida, deve-se reconhecer que a autonomia societária nos grupos já não existe, o que demanda disciplina de atribuição de responsabilidade própria à realidade grupal, que seria diferente da técnica da desconsideração, esta pensada para lidar com a realidade societária atomística.⁹¹

Conforme será demonstrado neste tópico, a despeito da inegável proximidade existente entre a desconsideração da personalidade jurídica e a consolidação substancial, esta é uma técnica de atribuição de responsabilidade própria da recuperação judicial. Suas hipóteses de aplicação revelam essa particularidade e a distinção entre os institutos.

Quando, porém, poderá a consolidação substancial ser admitida? Irrestritamente, sempre que as devedoras alegarem sua imprescindibilidade, ou há requisitos? Conforme destacado por Sheila Cerezetti, as balizas para aplicação da consolidação substancial não são bem definidas, sequer na jurisprudência norte-americana, que, historicamente, concebeu o instituto ⁹².

Ainda assim, a referência doutrinária aos principais aspectos das decisões que versaram sobre a consolidação e fixaram critérios – ainda que distintos – para a sua aplicação, é essencial, tanto para o desenvolvimento e amadurecimento do instituto em si, como para que sua “importação”

⁹¹ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 746.

⁹² “A breve apresentação do tema demonstra que, muito embora bastante utilizada, a consolidação substancial não é, nem mesmo na jurisdição que a concebeu, dotada de clareza. As peculiaridades dos casos concretos adquirem relevância e impedem uniformidade e solidez no trato da matéria. A incerteza quanto à futura aplicação da doutrina é também ressaltada, pois a Suprema Corte ainda não a adotou em nenhum caso. 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 771.

pela jurisprudência brasileira se dê de forma adequada e coerente com o ordenamento jurídico nacional.

2.2.1. A consolidação substancial nos Estados Unidos

De acordo com a doutrina estrangeira, a consolidação substancial é objeto de análise pela jurisprudência desde o início do século XX e, desde então, os critérios para a sua aplicação vêm sendo desenvolvidos. Esses critérios vão desde aqueles traçados em casos de responsabilidade civil e relacionados à desconsideração da personalidade jurídica, àqueles relacionados às ações entre as partes afetadas pela consolidação⁹³.

Em artigo sobre a evolução da consolidação substancial na jurisprudência norte americana, Seth D. Amara e Alan Kolod afirmam que qualquer discussão acerca da consolidação substancial deve começar pela análise do caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*. O caso trata, em brevíssima síntese⁹⁴, de transferência fraudulenta de ativos feita por empresário insolvente à sociedade constituída por ele e sua família, dois anos antes de ser declarado falido. A importância do caso se deve ao fato de nele a Suprema Corte ter, em sede falimentar, deferido o pedido do administrador judicial para que bens da sociedade – constituída pelo empresário e sua família – respondessem pelos débitos do falido. Timothy E. Graulich afirma que quando do julgamento do caso, em 1941, teria “a Suprema Corte, talvez inadvertidamente, anunciado o nascimento da doutrina quando permitiu que ativos do devedor empresário fossem consolidados com os ativos da sociedade para a qual ele transferiu, fraudulentamente, quase todos os seus ativos”⁹⁵.

⁹³ “The remedy of substantive consolidation has been a part of bankruptcy jurisprudence since at least the early 1900s. As discussed in more detail below, the tests for determining when consolidation is appropriate have developed over time, from tests that were more focused on the familiar alter-ego/veil-piercing factors employed in tort cases to tests focusing on the equities among the parties affected by consolidation”. AMARA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. 14:1* (Spring 2006). Disponível em <http://www.mosesinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016.

⁹⁴ Para detalhes do caso ver: AMARA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. 14:1* (Spring 2006). Disponível em <http://www.mosesinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016.

⁹⁵ Tradução livre de: “In 1941, the Supreme Court (perhaps inadvertently) announced the birth of the doctrine when it held that the assets of an individual debtor could be “consolidated” with the assets of a corporation to which the individual had fraudulently transferred substantially all his assets.” GRAULICH, Timothy E..

Entretanto, conforme esclarece Douglas G. Baird, nele não foi adotado o conceito de consolidação substancial propriamente dito já que o caso envolvia a recuperação de ativos alienados fraudulentamente e foi com base nas normas próprias de alienação fraudulenta e desconsideração da personalidade jurídica que foi julgado⁹⁶.

Henry Peter, ao traçar um breve histórico da consolidação substancial na jurisprudência norte-americana, afirma que “*progressivamente, os juízos de falências (que tem natureza federal) relutantemente se referiam à desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, conforme anotam alguns comentadores, os primeiros casos envolvendo a consolidação substancial são, em última análise, baseados nos mesmos fundamentos que justificam a desconsideração da personalidade jurídica em contexto societário*”⁹⁷.

Além de se fundamentar em institutos oriundos do direito civil (alienação fraudulenta e desconsideração da personalidade jurídica), a consolidação substancial adquiriu também contornos específicos ao direito falimentar. Tal se deu, de acordo com a doutrina⁹⁸, no

Substantive consolidation – a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review* Vol. Vol. 14:527 (Winter 2006).

⁹⁶ Afirma o autor que: “Substantive consolidation lacks the solid foundation one usually expects of doctrines so firmly embedded in day-to-day practice. The U.S. Supreme Court has never formally embraced the concept. Justice William. Douglas came closest to doing so in 1941 in *Sampsel v. Imperial Paper & Color Corp.*, but that case involved a recovery of assets that had been fraudulently conveyed from one corporate entity to another.” (p. 15) Adiante, conclui: “Unlike the law governing preferences and fraudulent conveyances, this doctrine did not develop over “centuries.” Cases such as *Sampsel* do not provide any additional support for substantive as a long-standing doctrine because they rely instead on fraudulent conveyance, veil-piercing, or other well-established doctrines. Substantive consolidation emerged as a distinct power apart from veil piercing and fraudulent conveyance actions only in the 1960s and 1970s. Indeed, the first use of the term “substantive consolidation” in a reported opinion was not until 1975-the same year the remedy struck down in *Grupo Mexicano* was first identified.”. (p.20). BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005.

⁹⁷ “Progressively, however, bankruptcy's courts (the nature of which is *federal*) reluctantly referred to the “piercing the corporate veil” doctrine which is considered a question of company law (for which the *state courts* have jurisdiction). Nonetheless, as some commentators have pointed out, in this first category of cases substantive consolidation of bankrupt companies is fundamentally based on the same grounds as piercing the corporate veil in an ordinary corporate context.”, PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 90. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

⁹⁸ Cf.: PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 100/101. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017: “Chemical Bank New York Trust Co. vs. Kheel introduced a new justification for substantive consolidation. In essence, the court determined that consolidation could be granted in cases in which the interrelationships between the various entities forming the group were so hopelessly obscured that the time and expense necessary to unscramble them would exceed the benefits that would accrue

juízo do caso *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel* quando o *Second Circuit*⁹⁹ não se pautou apenas na ausência de separação entre as sociedades mas introduziu um novo argumento para justificar a consolidação substancial, qual seja, tempo e custo financeiro necessários para averiguar e separar os ativos e passivos de cada sociedade muito elevados:

Quando as inter-relações do grupo são irremediavelmente obscuras e o tempo e os custos necessários para tentar desembaralhá-las são tão substanciais a ponto de ameaçar a realização de quaisquer ativos líquidos para todos os credores, a equidade ajuda a alcançar uma grosseira aproximação da justiça, ao invés de negá-la a todos.¹⁰⁰

Como se vê do trecho citado, a consolidação substancial foi aplicada mesmo diante do reconhecimento de que alguns credores sofreriam com a medida. Em situações excepcionais, admite-se, portanto, que o resultado positivo dos credores enquanto grupo, supera o prejuízo individual e, assim, pode ser tolerado.

A doutrina estrangeira, ao tratar da consolidação substancial, frequentemente menciona também os casos *Soviero* (*Second Circuit*/1964); *In re Auto Train Corp.* (*D.C Circuit*/1987); *In re Augie/Restivo Baking Co.* (*Second Circuit*/1988) e *In re Owens Corning* (*Third Circuit*/2005)¹⁰¹, que foram essenciais para o desenvolvimento do tema.

from the hypothetically disentangled records.”; BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 16: “Substantive consolidation finally acquired a rationale rooted in bankruptcy policy in *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*. In that case, the Second Circuit relied not on the lack of separateness of the legal entities but on the sheer cost of sorting out the various rights and obligations”.

⁹⁹ As *Courts of Appeals*, que no direito brasileiro corresponderiam aos Tribunais Federais de 2ª instância, são divididas em treze circuitos judiciais federais (Federal Judicial Circuits e US Court of Appeals). Onze desses circuitos são divididos em base territoriais, um abrange a capital federal (US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) e o último aprecia apenas matéria de marcas e patentes e questões provenientes da Court of Federal Claims (US Court of Appeals for the Federal Circuit). Normalmente estas cortes contam de dez a quinze juízes, sendo as decisões tomadas por turmas de três juízes, sob a forma de rodízio.

¹⁰⁰ Tradução livre de: “[W]here the interrelationships of the group are hopelessly obscured and the time and expense necessary even to attempt to unscramble them so substantial as to threaten the realization of any net assets for all the creditors, equity is not helpless to reach a rough approximation of justice to some rather than deny any to all.” Trecho da decisão proferida pelo *Second Circuit* citada em: BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 16.

¹⁰¹ Para análise aprofundada dos casos citados ver: AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. 14:1* (Spring 2006). Disponível em <http://www.mosessinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016; BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005; PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 100/101. Disponível em: <http://archive.ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

No caso *Soviero*, diante de claras constatações¹⁰² de confusão de ativos e funções entre as sociedades controladas e a sociedade devedora, foi decidido que:

Por esses e vários outros fatos, o Juiz concluiu que [as sociedades a serem consolidadas] eram meros instrumentos da devedora sem que existisse qualquer separação entre elas. Consequentemente, existia uma unidade de interesses e participações entre todas as sociedades, e assim, adotar a teoria da separação das pessoas jurídicas resultaria em injustiça aos credores do falido.¹⁰³

Além da aglutinação de ativos e funções, a Corte aplicou a consolidação substancial como uma medida de proteção aos credores do falido, para que eles não fossem prejudicados.

No caso *In re Auto Train Corp.*, apesar de a consolidação substancial ter sido discutida apenas em *dictum*¹⁰⁴¹⁰⁵ foi assentado que aquele que solicita a consolidação deve comprovar (1) a

¹⁰² “*Soviero* involved a single business conducted through a group of affiliated corporations under common ownership, one of which had become a bankrupt. Although the court did not recite a list factors it could consider, the court did find, among other things, that: the affiliated entities to be consolidated with the debtor had the same two directors and stockholders; the debtor financed the organization of these affiliates and they had no working capital; the debtor provided all funds required by these entities and simply made book entries to record these "loans and exchanges;" inventories were arbitrarily assigned to each of the affiliates at the end of the year where they were reflected in the consolidated financial statement and relied upon for tax purposes; the debtor paid for, among other things, all the affiliates' advertising charges, union dues and welfare payments, insurance and accounting charges, and at the end of the year charged each affiliate with an arbitrary portion thereof by bookkeeping entries; suppliers billed the debtor for merchandise shipped to the affiliates; and the debtor provided guarantees to purchasers from the affiliates.”: AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. 14:1* (Spring 2006). Disponível em: <http://www.mosessinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016, p 13.

¹⁰³ Tradução livre de: “From these and many other facts, the Referee concluded that the [entities to be consolidated] were but instrumentalities of the bankrupt with no separate existence of their own. Consequently, there existed a unity of interest and ownership common to all corporations, and that to adhere to the separate corporate entities theory would result in an injustice to the bankrupt's creditors”. Trecho da decisão proferida pelo *Second Circuit* citada em: AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. 14:1* (Spring 2006). Disponível em: <http://www.mosessinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016, p 14.

¹⁰⁴ Cf. BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 7: *Auto-Train* discusses substantive consolidation only in dictum and purports to follow the cases in the Second Circuit; AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. 14:1* (Spring 2006). Disponível em: <http://www.mosessinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016, p. 22. “Some have noted that test for consolidation articulated by the *Auto-Train* court was *dicta*. While this is true, it is also true of the *Augie/Restivo* test and the *Owens Corning* test. In each of these cases, the Court of Appeals went far beyond what was necessary to decide and attempted to state general rules not necessary for decision of the case before it. Nevertheless, this article discusses the “*Auto-Train* test” because that is what the test has come to be known as and referred to by almost every court to address the issue since the *Auto-Train* decision.”

¹⁰⁵ *Dictum*: declaração, observação ou comentário feito pelo juiz, no voto, que não tem relação essencial com o caso julgado; Opinião pessoal do juiz, expressa em seu voto, que não tem natureza de precedente. MELLO, Maria

identidade substancial entre os entes que serão consolidados e (2) a necessidade da consolidação para evitar prejuízos ou garantir benefício econômico. Preenchidos esses requisitos, há presunção de adequação da aplicação da consolidação substancial e o credor que dela discordar deve fazer prova de que confiou na separação entre as sociedades componentes do grupo e que será prejudicado pela consolidação. Conforme sugere a doutrina, a referida “identidade substancial” pode ser demonstrada, por exemplo, a partir da análise de balanços financeiros consolidados e pela perfeita interação entre as sociedades.

A longa lista de fatores citados no caso sugere que a consolidação substancial é plausível em casos, onde tudo, incluindo o caixa, é gerido e controlado de forma centralizada e onde as diferentes sociedades funcionam como uma unidade, e não como um mero conjunto de atividades sob um guarda-chuva corporativo. Nesses casos há identidade substancial, a consolidação é benéfica e poucos conseguiriam demonstrar que confiaram na separação e autonomia das sociedades. O dano que os credores sofrem com o plano pode ser modesto em relação ao benefício de uma reorganização rápida e eficiente, especialmente se as transações inter-corporativas tornam o pagamento dos credores incerto sob um plano autônomo.¹⁰⁶

No caso *In re Augie/Restivo Baking Co.*, os requisitos delineados como necessários à aplicação da consolidação substancial são diferentes. Foi assentando que o proponente da consolidação deve provar (1) que os credores se relacionaram com a sociedade como uma unidade econômica, não considerando a existência de pessoas jurídicas distintas; (2) que os negócios das devedoras são tão intrincados que a consolidação seria benéfica a todos os credores, em especial em razão dos custos necessários para verificar quais negócios se referem a quais sociedades. A consolidação substancial foi negada ao fundamento de que os dois requisitos não estavam presentes no caso.

Chaves de. Dicionário Jurídico português-ingles – inglês-português. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 643.

¹⁰⁶ “The *Auto-Train* test has morphed into long laundry lists. This array of tests and factors, however, suggests that substantive consolidation is plausible in a case such as *Premium Paint*, where everything, including cash, is centrally managed and controlled and where the different legal entities function as a unit, rather than as a mere collection of discrete businesses under one corporate umbrella. We have substantial identity, benefits from consolidation, and relatively few who can show reliance on corporate separateness. The harm that the creditors suffer from the plan may be modest relative to the benefit of a fast and efficient reorganization, especially if intercorporate transfers make uncertain creditors' payout under a stand-alone plan.”. BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 10.

Em relação ao primeiro requisito, a decisão do tribunal levou em consideração as expectativas dos dois principais credores das sociedades: aquele que seria prejudicado e o que seria beneficiado pela consolidação. Foi constatado que o credor que seria prejudicado com a consolidação fez os empréstimos à Augie considerando apenas os seus ativos e sem ter qualquer conhecimento dos seus negócios com a Restivo. Constatou-se, ainda, que o credor beneficiado com a consolidação também havia tratado as sociedades devedoras de forma individualizada e não como uma única sociedade. A doutrina¹⁰⁷ critica a forma como esse requisito foi sintetizado, sustentado que o Tribunal teria simplificado exageradamente a análise sem esclarecer a que estava se referindo quando poderia tê-lo feito subsumindo-o à instrumentalidade (que justifica a desconsideração da personalidade jurídica). Conforme esclarece Eric. A Webber, o caso consiste, em grande parte, na desconsideração da personalidade jurídica – teoria que, destaca, não é própria da lei de insolvência – e, a partir dele, a consolidação substancial pode ser vista como um remédio para a utilização fraudulenta da pessoa jurídica¹⁰⁸.

Em relação ao segundo requisito, o Tribunal constatou que estoque, passivos e contas a receber de cada sociedade poderiam ser identificados e individualizados, de forma que o grau de interligação entre os ativos e os negócios das sociedades não atingia nível suficientemente elevado capaz de justificar a consolidação.

Por fim, no caso *In re Owens Corning*, aproximando-se do que foi decidido no caso *In re Augie/Restivo Baking Co.* a consolidação substancial foi aplicada, tendo sido assentando que

¹⁰⁷ “Thus, the problem with the first prong of the *Augie/Restivo* test is that the court vastly oversimplified the analysis without explaining what it meant when it referred to determining “whether creditors *dealt with* the entities as a single economic unit.” Accordingly, it is not entirely clear what showing a proponent must make to satisfy this prong of the test. The court could have meant this factor to subsume the instrumentality analysis (...). AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review* Vol. 14:1 (Spring 2006). Disponível em <http://www.mosesinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016, p. 29.

¹⁰⁸ “Largely consistent with non-bankruptcy law regarding “corporate veil-piercing”, the *Augie/Restivo* standard viewed substantive consolidation as a court-ordered remedy for improper and misleading corporate behavior, to be use only when truly necessary and even then, only if benefit to all creditor constituencies.” WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p 237.

ela depende da comprovação de que (1) antes do pedido de recuperação as devedoras desconsideravam a separação de personalidades jurídicas de forma tão acentuada que levava os credores a tratá-las como um ente só e que (2) os ativos e passivos das devedoras estão de tal forma mesclados que a separação se apresenta proibitiva e prejudicial a todos os credores. Tal qual em relação ao caso *Augie/Restivo*, a doutrina critica a elegibilidade da confiança dos credores na separação ou não das sociedades do grupo como requisito para aplicação da consolidação substancial sustentando que esse requisito nada tem a ver com confiança mas com os requisitos relacionados à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica¹⁰⁹.

Conforme indica a doutrina, o caso *Augie/Restivo* se tornou paradigma para os demais Tribunais que passaram a adotá-lo como o “teste” predominante para verificar a adequação da consolidação¹¹⁰. Entretanto, além da correta interpretação a ser dada ao primeiro requisito lá fixado (relacionado à situações que justificariam a desconsideração da personalidade jurídica), a doutrina destaca que o elevado grau confusão entre os ativos e passivos das sociedades foi reconhecido no caso *WorldCom*, no qual o tamanho e o volume de transações entre as sociedades eram significativos: em um único mês foram verificadas mais de 600.000 transações e os valor envolvido em todas as transações alcançava a casa dos trilhões de dólares¹¹¹.

¹⁰⁹ “Moreover, Judge Ambro of the Third Circuit couches his formulation of the test in *In re Owens Corning* in terms of reliance. The logic of substantive consolidation, at least as developed in the Second Circuit, however, suggests such an emphasis on reliance is not appropriate. Reliance is irrelevant to the cost-saving prong of *Augie/Restivo*, and the other prong is satisfied only when conditions are such that veil-piercing or alter-ego actions could be brought outside of bankruptcy. These are available when there is deliberate undercapitalization, misrepresentation, or failure to follow corporate formalities. Establishing these has little to do with reliance.” BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 17.

¹¹⁰ Cf. AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review* Vol. 14:1 (Spring 2006). Disponível em <http://www.mosessinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso em: 20/09/2016 :“Union appealed the order of substantive consolidation and the Second Circuit reversed the decision, articulating an analysis that other courts have come to describe as the predominant test for the propriety of consolidation.”; SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006, p. 232:“One of the most influential cases on substantive consolidation is 1988 Second Circuit decision, *In re Augie/Restivo Baking Co.*”; WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 237.“(...) before the trend toward negotiated substantive consolidation, the *Augie/Restivo* test was most often invoked to determine when companies could be substantive consolidated.”

¹¹¹ “The court allowed substantive consolidation in an unpublished opinion. Two factors proved decisive. First, as often happens in bankruptcy practice, the major parties reached a deal with one another. The court did not face the concerted opposition among the parties that would have led, among other things, to a strongly contested appeal of

Na ausência de qualquer regulamentação legal, são os Tribunais quem examinam os fatos de cada caso e determinam quando a consolidação substancial pode ser aplicada. E, como se vê da breve exposição feita, o tratamento jurisprudencial da matéria tem originado precedentes importantes, mas que, por vezes, são contraditórios e desestruturados.

Talvez pela falta de sistematização do tema, a doutrina revela preocupação com o que chama de moderna tendência de flexibilização da consolidação substancial¹¹² uma vez que os Tribunais invocam fatos que, nem sempre conduzem à aplicação da medida.¹¹³ Algumas das circunstâncias que são mencionados pelos tribunais norte-americanos para determinar a adequação da consolidação substancial são: se há fraude contra credores; a crença dos credores de que o grupo seria uma única sociedade; a presença ou ausência de balanços financeiros consolidados; entrelaçamento de bens e contas; unidade de interesses e participações entre as sociedades; a existência de garantias cruzadas ou empréstimos entre as sociedades; confusão de ativos e atividades empresariais; o grau de dificuldade em separar e averiguar os ativos e passivos de cada sociedade; transferência de ativos sem a observância das formalidades societárias; significativa subcapitalização do grupo ou de parte dele; se a consolidação facilitaria o plano de recuperação¹¹⁴.

the decision. Second, and much more importantly, both the size and number of intercorporate transfers were staggering. In a single month, for example, more than 600,000 transactions took place. Millions of transactions flowed through intercompany accounts, and these totaled one *trillion* dollars.” BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 10.

¹¹² “Ironically, the future viability and enforceability of this vital remedy has been jeopardized by the evolution of a “modern” trend in favor of a “liberal” or more relaxed standard for application. Notwithstanding the appellate courts’ repeated admonitions that substantive consolidation should be used only “sparingly,” other decisions—mostly bankruptcy court cases citing to unreported bankruptcy decisions—have announced a “liberal” or “modern” trend that would make substantive consolidation the rule, rather than the sparingly used exception described by the appellate decisions. GRAULICH, Timothy E.. Substantive consolidation – a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. Vol. 14:527* (Winter 2006). p. 528/529.

¹¹³ “It has been said that the dependence by courts on an endless list of “factors” and “balancing tests” (and, worse still, the combination of factors *and* balancing tests) generally belies the fact that the doctrine being applied is itself without a firm legal basis. This is particularly true of the liberal trend. GRAULICH, Timothy E.. Substantive consolidation – a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review Vol. Vol. 14:527* (Winter 2006).p. 550.

¹¹⁴ Cf.: STAEHELIN, Daniel. No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006, p. 214: “The concept of substantive consolidations emanates from a judicial doctrine developed by American bankruptcy courts. Under specific circumstances the assets and liabilities of two or more companies of a group are ordered to be combined in a single estate in order to satisfy all the creditors of those companies. This may occur in the following cases: (i) hindrance or fraud in creditors; (ii) creditor’s reliance on the group as a whole (i.e. on

Como as decisões dos Tribunais dependem do contexto fático de cada caso e as hipóteses de aplicação da consolidação são variadas, Henry Peter, de forma bastante didática, categoriza, em quatro tipos, as situações em que os juízos de falências acreditam que a consolidação substancial é apropriada. São elas: (1) casos de instrumentalidade da sociedade; (2) casos em que os credores acreditaram no grupo como uma única sociedade; (3) casos em que é praticamente impossível ou irrazoável desembaralhar o patrimônio das sociedades e (4) casos em que a consolidação é parte do plano de recuperação.

Como ele próprio afirma, “as diferenças entre os ‘casos de instrumentalidade’ e os ‘casos de confiança dos credores’ não são sempre bem definidas”¹¹⁵. Dentre os exemplos de “casos de confiança dos credores” o autor cita o caso Augie/Restivo, que, conforme observa a doutrina (vide notas de rodapé 103 e 104), não tem a ver com confiança dos credores mas com a constatação de instrumentalidade e possibilidade de aplicação dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica.

Em relação à situação “3” (impossibilidade de separação dos patrimônios das sociedades do grupo), o autor destaca que se trata de requisito difícil de cumprir e que o Tribunal estabelece padrões rigorosos nos quais compara as despesas e dificuldade para promover a separação com a impossibilidade prática de reestruturar os registros financeiros. Nos exemplos citados pelo autor em que a consolidação foi admitida com base nesse requisito foi constatada a ausência de

the group as a consolidated enterprise); (iii) intermingling and intertwining of corporate estates and of their accounts; (iv) gross undercapitalization of the group or a part of the group of companies; (v) substantive consolidation would facilitate a reorganization plan; (vi) generally, substantive consolidation would be in the well-understood interest of the creditors.”; PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 93/94. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017: "It is however believed that courts now frequently cite a list of seven prerequisites, deemed to be relevant to determine the appropriateness of consolidation: (i) the presence or absence of consolidated financial statements; (ii) the unity of interests and ownership between the various corporate entities; (iii) the existence of parent and intercorporate guarantees or loans; (iv) the degree of difficulty in segregating and ascertaining individual assets and liabilities; (v) the transfer of assets without formal observance of corporate formalities; (vi) the commingling of assets and business functions; and (vii) the profitability of consolidation at a single physical location.”

¹¹⁵ This being said, it probably has to be admitted that the differences between "instrumentality cases" (supra point 1) and "creditors reliance cases" (the present point 2) are not always clear cut. PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 99. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

quaisquer registros das operações realizadas entre as sociedades e a *impossibilidade* de promover a separação dos ativos e passivos. Conclui o autor que “a *essência dessa categoria de consolidação é que embora ela possa causar iniquidades, elas são superadas por questões de ordem prática como os custos e dificuldades contábeis envolvidos quando as relações entre as sociedades são altamente complexas ou não rastreáveis.*”¹¹⁶

Por fim, a última categoria de situação em que a consolidação é permitida é quando ela é indicada como proposta expressa no plano de recuperação como forma de facilitar e acelerar o processo, ou seja, quando ela é indicada como um meio de recuperação. O autor afirma que a consolidação como proposta de recuperação é cada vez mais frequente especialmente entre sociedades interligadas já que, diante do fato de considerarem o grupo como um todo, raramente apenas uma sociedade está envolvida na reorganização. Esclarece, ainda, que nos Estados Unidos, como regra geral, o plano de recuperação deve ser aprovado pelos credores. Se todos os credores estiverem de acordo com o plano, ele deverá ser homologado pelo juízo. Entretanto, caso haja objeções ao plano, o juízo poderá, de forma independente, determinar se é o caso de se aplicar a consolidação substancial observando, todavia, os limites das normas do *Bankruptcy Code*. Dentre essas regras, destaca a que impõe tratamento igualitário aos credores que estejam em uma mesma situação, ou seja, a observação do princípio da *par condicio creditorum*.¹¹⁷

Feita essa breve exposição sobre a consolidação substancial nos Estados Unidos, tentar-se-á nos próximos tópicos, a partir da análise da jurisprudência e da doutrina, sistematizar as

¹¹⁶ Tradução livre de: “The thrust of this category of “consolidation cases” is that although inequities may be involved in the consolidation, they are outweighed by practical considerations such as accounting difficulties and expense, which may occur where interrelationships of corporate groups are highly complex or untraceable.” PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 102. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

¹¹⁷ “Such type of proposal is increasingly included in the reorganisation of interconnected corporations due to the fact that it is more and more seldom that “sole” companies are involved in such plans, and increasingly frequent that they regard groups of companies as a whole. In the USA, the basic principle is that reorganisation plans have to be approved by the creditors. If all creditors adhere to a plan proposing substantive consolidation, the court must approve it. In the absence of unanimous approval, courts must make an independent determination as to whether consolidation is appropriate. In such case, they can approve the plan even though some debtors do expressly oppose it, such decision to be taken, however, within the limits of the compulsory rules of the bankruptcy code. The said rules include the obligation to equally treat creditors who are in the same situation.” PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. In: Nobel, Peter. *Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115, p. 103. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

hipóteses em que é possível aplicá-la no Brasil, o procedimento a ser observado e suas consequências.

2.2.2. Análise conclusiva: o que justifica a aplicação da consolidação substancial?

A partir da jurisprudência norte-americana e da análise feita pela doutrina estrangeira, entende-se que é possível, para fins de sistematização e elucidação das situações em que a consolidação substancial pode ser aplicada, estabelecer as seguintes hipóteses:

- 1) consolidação substancial como instrumento de coibição à fraude e proteção aos credores;
- 2) consolidação substancial como *meio* de recuperação judicial;

Tomando como ponto de partida a categorização sugerida por Henry Peter, as situações de “instrumentalidade” e de “confiança dos credores” (aqui admitida no mesmo sentido da doutrina estrangeira citada, ou seja, como situação em que também seria possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica), justificariam a aplicação da consolidação substancial sob o viés da coibição à fraude e proteção aos credores. Já as situações de “excessiva dificuldade prática de separação do patrimônio das sociedades” e de “consolidação substancial como parte do plano de recuperação”, justificariam a aplicação da medida como *meio* de recuperação judicial.

Em relação à consolidação como *meio* de recuperação judicial, hipótese expressamente prevista na lei modelo da UNCITRAL¹¹⁸, há uma situação que, a despeito de não ser destacada, ao

¹¹⁸ Essa possibilidade pode ser constatada tanto nos comentários sobre a coordenação processual como naqueles próprios da consolidação substancial. Ver: p. 23: “The inclusion of a solvent group member may facilitate the development of an insolvency solution for the whole group, avoiding the piecemeal commencement of proceedings over time, if and when additional group members become affected by the insolvency proceedings initiated against the originally insolvent members. It could also facilitate the preparation of a comprehensive reorganization plan, covering the assets of both solvent and insolvent group members.” Ver p. 60: “Substantive consolidation may also be possible by way of a reorganization plan. Some laws permit a plan to include proposals for a debtor to be substantively consolidated with other group members, whether insolvent or solvent, that are to be included in the plan. Such a plan could be implemented if approved by the requisite vote of creditors.” UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012.

menos de forma literal e expressa, pela doutrina estrangeira ao analisar os casos paradigmáticos de consolidação substancial nos Estados Unidos, deve ser observada. Trata-se do chamado efeito dominó.

Conforme destacado na lei modelo, o tratamento da insolvência de grupos de sociedades não pode desconsiderar o efeito dominó¹¹⁹. Em casos em que a estrutura do grupo é diversificada, envolvendo atividades e ativos distintos, a insolvência de uma sociedade pode não trazer qualquer consequência para as demais. Entretanto, quando há um elevado grau de integração das atividades do grupo, bem como interdependência de seus ativos e passivos, os problemas financeiros enfrentados por uma sociedade podem refletir nas demais sociedades do grupo.

Tanto a doutrina estrangeira como a nacional destacam a necessidade de, em recuperação de grupos societários, se atentar para o efeito dominó. Christoph G. Paulus, em artigo no qual, sob a perspectiva da maior eficiência – que para ele é definida como a maximização de ativos, preservando ao máximo as sociedades devedoras e, ao mesmo tempo, satisfazendo os credores da melhor forma possível¹²⁰ – trata da insolvência de grupos de sociedades, destaca que uma das possibilidades de se incluir membros solventes de um grupo em recuperação judicial é a adoção do critério que chama de “insolvência iminente”. Em virtude do efeito dominó ele afirma que o membro de um grupo pode ser considerado insolvente quando ele estiver suscetível de sofrer os efeitos do processo de insolvência de outro membro do grupo¹²¹. Para além dessa perspectiva de legitimação, abordada no tópico 2.1.2, Sheila Cerezetti, ressalta que, em insolvência de grupo de sociedades “o sucesso da reestruturação depende, então, da adoção

¹¹⁹ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 20.

¹²⁰ “Efficiency, under these diverse circumstances thus comes to have different meanings, which must be kept in mind for possible solutions to the problem of group insolvencies. As a working hypothesis, I define efficiency in this text as asset maximization by preserving the debtor companies to the utmost while obtaining the best possible satisfaction of the creditors.”. PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. In: *Texas International Law Journal*, 42, 2007. p. 821.

¹²¹ There might exist further possibilities to include even solvent group members into the procedural unity: One would be to establish a modification of the insolvency trigger “imminent insolvency”. This would be a trigger which transforms the experience with the aforementioned domino effect into statutory language – for instance, “A member of an incorporated group shall be deemed to be faced with group-related insolvency if it is likely to be affected by the opened insolvency proceedings of other group members.”. PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. In: *Texas International Law Journal*, 42, 2007. p. 828.

*de medida capaz de envolver muitas, se não todas, das sociedades que contribuem para o desempenho da atividade.”*¹²²

A interligação que pode gerar o efeito dominó, está relacionada à conexão entre as atividades empresárias realizadas pelo grupo e à existência de garantias cruzadas. Quando o financiamento das sociedades é feito considerando o grupo como um todo, por meio de garantias cruzadas, o financiamento concedido a um dos membros do grupo pode afetar as responsabilidades de outro, ou medidas (como a desconsideração da personalidade jurídica) que afetem o patrimônio de sociedade do grupo podem, igualmente, afetar o patrimônio e as responsabilidades de outros membros, comprometendo, assim, a continuidade do negócio.

Portanto, mesmo naquelas situações em for possível a identificação dos ativos e passivos das sociedades do grupo, se ela envolver demora e custos excessivos e se for constatado que a recuperação da empresa, ou seja, da atividade exercida pelo grupo só é possível se for feita conjuntamente, abre-se a possibilidade de aplicação da consolidação substancial.

A sistematização sugerida revela que a consolidação substancial se aproxima mas não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica. Basta notar que nos casos em que a consolidação é um meio de recuperação judicial não há, necessariamente, que se cogitar dos requisitos próprios da desconsideração para sua aplicação. Mas, mesmo nas hipóteses em que os fundamentos da consolidação substancial são próprios da desconsideração da personalidade jurídica, ainda assim os institutos, de acordo com a doutrina, não se confundem.

Ao discorrer sobre as diferenças entre consolidação substancial e desconsideração da personalidade jurídica Henry Peter sustenta que a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi desenvolvida para tratar da sociedade sob a perspectiva atomizada, ou seja, considerando a sociedade e não grupo de sociedades. Portanto, em sua visão, a utilização do instituto se dá na relação estabelecida entre duas entidades distintas, de forma a permitir que o credor de uma tenha acesso ao patrimônio da outra, mas não vice-versa. Assim, estabelece a

¹²² 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 748.

diferença entre desconsideração da personalidade jurídica e consolidação substancial nos seguintes termos:

A diferença entre a perspectiva bilateral [verificada na desconsideração da personalidade jurídica] e a consolidação é clara: na primeira, não há verdadeira reunião de ativos e, se houver, ela é limitada, como se uma sociedade estivesse garantindo as dívidas de outra, mas não o contrário. Além disso, a desconsideração só pode ser concedida a um único credor em uma análise casuística do caso, conforme as circunstâncias que o permeiam. Trata-se de instrumento que pertence à mesma categoria da alienação fraudulenta (ação pauliana) e sofre das mesmas limitações. Em síntese: trata-se de instrumento que, por essência, é aplicado a transações específicas, entre partes específica e para em favor de credores específicos.¹²³

Douglas G. Baird, ao discorrer sobre o caso *Augie/Restivo* e o primeiro requisito estabelecido pelo Tribunal para aplicação da consolidação substancial – qual seja, a necessidade de comprovação de que os credores se relacionaram com as sociedades como se elas fossem a mesma unidade econômica e não confiaram na separação entre elas –, afirma que trata-se de circunstância análoga à desconsideração da personalidade jurídica, mas própria para o âmbito da insolvência, e traça suas diferenças nos seguintes termos:

As duas doutrinas não se confundem. A desconsideração da personalidade jurídica permite ao credor da subsidiária alcançar ativos da controladora, mas não permite que, ao mesmo tempo, credores da controladora alcancem os ativos da subsidiária. Já na consolidação substancial, todos os ativos são reunidos e divididos entre os credores das várias sociedades.¹²⁴

¹²³ Tradução livre de: “The difference between such a bilateral approach and consolidation is clear: in the former there is no real pooling of assets or, if any, only a limited and asymmetrical one, as if one entity would have guaranteed the debts of the other, but not the contrary. In addition, the *Durchgriff* can be granted only to single creditors on a case-by-case basis, depending on the circumstances surrounding each such creditor’s relationship with the debtor. Fundamentally, this relief thus belongs to the same category as fraudulent conveyance cases (*actio pauliana*) and suffers from the same limitations. To put it simply, it is a remedy which by essence applies to specific transactions between specific parties in favour of specific creditors.”. PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 202/203. Disponível também em: <http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em 19/03/2017.

¹²⁴ Tradução livre de: “The two doctrines are not quite the same. Veil-piercing allows the creditors of a subsidiary to reach the assets of the parent, but does not at the same time allow creditors of the parent to reach the assets of the subsidiary.²⁹ In contrast, substantive consolidation puts all the assets in a common pool, and creditors of the various entities share in it pro rata.” BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 11/12.

A aparentemente sugerida impossibilidade de credores da controladora alcançarem ativos das controladas, merece observação. Fábio Konder Comparato, ao abordar a desconsideração da personalidade jurídica, além de conferir à teoria uma perspectiva objetiva, sustentando que ela é aplicável mesmo quando não houver o deliberado intuito de fraudar terceiros, afirma que a “*desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário*” sendo este, na sua opinião, “*o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.*”¹²⁵ Sob essa perspectiva, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser intentada contra quem detém poder de controle e desrespeita a autonomia da sociedade. Entretanto, caso a sociedade controlada tenha sido usado como instrumento de fraude, para fins, por exemplo, de blindagem patrimonial em relação à controladora ou outras sociedades do grupo, não se, vê, a princípio, justificativa para impedir que a desconsideração seja intentada em seu desfavor.

De qualquer forma, o principal ponto de distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e a consolidação substancial é que a primeira é própria para situações pontuais e episódicas. Leonardo Netto Parentoni, ao discorrer sobre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, os quais operam no plano da eficácia e não da validade (assim como a ação pauliana), destaca que:

Outro aspecto relevante é que a desconsideração não implica supressão da responsabilidade limitada dos membros de um centro autônomo de imputação de direitos e deveres. Ao contrário: incide *no caso concreto*, alcançando *relação jurídica específica e delimitada*. Em consequência, caso seja aplicada em proveito de determinado credor, tal fato, por si só, não autoriza que incida também a favor dos demais credores do sujeito desconsiderado. Pelo contrário, incumbirá a cada um deles provar a presença dos pressupostos dessa teoria, no respectivo caso concreto, para que também em relação a eles seja declarada a ineficácia da limitação de responsabilidade patrimonial do devedor.¹²⁶

A consolidação substancial, diferentemente, não é episódica nem pontual. Ao invés de simplesmente permitir que um único credor, a partir de uma relação jurídica específica e

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.. Para análise da evolução das teorias subjetiva e objetiva no Direito Brasileiro, cf. MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, n. 134, abr.-jun. 2004.

¹²⁶ PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. p. 53.

delimitada, possa se valer da desconsideração, ela rompe a estrutura societária de separação patrimonial de modo geral, reunindo todos os ativos e demandas do grupo. Por essa razão, David Skeel define a consolidação como sendo uma versão multi-partes da desconsideração¹²⁷. Henry Peter, sustenta que os efeitos da consolidação são similares aos que resultam de uma fusão e, citando David Skeel, que dogmaticamente ela pode ser considerada como uma generalização da desconsideração da personalidade jurídica¹²⁸.

Ponto comum entre a consolidação substancial e a desconsideração da personalidade jurídica é o fato de a aplicação desses institutos gerar efeitos no âmbito da eficácia e não da validade. Conforme ensina a doutrina, a *desconsideração* da personalidade jurídica não se confunde com a *despersonalização*:

(...) a ‘disregard doctrine’ não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos.¹²⁹

Da mesma forma, na consolidação substancial, não há extinção das personalidades jurídicas. Apesar de a consolidação substancial resultar, à semelhança do que ocorre em uma fusão, em aglutinação de ativos e passivos, tal se dá, via de regra, apenas temporariamente – enquanto durar o processo de recuperação judicial – e com a finalidade exclusiva de possibilitar a

¹²⁷ “Substantive consolidation can be seen as a multi-party version of veil-piercing. Instead of simply permitting a single creditor to pierce the corporate veil, the court collapses the corporate structure altogether, pooling the assets and claims of the group.”. ¹²⁷ SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 231/232.

¹²⁸ “Consolidation is the combination of the assets and liabilities of two or more related companies so that they are treated as a single entity. It is the translation in a liquidation or reorganisation scenario of the well known concept bearing the same name in the accounting field. As the academic literature has pointed out, the result of substantive consolidation is similar to that of a merger. Dogmatically, it can be seen as a generalisation or multi-party version of veil piercing.” PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 204. Disponível também em: <http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em 19/03/2017.

¹²⁹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 14, dez. 1969.

quitação dos débitos das devedoras de forma conjunta. Nesse sentido, Sheila Cerezetti afirma que:

Uma certa aproximação entre a desconsideração e a consolidação substancial justifica-se pela (i) excepcionalidade de sua adoção, e (ii) atuação bastante específica de uma e outra solução, sendo que a desconsideração é reconhecida apenas para o específico fim de satisfação de um determinado crédito, cuja cobrança resulta no afastamento temporário da personalidade jurídica de uma sociedade, de forma que os bens sejam utilizados para pagamento de dívida de outra, enquanto a consolidação ocorre apenas para lidar com os créditos sujeitos a recuperação judicial em que ela é adotada. Ambas, portanto, não têm o condão de extirpar a personalidade jurídica das devedoras, as quais permanecem juridicamente independentes, salvo se o plano contiver previsão de operação societária que disponha de forma distinta.¹³⁰

Em situações de insolvência de grupo de sociedades, nas quais são verificadas inúmeras transações intragrupo, seria, portanto, inapropriada a utilização da desconsideração da personalidade jurídica¹³¹. Eduardo Secchi Munhoz sustenta ser a desconsideração da personalidade ineficiente para tratar de abusos em grupos societários pois o problema não se ateria à utilização abusiva da pessoa jurídica em cada caso concreto, mas à suposta incompatibilidade dos objetivos definidos pelo sistema jurídico (autonomia jurídica e patrimonial da pessoa jurídica) com a realidade socioeconômica justificadora dos grupos societários. De acordo com o autor, a suspensão temporária e episódica da personalidade jurídica haveria de se tornar suspensão permanente e constante no âmbito grupal, porquanto a extinção da autonomia patrimonial e organizacional das sociedades agrupadas seria a regra, e não a exceção. Por essa razão, no seu entendimento, a doutrina clássica da desconsideração seria inadequada para solucionar os problemas originados pelo fenômeno dos grupos, sendo necessária a criação de nova disciplina jurídica aderente à sua realidade empresarial com regras

¹³⁰ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 765.

¹³¹ “It becomes inappropriate, however, or at least unrealistic, in the presence of numerous intra-group transactions. Stephen Taylor makes this point in his paper citing the Enron case where the 3000 companies which composed the group produced over 180,000 transactions amongst themselves!”. PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 203. Disponível também em: <http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em 19/03/2017.

próprias de responsabilidade e retorno a *disregard doctrine* à sua finalidade própria, qual seja, aplicação em casos específicos¹³².

A opinião do autor parece correta apenas em parte. De fato, em situação de insolvência em que verificado o abuso na utilização das pessoas jurídicas que compõem o grupo, a desconconsideração da personalidade jurídica mostra-se ineficiente, pois, para equacionar inúmeras transações irregulares entre as sociedades seriam necessários inúmeros incidentes de desconconsideração. Entretanto, isso não quer dizer que para tratar desvios pontais, mesmo no âmbito da insolvência, a desconconsideração não seja medida adequada à dinâmica dos grupos societários¹³³. Mesmo em uma estrutura grupal e ainda que com nuances distintas da verificada na sociedade isolada, a regra é a autonomia jurídica e patrimonial da sociedade

Todavia, ainda que as teorias da desconconsideração da personalidade jurídica e da consolidação substancial sejam, distintas, os requisitos para sua aplicação nos casos de “instrumentalidade”, “confiança dos credores” e “impossibilidade prática de separação do patrimônio das sociedades” delineados por Henry Peter, são, na essência, os mesmos (fraude, abuso de direito e confusão patrimonial) e, no ordenamento jurídico nacional, estão positivados no art. 50 do Código Civil de 2002.

Aqui, é importante fazer duas ressalvas. Como a consolidação substancial é uma generalização da desconconsideração da personalidade jurídica e, portanto, seus efeitos não são apenas episódicos

¹³² MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, n. 134, abr.-jun. 2004, p. 25-47, p. 45.

¹³³ Aqui é importante destacar que como a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica não está relacionada a um ente dotado de personalidade jurídica mas à existência de um centro de imputação de deveres e obrigações, é plenamente possível a aplicação da teoria aos grupos societários, centro de imputação de deveres e obrigações desprovido de personalidade jurídica. A barreira a ser superada para imputar obrigação aos membros do centro autônomo é a limitação de responsabilidade e não a personalidade jurídica. Para aprofundamento sobre o tema ver: PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. Sobre a desconconsideração da personalidade jurídica em grupos societários ver: MARGONI, Anna Beatriz Alves. *A desconconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011); MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: a desconconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

e pontuais, mas afetam várias senão todas as sociedades do grupo, atingindo a esfera de todos os seus credores, as provas exigidas para sua aplicação devem ser tão ou mais rigorosas do que aquelas exigidas para aplicação da *disregard doctrine*. Timothy E. Graulich, em artigo no qual critica a chamada tendência moderna à consolidação substancial e à “flexibilização” dos requisitos necessários à sua aplicação pontua que diante da extensão do alcance da medida, seria incongruente que a doutrina fosse capaz de propor sua aplicação mediante comprovação menos rigorosa do que aquela exigida por exemplo, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica¹³⁴. A outra observação é: como a relação grupal, mesmo aquela estabelecida nos grupos de fato, visa “*racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem*” e em relação aos quais “*a confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente*”¹³⁵ e preciso que os requisitos constantes do art. 50 sejam aplicados à luz das nuances próprias dos grupos de sociedades.

Como pondera Sheila Cerezetti, a utilização do *abuso da personalidade jurídica* como critério de aplicação da consolidação substancial “*não considera os critérios referidos no art. 50 do Código Civil sob a perspectiva de hipóteses isoladas de abuso, que justificariam a medida pontual de desconsideração para a tutela de um específico credor, mas acata a sua utilização para fins de consolidação substancial por meio não da apuração de uma ou outra conduta de desrespeito à autonomia das sociedades grupadas, mas da constatação de uma disfunção societária estruturalmente relevante.*”¹³⁶

Nos termos do art. 50 do CC/02, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada “*em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial*”

¹³⁴ “Substantive consolidation, on the other hand, combines *all* the assets and liabilities of affiliated entities, thereby profoundly affecting the creditors (and shareholders) of *each* entity. Given the far-reaching sweep of the remedy of substantive consolidation, it would seem incongruous for the doctrine to be capable of proper application on proof dramatically *less* than the proof necessary for any of these other, more limited, exceptions to corporate separateness (each of which requires proof of fraud or other serious corporate misconduct).” GRAULICH, Timothy E.. Substantive consolidation – a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review*. vol. Vol. 14:527 (Winter 2006). p. 538.

¹³⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 499.

¹³⁶ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 775.

Conforme ensina Leonardo Netto Parentoni, o termo *abuso da personalidade jurídica* deve ser entendido como sinônimo da “*inobservância do necessário distanciamento entre a atividade desenvolvida pelo centro autônomo de imputação e os seus membros*”. São exemplos do abuso da personalidade jurídica, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Todavia, há outras condutas que também representam abuso de personalidade jurídica, dentre as quais se insere, conforme exemplifica o autor, a subcapitalização¹³⁷ que é, inclusive, reconhecida pela doutrina estrangeira como situação em que a consolidação substancial pode ser aplicada¹³⁸. Conclui o autor, portanto, que “*o elemento central caracterizador da desconsideração da personalidade jurídica é o desrespeito à autonomia da atividade desempenhada por um centro autônomo de imputação de direitos e deveres.*”.

Não é o objetivo deste trabalho discorrer de forma aprofundada sobre os requisitos e situações que justificam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive, em grupos societários. Entretanto, tendo em vista que norma positivada faz menção, especificamente, ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial e, especialmente a confusão patrimonial, é invocada nas decisões sobre o litisconsórcio ativo em recuperação judicial, é importante, ainda que de forma breve, esclarecer a sua aplicação à luz da estrutura grupal.

¹³⁷ PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. p. 71. João Pedro de Souza Scalzilli assim defini subcapitalização: “Além disso, como as unidades componentes do grupo podem contar com o patrimônio umas das outras – ao menos enquanto isso for conveniente ao controlador – é comum a prática de constituir e manter sociedades com capital manifestamente insuficiente para as operações econômicas em que vão se engajar, cuja atividade é, no mais das vezes, matida por meio de empréstimos concedidos pela sociedade dominante. É o fenômeno da subcapitalização (...)”. SCALZILLI, João Pedro de Souza. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos de sociedades: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 150.

¹³⁸ “The circumstances under which substantive consolidation should be granted include cases in wich: (...) (iv) whole or part of the groups’ companies have been grossly under capitalised; (...)”. PETER, Henry. *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?* In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economie Growth*. Schulthess: 2006. p. 206; “Under specife circumstances the assets and liabilities of two or more companies of a group are ordered to be combined in a single estate in order to satisfy all the creditors of those companies: This may occur in the following cases: (...) (iv) gross undercapitalization of the whole or part of the group of companies; (...)”. STAEHELIN, Daniel. *No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies*. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economie Growth*. Schulthess: 2006. p. 214.

A partir de análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Guilherme Vinseiro Martins constata que, nos julgados, é comum o emprego da desconsideração da personalidade jurídica em grupos societários quando as sociedades se apresentam como se fossem uma única sociedade – nos termos dos julgados, com mesma unidade gerencial, laboral e patrimonial – diferenciando-se apenas por meio das suas *estruturas meramente formais*. Nas decisões, outros fatos evidenciavam o abuso, como sociedades inativas, denominações sociais semelhantes, operação do mesmo produto e a gestão idêntica que tratava o patrimônio das sociedades como se fosse um só. Conclui, então, de forma que parece acertada, que, nos casos envolvendo grupos societários a menção a “*estruturas meramente formais*” seria representativa do desvio de finalidade prescrito no art. 50 do CC/02¹³⁹.

Aqui uma observação é importante. Conforme já destacado quando da definição de grupos de sociedades, como a direção unitária é a principal característica dos grupos de fato, é natural que as sociedades do grupo atuem sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, sem que isso implique abuso de direito, confusão patrimonial – a ponto de ensejar a responsabilização do grupo como um todo – ou fraude a credores. Portanto, simples “unidade, laboral gerencial e patrimonial” não é suficiente para satisfazer o requisito do desvio de finalidade. Ao tratar da consolidação substancial com fundamento na desconsideração da personalidade jurídica, a doutrina estrangeira se posiciona em sentido semelhante, assentando que controle comum e demonstrações financeiras consolidadas não são suficientes para justificar sua aplicação, principalmente quando as formalidades societárias são respeitadas¹⁴⁰.

Para constatar o desvio de finalidade, é preciso verificar, à luz dos fatos do caso, se a estrutura grupal foi utilizada não com vistas à integração econômica e promoção da eficiência, mas apenas de forma fictícia, o que contraria o princípio da boa-fé¹⁴¹ em especial face a credores.

¹³⁹ MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 87/90.

¹⁴⁰ “Common control, consolidated financials, and modern cash management are not enough to justify substantive consolidation grounded in veil-piercing and alter-ego actions, especially where corporate formalities have been followed and the separate entities will be maintained going forward.”. BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 16.

¹⁴¹ Sobre o princípio da boa-fé objetiva ver: CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

Nesse caso, ainda que não esteja presente o intuito deliberado de causar prejuízo a terceiros, falta a transparência e lealdade exigidas nas relações jurídicas.

Se o desvio de finalidade, ainda que não intencional, pode ser coibido pela desconconsideração da personalidade jurídica, pode sê-lo também quando for intencional, ou seja, fraudulento. Conforme ensina Humberto Theodoro Junior, “*quem cogita, portanto, de fraude no plano jurídico, pensa em astúcia ou malícia para lesar alguém, por meio de conduta desleal, mentirosa e injurídica*”¹⁴². É o que se verifica quando as sociedades são utilizadas como instrumento para não cumprimento de obrigações e para prejudicar credores. Assim, diante de ilícitos ou de fraude, a desconconsideração também deve ser aplicada¹⁴³.

A seu termo, a *confusão patrimonial*, por ser, em maior ou menor grau, inerente à direção unitária característica dos grupos societários, já que “*a interferência na autonomia da pessoa jurídica, seja no aspecto patrimonial, seja no organizativo, é de natureza estrutural*”¹⁴⁴, deve ser objeto de análise atenta e ponderada.

Por se nortearem pelo interesse grupal a autonomia patrimonial das sociedades grupadas é fragilizada já que os seus patrimônios tendem a se confundir sobretudo em razão das inevitáveis transferências de ativos de uma sociedade para outra, com a distribuição de custos, prejuízos e lucros entre as sociedades¹⁴⁵. Não por outro motivo os grupos societários são, na dicção de Leonardo Netto Parentoni, “*terreno fértil incidência da desconconsideração da personalidade jurídica*”, porquanto a estrutura grupal “*favorece a fragilização da autonomia das sociedades*

¹⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza da ação pauliana*. 2 ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 59.

¹⁴³ “*O pressuposto da desconconsideração, já se viu, é a ocorrência de fraude perpetrada com uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica*”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127; As primeiras manifestações da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil surgiram com Rubens Requião, que defendia a desconconsideração como instrumento destinado ao combate da fraude e do abuso de direito, em que a personalidade jurídica é desprezada para alcançar as pessoas e bens que se encontram ocultas dentro da sociedade para fins ilícitos. Ver: REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

¹⁴⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, n. 134, abr.-jun. 2004, p. 25-47, p. 41.

¹⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 499/500.

membro do grupo, como centro de imputação de direitos e deveres, permitindo ao controlador utilizá-las em desconformidade com as condicionantes da responsabilidade limitada”¹⁴⁶.

A direção única em prol do interesse grupal se verifica, por exemplo, pela elaboração de um orçamento geral para todo o grupo, planejamento de política de investimento e organização da produção e pela consideração da relevância recíproca das diversas atividades desempenhadas pelas sociedades.¹⁴⁷ É o já mencionado fenômeno da “*unidade econômica na pluralidade jurídica*” delineado por Eduardo Secchi Munhoz¹⁴⁸ e que se apresenta, conforme explica João Pedro de Souza Scalzilli, pela transferência de recursos pelos mais variados meios e das mais variadas formas (de controladora para controlada, desta para aquela e entre as próprias controladas), pela determinação de especialização em atividades sem possibilidade de ampliação de atuação para evitar concorrência com outras sociedades do grupo, centralização, na sociedade *holding*, das atividades de pesquisa, serviços financeiros e suporte jurídico. É usual, também, que algumas sociedades não tenham outros clientes nem outros fornecedores a não ser as demais sociedades do grupo e não raras vezes o financiamento das atividades das controladas depende da controladora, seja pela concessão de empréstimos diretos, seja pela pressão que pode exercer junto aos seus próprios banqueiros para que concedam créditos a elas¹⁴⁹.

Conforme destaca Eduardo Secchi Munhoz, “*uma das funções primordiais dos grupos é propiciar maior eficiência, em razão da sinergia criada pela transferência de recursos entre seus membros*”¹⁵⁰. E, essa eficiência só é possível em virtude dos grupos se apresentarem como organizações de mercado interno, em que as transações financeiras entre as sociedades grupadas raramente seguem as condições normais de mercado já que a viabilização da atividade realizada

¹⁴⁶ PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. p. 74/75.

¹⁴⁷ SCALZILLI, João Pedro de Souza. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos de sociedades: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Scalzilli p. 142.

¹⁴⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupo de sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 261.

¹⁴⁹ SCALZILLI, João Pedro de Souza. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos de sociedades: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. p. 141/143.

¹⁵⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupo de sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 135.

por meio da concessão de empréstimos, transferência de tecnologia, venda de mercadorias, prestação de serviços e distribuição de custos, lucros e prejuízos é feita dentro de sua própria estrutura, em circunstâncias mais favoráveis¹⁵¹.

É justamente em razão da fluidez na alocação dos recursos dentro da estrutura grupal que a autonomia patrimonial é fragilizada, mas não anulada. Não se nega que a confusão patrimonial é consequência da estrutura grupal eficiente, como já identificado pela doutrina citada. O interesse grupal exige, em menor ou maior grau, essa fluidez de ativos e passivos entre as sociedades componentes do grupo.

Porém, as transações no âmbito grupal devem ser observadas não de forma estática e isolada, mas de forma dinâmica – justamente porque pautadas no interesse grupal. Assim, apesar de uma análise estática da contabilidade das sociedades agrupadas poder indicar, a princípio, mistura de ativos e passivos, se há observância do caráter comutativo ou pagamento compensatório no plano global ou futuro, tal como autoriza a lei (LSA, art. 245), não há que se falar em confusão patrimonial para fins de atribuição de responsabilidade à sociedade do grupo diferente daquela com qual foi firmado determinado negócio. Trata-se de tarefa que pode ser árdua e para a qual, portanto, o juiz deverá contar com o auxílio de técnicos ou do administrador judicial nomeado, que, conforme ensina a doutrina, é figura independente que não representa nem credores nem devedores, e deve voltar sua atividade para o reerguimento da empresa¹⁵².

O que se pretende deixar claro é que a confusão patrimonial não pode ser tida como decorrência lógica da existência do grupo societário, devendo ser demonstrada e comprovada, pelo que há que se analisar com prudência o caso concreto. Importante esclarecer, ainda, que os credores não podem ficar desamparados e, caso isso ocorra, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial não podem ser invocados a favor do grupo societário, mas sim para protegê-los.

¹⁵¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupo de sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 136.

¹⁵² PERIN JUNIOR, Ecio. O administrador judicial e o comitê de credores. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 174.

Essa observação é de grande importância em se tratando de consolidação substancial pois, quando verificada confusão de ativos e passivos, com o intuito de acelerar o processo de recuperação judicial, há, nos Estados Unidos, uma tendência de permiti-la¹⁵³. Todavia, como se cuida de medida excepcional, há de ser aplicada sob rigoroso controle judicial e com o adequado sopesamento, caso a caso, entre os princípios da eficiência e da autonomia e separação patrimonial, que rege o direito empresarial, e também levando em consideração os prejuízos a serem suportados pelos credores. Há situações em que a confusão de ativos e passivos é feita com intuito de prejudicar credores, é irrastrável (o que, independentemente do deliberado intuito de prejudicar credores pode acarretar-lhes prejuízos) ou está de tal forma intrincada que sua separação é impossível. Nesses casos, é devida a aplicação da consolidação substancial. Conforme pondera Leonardo Netto Parentoni:

Diversamente, a desconsideração clássica requer malversação de esferas decisórias *ou patrimoniais*. Se, por um lado, a desconsideração tem como um de seus objetivos coibir a fraude, por outro ela incide além deste escopo, alcançando casos em que se declara a ineficácia da separação patrimonial a partir de razões objetivas, em que não há intenção fraudulenta. Assim ocorre na confusão patrimonial, em que não se indaga acerca da intenção do titular do poder de controle, bastando para caracterizá-la a contabilidade desorganizada.¹⁵⁴

Todavia, há situações em que apesar de desorganizada, a contabilidade do grupo pode ser desembaralhada. Nesse caso, é preciso levar em conta o gasto de tempo e de recursos necessários para tanto, inclusive aqueles relacionados às “batalhas intragrupo” que surgiriam caso fosse dado às sociedades em recuperação judicial um tratamento atomizado. Conforme ponderado por Henry Peter:

Os limites e deficiências do tratamento atomizado são bem conhecidos; tempo considerável, esforços e custos são gastos especificamente em conflitos entre as sociedades. Consequentemente, parte substancial dos ativos totais é gasta com batalhas intragrupo e não em benefício dos credores de boa-fé.¹⁵⁵

¹⁵³ “When the bankruptcy court-and everyone else-wants to confirm a plan and enable a business to exit rapidly from Chapter 11, there is a natural tendency to find that substantive consolidation is possible under whatever test is supposed to apply. Bankruptcy judges enjoy considerable discretion, and they are often willing to allow practical considerations to trump legal principle.”. BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 13

¹⁵⁴ PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. p. 188.

¹⁵⁵ Tradução livre de: “The inherent limits and deficiencies of this atomistic approach are wellknown; considerable time, effort and therefor costs are in particular spent on inter-company claims. Consequently, a substantial part of the overall assets are spent on intra-group battles, instead of benefiting the group’s good faith external creditors.”

Douglas G. Baird sustenta, no mesmo sentido, que:

Mesmo se duas sociedades são suficientemente separadas a ponto de não ser possível, fora do âmbito falimentar, aplicar a desconconsideração da personalidade jurídica, seus negócios podem ter se tornado tão intrincados e seus ativos tão escassos que separar a bagunça possa não compensar o custo. Quando os custos administrativos para separar as obrigações de duas sociedades diminuem os benefícios que qualquer grupo de credores poderia alcançar mantendo a separação entre as sociedades, é interesse de todos consolida-las.¹⁵⁶

Essa é a resposta ao questionamento feito por Daniel Staehelin e que pode eventualmente surgir na doutrina e jurisprudência nacionais. O autor, partindo da premissa de que o entrelaçamento de ativos é sempre parcial, questiona porque o fato de não estar claro a quem pertence determinado ou determinados ativos conduz à situação em que credores das sociedades com ativos mais rentáveis tem que dividi-los com credores das sociedades que não possuem ativos rentáveis.

De fato, não se questiona que alguns credores possam ser prejudicados com a medida¹⁵⁷. Entretanto, não pode ser desconSIDERADO o objetivo maior da recuperação judicial que é o de

PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how? In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 202.

¹⁵⁶ Tradução livre de: “Even though the corporations are sufficiently separate such that we would not pierce the corporate veil outside of bankruptcy, their affairs may have become so entangled and their assets so meager that unscrambling the mess may not be worth the cost. When the administrative costs of sorting out the obligations of the two corporations dwarf the benefits that any group of creditors might reap from keeping the corporations separate, it is in everyone's interest to consolidate the two.” BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. In: *Boston College Law Review* 47, 2005, p. 12.

¹⁵⁷ Conforme sustenta a doutrina estrangeira: “Clearly, any decision to consolidate prima facie affects the very core of creditors’ and debtors’ rights, at least as traditionally viewed in limited liability entities. As already suggested, consolidation should therefore be reserved to cases in which the circumstances are truly extraordinary and granted only after careful analysis of the rights and interests of all parties involved. Before reaching any conclusion, particular attention should be paid to the concerns of good faith creditors. As U.S. case law has shown, consolidation is in fact not necessarily in all creditors’ interest.” PETER, Henry. Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how? In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 206; “Under substantive consolidation, the liabilities and assets of the various entities are put into the same pot, and the assets are distributed ratably among the general creditors. Under this scheme, some general creditors fare better and others worse. Enhancing the rights of some creditors at the expense of others in this fashion requires justification. In some cases, the institutional lenders have already treated the business as a single entity. For them, unscrambling the many intercorporate relationships introduces complexities to the reorganization without corresponding benefits. Figuring out the exact pro rata share does not make sense, especially if virtually all the players have already agreed on a plan of reorganization.”

permitir a recuperação da empresa, ou seja, das atividades exercidas pelo grupo. Conforme ensina Newton De Lucca, “a criação e o desenvolvimento de uma empresa não é questão que possa ser resolvida pela livre disposição das vontades privadas”¹⁵⁸. Portanto é preciso observar o princípio da eficiência nos moldes em que delineados por Christoph G. Paulus: maximização de ativos, *preservando ao máximo as sociedades devedoras* e, ao mesmo tempo, satisfazendo os credores da melhor forma possível.¹⁵⁹ Leonardo Netto Parentoni, no mesmo sentido, ao discorrer sobre o caráter público da recuperação judicial, sustenta que sua finalidade é possibilitar a preservação da atividade econômica:

(...) a preservação da empresa *não pode e não deve* ser vista sob a ótica exclusivamente privada, como instrumento de redução das perdas de acionistas e investidores. *Há um interesse público na preservação das atividades econômicas*, a fim de evitar os efeitos nocivos que sua cessação abrupta pode causar à sociedade, uma vez que a empresa exerce *função social* de extrema relevância¹⁶⁰.

Em síntese e de forma genérica, portanto, é possível afirmar que a consolidação substancial pode ser aplicada (1) como forma de coibição à fraude e proteção aos credores, nas situações em que presentes os pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica – os quais devem ser analisados à luz das nuances próprias de uma estrutura grupal – e (2) como meio de recuperação judicial nas situações em que o tempo e os custos envolvidos na separação dos ativos e passivos de cada sociedade forem excessivos a ponto de prejudicar a reestruturação das sociedades e quando, em virtude da interdependência econômica ou relacionada às atividades exercidas pelas sociedades do grupo, a recuperação só for possível quando feita conjuntamente, isto é, quando reunidos ativos e passivos de todas as sociedades para satisfazer todos os credores. A jurisprudência, a exemplo do acórdão da 1ª Câmara de Direito Civil do TJRJ,

¹⁵⁸ LUCCA, Newton De. A recuperação judicial a luz da preservação da empresa. In: LUCCA, Newton De; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. (coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas – Estudos luso-brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.p. 41.

¹⁵⁹ “Efficiency, under these diverse circumstances thus comes to have different meanings, which must be kept in mind for possible solutions to the problem of group insolvencies. As a working hypothesis, I define efficiency in this text as asset maximization by preserving the debtor companies to the utmost while obtaining the best possible satisfaction of the creditors.”. PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. In: *Texas International Law Journal*, 42, 2007. p. 821.

¹⁶⁰ PARENTONI, Leonardo Netto. É o fim da falência? In: CASTRO, Moema A.S. de; CARVALHO, William Eustáquio (coord.). *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 308. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/299821553_E_o_Fim_da_Falencia, Acesso em: 28/06/2016.

admite a consolidação substancial como meio de recuperação judicial, desvinculando-a de conduta fraudulenta:

Nesse passo, tendo em vista que as Empresas agravadas prestam serviços de forma integrada de modo a evidenciar a **presença de um único empreendimento visto globalmente**, a despeito das particularidades de cada empresa, temos como justificável o processamento conjunto da recuperação judicial dessas sociedades empresárias. Ademais, a **reunião das Empresas agravadas no polo ativo do pedido de recuperação, ao que tudo indica, facilitaria o cumprimento do plano de recuperação, possibilitando o pagamento dos credores, dentro dos prazos estabelecidos, não havendo comprovação de qualquer conduta fraudulenta por parte das Agravadas**.¹⁶¹ (g.n.).

A doutrina nacional, todavia, define a consolidação substancial como sendo meio de recuperação judicial e, a depender da situação que justifica a sua aplicação, classifica-a como obrigatória ou voluntária.

2.2.3. A classificação dada pela doutrina nacional – consolidação substancial obrigatória x consolidação substancial voluntária

2.2.3.1. Consolidação substancial obrigatória

Sheila Cerezetti, em substancial artigo no qual trata da consolidação, sustenta que “*duas podem ser as modalidades de consolidação substancial aplicáveis à recuperação judicial brasileira*”¹⁶², e classifica-as em obrigatória e voluntária.

Em relação à consolidação substancial obrigatória, a classificação dada pela autora, ao que parece, parte tanto da perspectiva das sociedades devedoras como dos credores. Explica-se. Ao iniciar a explanação acerca dos tipos de consolidação substancial aplicáveis à recuperação judicial brasileira, ela esclarece que a consolidação obrigatória “*é determinada judicialmente após a apuração de dados que indiquem disfunção societária na condução dos negócios das*

¹⁶¹ TJRJ, AI 0005927-83.2016.8.19.0000, Primeira Câmara Cível, Des. Relator Sérgio Ricardo A. Fernandes, j. 26/04/2016.

¹⁶² 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 772.

*sociedades grupadas, normalmente identificada em período anterior ao pedido de recuperação judicial.”*¹⁶³. A consolidação substancial voluntária, por sua vez, é aquela *“adotada em decorrência de aceitação pelos credores da proposta das devedoras nesse sentido.”*

Se o termo “obrigatório” é utilizado em contraposição ao termo “voluntário” e a voluntariedade está relacionada à aceitação dos credores, a obrigatoriedade, a seu turno, estaria relacionada à imposição aos credores. Em recuperação judicial, como a vontade dos credores é manifestada pela votação, em assembleia geral de credores, do plano de recuperação proposto pelas devedoras, significa dizer que a matéria afeta à consolidação substancial, sendo ela obrigatória, não poderá ser objeto de deliberação pelos credores. Sob essa perspectiva, a medida não poderia ser tratada, genericamente, como um meio de recuperação judicial – o qual pode ser aprovado ou rejeitado pelos credores – mas como uma sanção, uma forma de coibição a fraude. A obrigatoriedade como sinônimo de imposição aos credores é constatada quando a autora afirma que *“a decisão sobre a consolidação sob o fundamento do abuso compete exclusivamente ao juízo da causa na medida em que se trata de averiguação de ilegalidade na forma de condução dos negócios da empresa plurissocietária (...)”*¹⁶⁴.

Entretanto, mais adiante, a autora sustenta que a consolidação substancial obrigatória colide com o disposto no art. 48 da LRE, que dispõe que a recuperação judicial é deflagrada a partir de pedido formulado pelo devedor, ou seja, *“é instrumento cuja utilização depende da vontade do devedor”*. E conclui que, nesse tipo de consolidação, *“a vontade do devedor pode vir a ser suprimida, decorrendo a recuperação de determinação do Poder Judiciário, quando presentes os requisitos do art. 50 do Código Civil.”*¹⁶⁵. A partir dessa colocação, infere-se, portanto, que a aceitação de obrigatoriedade inerente a esse tipo de consolidação seria verificada tanto sob perspectiva dos credores (imposição aos credores sem que lhes seja oportunizado deliberar ou

¹⁶³ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 772.

¹⁶⁴ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 774.

¹⁶⁵ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 776/777.

não pela conveniência da consolidação substancial) como também das devedoras (possibilidade de obrigar determinada sociedade do grupo a integrar o polo ativo da recuperação judicial).

Para justificar a obrigatoriedade da consolidação sob a perspectiva das devedoras, a autora sustenta que “*se, com fundamento na ausência de interesse do devedor, ela [consolidação obrigatória] não for admitida, casos de desconsideração no curso da recuperação podem ocasionar cenários bastante incongruentes em que os bens de uma sociedade são atingidos para a satisfação de créditos concursais de outro ente, representando franco prejuízo a credores da sociedade atingida, que, na ausência da recuperação conjunta, acompanharão a redução (possivelmente drástica) do patrimônio da devedora sem se ampararem em qualquer mecanismo de compensação.*”¹⁶⁶

Ao fazer menção ao art. 48 da LRE e remissão a texto em que critica a exclusividade da legitimidade ativa dos devedores para propor recuperação judicial, a autora parece tratar o problema sob o viés da legitimação.

No trabalho de sua autoria ao qual faz remissão, Sheila Cerezetti, ao discorrer sobre a legitimidade para propositura do pedido de recuperação judicial no *Bankruptcy Code*, conclui que “*pouquíssimos interessados podem invocar a instauração de mecanismos de recuperação*” e confirma que “*no caso brasileiro, apenas o devedor*”. Apesar de reconhecer que a LRE atribuiu legitimidade exclusiva ao devedor para o requerimento de recuperação judicial, a autora critica a opção legislativa, ao argumento de que tendo o legislador erigido a recuperação judicial como primeira solução à crise da empresa, para ser coerente, deveria ter conferido ampla legitimação a todos aqueles capazes de identificar a crise e interessados em solucioná-la, porquanto afetados por ela.

Não se desconhece que em outras legislações é conferida ao credor a legitimidade para apresentação de proposta de recuperação judicial. O *Bankruptcy Code* norte-americano prevê

¹⁶⁶ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 777.

essa possibilidade por meio do chamado *pedido involuntário*¹⁶⁷, que conforme ensina a doutrina, são menos comuns e restritos a casos específicos¹⁶⁸. A legislação portuguesa, também confere legitimidade aos credores para apresentação de pedido de recuperação judicial, nos termos do art. 193 do Código da Insolvência e da Recuperação Judicial de Empresas¹⁶⁹.

Entretanto, a LRE conferiu legitimidade exclusiva ao devedor – e aos seus herdeiros, cônjuge sobrevivente, sócio e inventariante –, sendo vedado ao credor, por mais qualificado ou privilegiado que seja¹⁷⁰, apresentar pedido de recuperação judicial. Também reconhecendo que a opção legislativa merece reflexões, tendo em vista, especialmente, o fato de a recuperação judicial não ter como único destinatário o empresário (sujeito da atividade) e ser de interesse dos credores e de empregados da empresa buscar a tutela jurisdicional com vistas a evitar o esgotamento desta, ou seja, da atividade produtiva, Ricardo José Negrão Nogueira assenta que:

Se fosse facultado aos credores e ao Ministério Público apresentarem proposta de recuperação de empresa em juízo, algumas alterações deveriam ser introduzidas para viabilizar a formalização de seus pedidos.

¹⁶⁷ Conforme se extrai do site dos Tribunais dos Estados Unidos <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics>: “How Chapter 11 Works – A chapter 11 case begins with the filing of a petition with the bankruptcy court serving the area where the debtor has a domicile or residence. A petition may be a voluntary petition, which is filed by the debtor, or it may be an involuntary petition, which is filed by creditors that meet certain requirements. 11 U.S.C. §§ 301, 303.”

¹⁶⁸ “Nos Estados Unidos a *reorganization* - um dos denominados *bankruptcy cases* - pode ser iniciada de duas maneiras. Por um lado, o próprio devedor pode peticionar voluntariamente (*voluntary petition*), buscando a instauração do procedimento. Note-se que o devedor não precisa alegar insolvência ou incapacidade de cumprir com suas obrigações para apresentar um requerimento voluntário.⁴² Por outro lado, em alguns casos o(s) credor(es) pode(m) pedir a reorganização. Trata-se da *involuntary petition*, normalmente oferecida devido ao receio quanto à honestidade do devedor ou devido à existência de dúvida em relação à sua capacidade para lidar com os negócios.” CERZETTI, Sheila C. Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros: 2012. p. 256/257; “A falência é considerada um remédio que é disciplinado por lei federal nos EUA. O pedido de falência tanto pode ser pedido pelo próprio devedor quanto pelo credor. Porém, os pedidos de falência de iniciativa dos credores são muito raros, chamados *involuntary petitions* – pedidos involuntários. O procedimento nos EUA consiste basicamente em o Estado, na figura da corte de falências, indicar um administrador, a fim de gerenciar os bens do devedor em benefício dos credores. Portanto, em tese, existem dois caminhos a seguir. Um deles se baseia no cunho liquidatório, onde será vendido o ativo do devedor para pagamento de seu passivo. No outro a empresa é levada a uma situação reorganizacional, visando sua reabilitação.” COIMBRA, Márcio Chalegre. *A recuperação da empresa: regimes jurídicos Brasileiro e Norte-Americano*. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 34.

¹⁶⁹ Artigo 193.º - Legitimidade

1 - Podem apresentar proposta de plano de insolvência o administrador da insolvência, o devedor, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos, ou na estimativa do juiz, se tal sentença ainda não tiver sido proferida. (...).

¹⁷⁰ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Recuperação judicial. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei: n.º 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 143.

A redação dada pela lei brasileira, em especial as exigências estabelecidas no art. 51, não são obstáculos difíceis de serem superados num regime de legitimidade ativa concorrente (...)

Contudo, retornemos à realidade legislativa: somente o devedor, o cônjuge sobrevivente, os herdeiros do devedor, o inventariante ou o sócio remanescente possuem legitimidade para o pedido de recuperação judicial em juízo.¹⁷¹

Fábio Ulhoa Coelho é taxativo quanto ao reconhecimento de que a recuperação judicial depende da vontade do devedor e afirma que credores, trabalhadores ou outros interessados não podem apresentar plano para a reorganização da atividade econômica e *dar início* ao processo de recuperação judicial, caso o devedor não tenha interesse ou vontade de fazê-lo.

Assim, o problema suscitado em relação à consolidação obrigatória, na jurisdição brasileira, não está afeto à questão da legitimação exclusiva do devedor para *propositura* da recuperação judicial, mas à *correta identificação e delimitação do legitimado*, que, no caso, é um grupo (centro de imputação de direitos e obrigações). A premissa da temática afeta à recuperação de grupos de sociedades é o pedido de recuperação judicial formulado em conjunto, ou seja, em litisconsórcio ativo, por sociedades grupadas. A própria doutrinadora Sheila Cerezetti, em artigo elaborado juntamente com Francisco Satiro de Souza, fixa essa premissa:

Também se sabe que a crise empresarial não costuma atingir apenas uma das sociedades de um grupo, sendo comum a referência, na doutrina especializada, ao efeito dominó dos cenários de dificuldade financeira. Não por outro motivo, torna-se corriqueira a busca pela solução da crise por meio de processo judicial com número múltiplo de autoras. Trata-se do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo ou, na linguagem mais específica do Direito Concursal, da consolidação processual.¹⁷²

Entende-se, portanto, que a questão a ser discutida é: é possível, em recuperação judicial conjunta *já em curso, para fins de consolidação substancial*, obrigar determinada sociedade a integrar o polo ativo? A resposta é: se a sociedade for parte do grupo e *houver* ou *for estabelecida* entre ela e as sociedades autoras, comunhão de direitos e obrigações, sim.

¹⁷¹ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. Recuperação judicial. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei: n.º 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 144/145.

¹⁷² 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em 17/03/2017.

Não se trata aqui de litisconsórcio necessário, haja vista que é possível, mesmo existindo uma relação grupal, a propositura de recuperação judicial de forma individualizada. Entretanto, quando o que se objetiva é a recuperação do grupo, a interdependência econômica ou empresarial – ou seja, das atividades exercidas – entre as sociedades justifica que se dê a elas um tratamento unitário. Conforme ensina Humberto Theodoro Junior:

Em casos particulares, contudo, os colitigantes integram relação materialmente una e incindível. Mesmo não sendo necessário o litisconsórcio, o pedido que cada um formula é o mesmo e se funda na mesma causa de pedir. Não é possível, portanto, o mesmo pedido, em tais circunstâncias, ser submetido a julgamento diferente para cada um dos colitigantes. É a partir do direito material que se estabelecerá a cindibilidade ou incindibilidade das causas objeto de um litisconsórcio. Se, no plano material, não for possível senão um julgamento, a hipótese será, processualmente, de *litisconsórcio unitário*. Ao invés de cúmulo de ações, ter-se-á uma *única ação*, com pluralidade de titulares. Se for possível, materialmente, definir direitos distintos, embora conexos, para cada colitigante, a solução uniforme para todos eles não será obrigatória.¹⁷³

Na jurisprudência a questão é controversa. No já citado julgado do Grupo Schahin¹⁷⁴, o pedido para que as demais sociedades pertencentes ao grupo integrassem o polo ativo da recuperação judicial foi indeferido, sob o argumento de que “*o que não é juridicamente possível é obrigar o ingresso de outras sociedades à recuperação das agravadas, sem a sua concordância, embora, é evidente, estejam elas sujeitas à responder com seu patrimônio, no caso de insucesso do pedido.*”

A conclusão exarada no voto do Desembargador Relator, que foi vencedor, é, portanto, no sentido de não ser possível consolidação substancial obrigatória *sob a perspectiva das devedoras*, porquanto foi decidido que não é juridicamente possível obrigar outra sociedade a integrar o polo ativo da recuperação judicial. Todavia, o voto vencedor ressaltou a possibilidade de responsabilização da sociedade que não é parte do processo de recuperação judicial em caso de falência. Aqui é importante fazer uma observação: se a sociedade não fez parte do processo de recuperação judicial, sua eventual responsabilização em sede falência não pode se dar sem o devido contraditório, sendo necessária, para tanto, a instauração do incidente

¹⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 339.

¹⁷⁴ TJSP, AI nº 2106998-36.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 13/03/2017.

de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15, para que, assim, se for o caso, os efeitos da falência possam ser a ela estendidos. Conforme ponderado por Guilherme Vinseiro Martins em estudo sobre a extensão dos efeitos da falência, *“ainda que seja o incidente focado na desconsideração da personalidade jurídica e não propriamente na extensão dos efeitos da falência, deve-se lembrar que a extensão fundamenta-se na disregard, donde a via é própria também para se estenderem os efeitos da quebra”*.¹⁷⁵

Igualmente controversa é a obrigatoriedade da consolidação substancial sob a *perspectiva dos credores*. A questão que se coloca é: a medida pode ser imposta pelo juízo da causa, sem que seja oportunizado aos credores deliberar sobre a questão?

Henry Peter, ao discorrer sobre a consolidação substancial nos Estados Unidos, sustenta que o tratamento consolidado não é sugerido apenas pelos credores, mas pelas próprias sociedades, e, em poucos casos, *pode ser imposto pelo juízo da insolvência*¹⁷⁶. Destacando a excepcionalidade da medida, já que ela afeta profundamente os direitos de credores e devedoras, sustenta que *“a consolidação deve ser aplicada somente se os credores concordarem ou, se não, sob rigoroso controle judicial”*, e conclui que, *“na presença de circunstâncias extraordinárias, os juízes devem, por princípio, ter permissão, estar prontos e dispostos a aprovar a consolidação sempre que parecer apropriado”*.¹⁷⁷

¹⁷⁵MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 163.

¹⁷⁶ “For this reason, and with increasing frequency, stakeholders involved in a group insolvency try to apply to its liquidation the standards which were applied while the group was solvent, namely a consolidated approach. This approach has not only been suggested by creditors, but also sometimes by the bankrupt companies themselves (through their trustees) and, in a few cases, has even been imposed by court.” PETER, Henry. *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?*. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 203. Disponível também em: <http://www.psmilaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em: 19/03/2017.

¹⁷⁷ Tradução livre de: “Consolidation should therefore be applied only if the creditors agree, or, if not, under careful court control. In the presence of extraordinary circumstances, judges should however, as a matter of principle, be allowed, ready, and willing to approve a consolidated scheme whenever this appears appropriate.” PETER, Henry. *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: when and how?*. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 206. Disponível também em: <http://www.psmilaw.ch/p/pdf/peter/insolvency-in-a-group-of-companies.pdf> Acesso em: 19/03/2017.

Daniel Staehelin afirma que o ordenamento jurídico tem um papel relevante no que toca à economia nacional, que é o de garantir previsibilidade e segurança jurídica. Isso significa, segundo pondera o autor, que as partes têm que saber quem é responsável por determinado débito e com quais bens irá responder. Como os critérios de aplicação da consolidação não são bem definidos, não sendo possível saber quando ela será aplicada ou não, o resultado é o aumento da insegurança jurídica. Por essa razão sustenta, então, que “*a consolidação substancial sem o consentimento de todos os credores deve ser rejeitada lege lata e lege ferenda.*”¹⁷⁸

A lei modelo da UNCITRAL, conforme se infere da recomendação 220¹⁷⁹, admite a possibilidade de o juízo da insolvência impor a consolidação substancial quando ela é requerida por quaisquer dos legitimados para tanto – que, de acordo com suas disposições (vide recomendação 223¹⁸⁰), seriam os credores, as devedoras ou o administrador judicial – ressalvando as situações específicas de aplicação da medida: (1) quando o juízo da insolvência considerar que os ativos ou passivos dos membros do grupo estão emaranhados a tal ponto que a sua titularidade não pode ser identificada sem despesas ou demora desproporcionais; ou (2) quando o juízo da insolvência considerar que as sociedades pertencentes ao grupo estão envolvidas em esquemas fraudulentos, sem propósitos empresariais (instrumentalidade ou abuso da estrutura formal), sendo a consolidação substancial essencial para coibi-los.

¹⁷⁸ Tradução livre de: “Therefore, substantive consolidation without the consent of all creditors has to be rejected de *lege lata* as well de *lege ferenda*.”. STAEHELIN, Daniel. No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 218.

¹⁷⁹ “220. The insolvency law may specify that, at the request of a person permitted to make an application under recommendation 223, the court may order substantive consolidation with respect to two or more enterprise group members only in the following limited circumstances: (a) Where the court is satisfied that the assets or liabilities of the enterprise group members are intermingled to such an extent that the ownership of assets and responsibility for liabilities cannot be identified without disproportionate expense or delay; or (b) Where the court is satisfied that the enterprise group members are engaged in a fraudulent scheme or activity with no legitimate business purpose and that substantive consolidation is essential to rectify that scheme or activity.” UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*. Vienna: United Nations, 2012. p.71/ 72.

¹⁸⁰ “223. The insolvency law should specify the persons permitted to make an application for substantive consolidation, which may include an enterprise group member and a creditor or the insolvency representative of any such enterprise group member.” UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*. Vienna: United Nations, 2012. p. 72.

Não parece ser incorreta a possibilidade de a consolidação substancial ser imposta, sem que a questão seja objeto de deliberação pelos credores, quando a medida, que visa, em última instância, permitir a recuperação da empresa, tiver como fundamento os requisitos próprios da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, quando constatado o abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade, confusão patrimonial e relevante subcapitalização de parte das sociedades do grupo ou do grupo como um todo. Reitera-se apenas que, quando o fundamento para a consolidação substancial for a confusão patrimonial, ela deve ser aferida à luz das nuances próprias da estrutura grupal, ou seja, a análise patrimonial das sociedades não deve ser feita de forma estática mas dinâmica. Portanto, para que ela seja *obrigatória*, é preciso que a análise da ausência de comutatividade seja feita considerando o contexto global da sociedade e a existência ou não de compensações futuras.

Entretanto, em um cenário de abuso da personalidade jurídica surge o seguinte questionamento: a imposição de consolidação substancial aos credores não representaria uma premiação à fraude?

Conforme apontado por Sheila Cerezetti, a experiência brasileira revela que as discussões judiciais sobre a apresentação de plano de recuperação único, ou seja, de consolidação substancial, são iniciadas pelas próprias devedoras¹⁸¹. A análise dos recentes pedidos de recuperação judicial envolvendo grandes grupos (Oi, OAS, OSX e Schahin) confirma esse apontamento na medida em que os fundamentos expostos pelas devedoras em suas petições iniciais são no sentido de demonstrar a interdependência entre as sociedades grupadas e, ainda que por argumentos equivocados, a necessidade de se conferir a elas um tratamento uniforme.

Se o pedido de consolidação substancial parte das próprias devedoras, em cenários de abuso e utilização fraudulenta da pessoa jurídica, impor a consolidação substancial aos credores – que, conforme reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira podem, eventualmente, ser prejudicados com a medida – representa, em última análise, sinalizar que a inobservância das

¹⁸¹ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 777.

finalidades legais para constituição de uma pessoa jurídica e a organização da atividade empresarial em grupo, compensa.

Guardadas as devidas distinções entre as situações, Bruno Carazza, fazendo uma análise econômica das delações premiadas da Odebrecht e da Brasken no âmbito da Operação Lava Jato, conclui que *“os termos do Acordo de Leniência negociado com a Odebrecht representa um péssimo incentivo para o futuro: uma sinalização de que, no Brasil, o crime sempre compensa”*:

(...) o MPF aceitou receber R\$ 7 bilhões em troca das contribuições dos executivos e funcionários da Odebrecht e Braskem para a Operação Lava Jato. Reconheço que é dinheiro pra burro: segundo o Departamento de Justiça norte-americano – que participou ativamente das negociações, junto com autoridades suíças – trata-se do maior acordo judicial envolvendo casos de corrupção na história mundial.

Porém, a Odebrecht é gigantesca. De acordo com seu último Relatório Anual, em 2015 o grupo teve uma receita bruta de R\$ 132 bilhões. E o seu Ebitda (sigla em inglês para “lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização”) foi de R\$ 20,8 bilhões.

Além disso, o grupo empresarial baiano teve um crescimento exponencial nos últimos anos. Apenas de 2011 até 2015 (os dados disponíveis no Relatório), o faturamento cresceu 88% e o Ebitda, 194%. É de se esperar que boa parte desse crescimento deve-se, certamente, às condutas ilícitas praticadas pela empresa, uma vez que os crimes confessados pelos executivos e funcionários da empresa vão muito além de superfaturamento de obras públicas – envolvem também a influência indevida sobre parlamentares e autoridades do Executivo para obter isenções de impostos, crédito subsidiado de bancos públicos para atuar no Brasil e no exterior e obter regulação favorável em diversas políticas públicas.

De acordo com o Acordo de Leniência firmado com o Ministério Público, a empreiteira obteve uma série de garantias para colaborar com a Lava Jato. Da sua parte, o MPF comprometeu-se a:

- não propor ações criminais, cíveis ou sancionatórias contra a Odebrecht e seus prepostos pelos fatos incluídos no Acordo (cláusula 8ª, c e d);
- solicitar o desbloqueio de bens da empresa, de outras empresas do grupo econômico e de seus prepostos (cláusula 8ª, f);
- emitir declarações perante terceiros para permitir à empresa firmar contratos com o setor privado, incluindo instituições financeiras e seguradoras (cláusula 8ª, g);
- pleitear a suspensão do processo e a não aplicação de sanções em ações civis públicas e de improbidade já propostas (cláusula 8ª, § 3º);
- não pleitear a nulidade de contratos administrativos celebrados, vigentes ou encerrados (cláusula 18, a);
- dar conhecimento do Acordo à Petrobrás para extinção do bloqueio cautelar imposto às empresas do grupo econômico (idem, d); e
- fornecer declaração de que não proporá ações indenizatórias ou sancionatória contra eventuais compradores de ativos do grupo (cláusula 22)

Segundo o MPF (veja a cláusula segunda do Acordo) tais garantias destinam-se a evitar a falência da empresa. A lógica é preservar a empresa para aumentar a

probabilidade de pagamento da multa, destinada a ressarcir o Erário pelos danos provocados pela corrupção praticada pela Odebrecht.¹⁸²

A sinalização de que “o crime compensa” também seria verificada nas hipóteses em que a estrutura grupal é utilizada de forma abusiva mas, em sede de recuperação judicial, em possível detrimento dos credores, é permitida, ou melhor, é imposta, a consolidação substancial. Em situações extremas, o ideal seria, analogamente ao que sugere Bruno Carazza, a decretação de falência do grupo:

A melhor sinalização possível para a elite econômica a respeito da seriedade do combate à corrupção no Brasil teria sido a falência da Odebrecht. As dores no curto prazo seriam imensas: desemprego, queda na atividade econômica, bolsas em polvorosa. Mas temos bons instrumentos para permitir a venda de seus ativos e a recomposição do mercado (a Lei de Falências foi talvez a última boa reforma microeconômica aprovada no Brasil, e isso foi em 2005!). No longo prazo, tenho certeza de que as empresas pensariam dezenas de vezes antes de criar esquemas de corrupção de agentes públicos se a Odebrecht tivesse quebrado.¹⁸³

Newton De Lucca, ao analisar o princípio da preservação da empresa (LRE, art. 47) à luz da teoria da empresa – que sustenta que devem ser preservadas as empresas economicamente viáveis para que elas atendam à sua função social –, afirma que há um limite, de ordem econômica, à aplicação do instituto da recuperação judicial:

Feito este breve exame do instituto da recuperação judicial, criado pela Lei 11.101/2005, à luz do princípio da preservação da empresa, cabe concluir que a legislação falimentar, assim como a doutrina relativa à matéria, acompanhando a nova ordem econômica, acabaram por acolher a teoria da empresa, propugnando, então, pela manutenção da empresa economicamente viável para que a mesma atenda à sua função social.

No entanto, torna-se indispensável que exista uma real e inequívoca viabilidade econômica da empresa em dificuldade a fim de que se tenha um fundamento axiológico razoável para poder legitimar o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram conspurcados...Caso contrário, estar-se-á premiando, mais uma vez manobras cavilosas daqueles maus empresários que elegem, sem nenhuma decência, a instituição do calote como a mais emblemática de suas vidas.¹⁸⁴

¹⁸² Texto disponível em <https://leisenumeros.com.br/2017/04/saiu-barato-incentivos-errados-na-delacao-premida-da-odebrecht/>. Bruno Carazza, doutor em Direito (UFMG), mestre em Economia (UnB) e graduado em Direito e Economia (ambas pela UFMG).

¹⁸³ Texto disponível em <https://leisenumeros.com.br/2017/04/saiu-barato-incentivos-errados-na-delacao-premida-da-odebrecht/>. Bruno Carazza, doutor em Direito (UFMG), mestre em Economia (UnB) e graduado em Direito e Economia (ambas pela UFMG).

¹⁸⁴ LUCCA, Newton De. A recuperação judicial a luz da preservação da empresa. In: LUCCA, Newton De; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. (coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas – Estudos luso-brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.p. 44.

Da mesma forma que não é recomendável prestigiar o “calote”, não parece correto admitir a perpetuação de uma empresa que desempenha sua função social mas às custas de práticas reprováveis.

Alternativa menos drástica seria impor a consolidação substancial, em razão, principalmente, do princípio da recuperação da empresa disposto no art. 47 da LRE, mas afastar os administradores das empresas de seus cargos, conforme permite o art. 64 da LRE.

Aqui é importante destacar que o afastamento é, literalmente, do administrador e não da sociedade controladora. Conforme defendem João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea:

Em caso afirmativo – isto é, sendo possível afastar a sociedade devedora da atividade empresarial –, os minoritários acabariam prejudicados, uma vez que o ato lesivo é praticado, geralmente, sem sua participação. Por isso, uma alternativa viável seria interpretar a LREF no sentido da possibilidade do afastamento do controlador, hipótese em que os minoritários não seriam afetados, pois os negócios seriam conduzidos, nesse caso, “a partir”, e “não de fora”, da estrutura societária já existente. (...)

Assim, caso o juiz ordene a destituição de administrador por qualquer das hipóteses previstas no art. 64, ele será substituído na forma prevista nos atos constitutivos (contrato ou estatuto social) da sociedade devedora ou do plano de recuperação judicial (LREF, art. 64, parágrafo único).¹⁸⁵

A consolidação substancial poderá ser *obrigatória*, também, quando for *impossível* separar ativos e passivos, em virtude da impossibilidade de rastrear essas transações intragrupo, situação que também atrai a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Quando, entretanto, o entrelaçamento de ativos e passivos puder ser desfeito mas implicar custo elevado e demora excessiva, bem como quando a consolidação de ativos e passivos for o meio mais viável de recuperação da *empresa* diante da interdependência econômica ou das atividades exercidas pelo grupo – situação passível de desencadear o efeito dominó –, a consolidação

¹⁸⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 274/275.

substancial será *voluntária*, ou seja, sua aplicação dependerá da aprovação dos credores. Essas hipóteses se inserem dentro daquelas em que, neste trabalho, sugere-se interpretar como um meio (LRE, art. 50) de recuperação judicial.

2.2.3.2. Consolidação substancial voluntária

A propósito da consolidação substancial *voluntária*, David A. Skeel Jr., após analisar, de forma breve, a mudança na aceitação da consolidação substancial nos Estados Unidos, sugere que um meio de se resolver o problema de quando a consolidação substancial deve ser admitida é permiti-la, “*se ela for consensual, uma vez que a ausência de objeção sugere que os credores das sociedades individuais não foram prejudicados com a consolidação*”¹⁸⁶.

Na breve mas esclarecedora análise que faz sobre a consolidação substancial, o doutrinador destaca que a medida é excepcional e deve ser aplicada apenas quando estritamente necessária. Ele afirma que, tradicionalmente, os Tribunais norte-americanos relutavam em aplicar a consolidação substancial quando havia objeção dos credores e indica as razões que entende justificar essa resistência. Segundo o autor, a organização da atividade por meio da separação patrimonial entre o ente e seus componentes (*asset partitioning*)¹⁸⁷ facilita o monitoramento e reduz os custos de transação. Logo, caso a consolidação substancial seja aplicada rotineiramente, desconsiderando essa separação patrimonial, os benefícios oriundos da organização das atividades via constituição de pessoa jurídica deixariam de existir. Destaca, entretanto, que a relutância dos Tribunais tem diminuído e a consolidação substancial tem se tornado frequente mas quando aplicada *em bases consensuais*, ou seja, quando aprovada pelos credores. Citando o caso *WorldCom*, em que houve consolidação substancial mas o plano de

¹⁸⁶ “Substantive consolidation should be permitted if it is consensual, since the absence of objections suggests that creditors of the individual corporations are not being disadvantaged by the consolidation.” SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 233.

¹⁸⁷ Henry Hansmann e Reinier Kraakman, em artigo intitulado *The essencial role of organizational law*, que é, inclusive, citado pelo autor, destacam ser a separação entre os ativos do ente e os bens pessoais de seus componentes e administradores a principal função do direito das organizações na vida da empresa. HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The Essential Role of Organizational Law*. *NYU Law and Economics Working Paper*. n. 110, p. 387-440, abr. 2000. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229956 Acesso em: 05/04/2017, p. 4.

recuperação foi objeto de alterações em virtude de contestações por parte dos credores – oposições essas que não foram formalmente analisadas pelo juízo concursal –, o autor afirma que:

Essa, na verdade, parece ser a regra nos recentes casos de insolvência envolvendo grupos de sociedades. Os processos são consolidados tanto administrativa como substancialmente, mas a consolidação é feita em bases consensuais. As partes assumem que, se um grupo de credores se opuser a consolidação substancial, há grandes chances de o juízo da insolvência acolher a objeção e recusar a consolidação. A regra de fundo não foi alterada nessa perspectiva, mas as partes encontraram uma saída de forma a simplificar o processo de reorganização.¹⁸⁸

A regra de fundo mencionada pelo autor é a delineada no caso *Augie/Restivo*, qual seja: o proponente da consolidação deve provar (1) que os credores se relacionaram com a sociedade como uma unidade econômica, não considerando a existência de pessoas jurídicas distintas; (2) que os negócios das devedoras são tão intrincados que a consolidação seria benéfica a todos os credores, em especial em razão dos custos necessários para verificar quais negócios se referem a quais sociedades. Segundo seu entendimento, essa regra não seria alterada porquanto não havendo consenso entre os credores, a consolidação substancial só seria possível se presentes os requisitos acima.

Entretanto, o pragmatismo da posição do autor que, inquestionavelmente, confere ao processo de recuperação judicial maior eficiência, resultando essa eficiência, por conseguinte, em redução dos custos de transação, merece algumas observações.

Eric A. Webber, em artigo em que dialoga com a posição de David Skeel, sustenta que a redução dos custos de transação oriundos da separação patrimonial (*asset partitioning*) “não capta totalmente” a importância da sociedade e dos grupos de sociedades no mercado financeiro e de crédito. Nas suas palavras:

¹⁸⁸ Tradução livre de: “This, in fact, appears to be the norm in recent bankrupt cases involving corporate groups. Cases are frequently consolidated both administratively and substantively, but the consolidation is done on a consensual basis. The parties assume that, if a group of creditors objects to the substantive consolidation, there is a very good chance that the court would uphold the objection and refuse to consolidate. The background rule hasn’t changed, on this view, but the parties have worked their way around it in order to simplify the reorganization process” SKEEL, David A.. Group of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 233.

Um regime legal no qual a consolidação substancial é aplicada promiscuamente recompensa-se aqueles que são menos cuidadosos e negligentes com nos seus negócios em detrimento daqueles que são meticulosos. Os perversos incentivos criados por um regime nesses moldes geram consequências prejudiciais para o mercado financeiro e de credito, e como resultado, afeta negativamente o custo e disponibilização do capital e do crédito para negócios em geral. ¹⁸⁹

Após citar inúmeras razões que justificam a estruturação de uma empresa por meio de grupos de sociedades – as quais já foram indicadas neste trabalho –, o autor conclui que se esses arranjos empresariais são frequentemente colocados à margem e desconsiderados, eles se tornarão um exercício vazio, sem sentido.

Portanto, na sua opinião, que se mostra correta, é preciso cautela relativamente à consolidação substancial voluntária, por ele chamada de “*consensually-negotiated substantive consolidation*”. Dentre as várias ponderações feitas pelo autor, uma merece destaque: diante de negociação sobre consolidação substancial, não pode o juiz simplesmente “lavar as mãos” e deixar que as partes conduzam sozinhas as negociações. Conforme bem pontuado, o juiz deve desempenhar um papel ativo, assegurar a aplicação da lei (caso necessário) e conduzir as negociações para o resultado mais próximo daquele que seria o mais correto nas circunstâncias do caso¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Tradução livre de: “A legal regime in which substantive consolidation is applied promiscuously risks rewarding those who are careless na sloppy in such dealings at the expense of those who are more meticulous. The perverse incentives created by such regime would have adverse consequences for the credit and financial markets and, as a result, would also adversely affect the cost and availability of capital and credit for business generally.” WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economie Growth*. Schulthess: 2006. p. 239.

¹⁹⁰ “Rather, in my view, the court must play a strong and active role in reminding the parties as to the applicable law, in assuring them that (if necessary) it will be applied to them, and guiding the negotiations to a resolution that is as close to “right” as can be achieved in the circumstances. WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economie Growth*. Schulthess: 2006. p. 243

Eric A. Webber conclui, portanto, que caso a consolidação voluntária seja aceita *per se*, ou seja, sem prévia avaliação judicial, os pressupostos necessários à aplicação da medida se tornarão ineficazes e a consolidação substancial passará a ser regra ao invés de exceção¹⁹¹.

O juiz, diante de uma hipótese de consolidação *voluntária* – consolidação como meio de recuperação (LRE, art. 50) – deve analisar se, de fato, o pedido formulado pelas sociedades devedoras é justificável ou se não passa de mera conveniência. Deve, portanto, verificar se, verdadeiramente, a separação dos ativos e passivos implicaria demora e custos excessivos ou se a interdependência econômica e comercial entre as sociedades é de tal forma elevada que a recuperação de uma depende da recuperação de todas (efeito dominó). Se não forem essas as situações, a consolidação substancial não deve ser admitida pois trata-se de medida excepcional e que deve ser aplicada apenas quando estritamente indispensável.

As considerações de ordem econômica feitas por Eric A. Webber e a necessidade de preservação da segurança jurídica ponderada por Daniel Staehelin, justificam a necessidade de que haja rigoroso controle judicial quanto à aplicação do instituto. Trata-se de tarefa que não é fácil pois é preciso sopesar a eficiência propiciada pela consolidação substancial voluntária no *caso concreto* com os reflexos da admissão da consolidação voluntária em uma perspectiva macro.

A análise feita por Leonardo Netto Parentoni acerca da evolução da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e seus impactos econômicos¹⁹² se assemelha ao problema da admissão da consolidação voluntária *per se*. O autor explica que, para proteger a parte vulnerável impedindo que os riscos de que o insucesso do negócio lhes fosse transferido, foi criada, mediante método da análise econômica do direito, a por ele denominada *desconsideração contemporânea*, também conhecida como *desconsideração distributiva*. Essa

¹⁹¹ “Thus, if ‘negotiated substantive consolidation’ is viewed as *per se* acceptable in the eyes of the law, the Augie/Restivo test and any other standards for substantive consolidation will tend to become the rule rather than an exception to be applied only in exceptional circumstances.” WEBBER, Eric A.. Consensual Substantive Consolidation: comments on the working papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin. In: PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006. p. 246

¹⁹² PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. p. 133/143.

nova espécie de desconsideração tem como fundamento não os pressupostos da desconsideração clássica, mas a necessidade de evitar a externalização de riscos a terceiros vulneráveis. Logo, sua finalidade não é coibir o mau uso da sociedade, mas servir como instrumento de responsabilização automática dos sócios diante de uma situação de insolvência. Algumas das consequências da aplicação da teoria nesses moldes são, conforme pontua o autor, estímulo ao ilícito, já que o sujeito atingido pela desconsideração, não importa o que faça, será responsabilizado, não havendo razões para que ele observe a lei; êxodo empresarial e desestímulo ao investimento estrangeiro no país.

Na consolidação voluntária, o receio é que o princípio da eficiência passe a ser invocado para justificar a consolidação substancial mesmo quando as circunstâncias revelem a possibilidade de respeito à autonomia patrimonial das sociedades grupadas, o que é a regra. As consequências dessa nova espécie de consolidação: as mesmas citadas pelo autor. O legítimo objetivo de, diante de recuperação judicial de grupo de sociedades, conferir eficiência ao procedimento, não pode superar o princípio da autonomia patrimonial, que, em última análise, é levado em consideração no cálculo do risco das escolhas de estruturação societária¹⁹³ e, se indiscriminadamente mitigado, gera insegurança jurídica e tem repercussões negativas no mercado.

Portanto, é preciso que haja um rigoroso controle judicial seja quanto a verificação das hipóteses de cabimento da consolidação substancial voluntária, seja quanto à observância dos direitos dos credores.

A classificação acima tem relevância em virtude das suas consequências. Em caso de consolidação substancial obrigatória, o plano de recuperação judicial deve ser único, ou seja, deve reger conjuntamente a forma de reestruturação das devedoras e o pagamento dos credores, sem considerações aos distintos ativos e passivos de cada sociedade isoladamente considerada.

¹⁹³ Sobre o tema, afirma Marcelo Andrade Féres que “quando o empresário tem sua responsabilidade limitada, ou seja, quando ele tem controle de seus riscos, o produto de sua atividade torna-se menos oneroso ao mercado”. Sociedade Unipessoal no Direito Comunitário Europeu. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176.

Caso se esteja diante da possibilidade de consolidação substancial voluntária, o plano poderá ou não ser único, a depender da decisão dos credores sobre a consolidação substancial. Caso aprovada, o plano será único. Caso rejeitada, cada sociedade deverá apresentar o seu plano de recuperação, no qual a reestruturação deverá levar em consideração apenas os seus ativos e credores.

A forma de apresentação do plano, a decisão sobre a questão, o momento adequado para tanto e a ocorrência ou não de preclusão são objeto de controvérsia na jurisprudência, que não faz qualquer classificação em relação à consolidação substancial, mas, ao decidir sobre o plano de recuperação judicial, revela o entendimento acerca do tema. A partir dos posicionamentos verificados e das questões processuais debatidas, tentar-se-á traçar possíveis diretrizes para o processamento do pedido de recuperação judicial conjunto.

3. O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPOS DE SOCIEDADES

As peculiaridades da recuperação judicial de grupo societário também são verificadas no que se refere ao seu processamento. A definição da competência, o despacho de processamento da recuperação judicial, a forma de elaboração do plano de recuperação e do quadro geral de credores e a votação do plano ganham contornos próprios. Por essa razão, para que o procedimento – que certamente será complexo – seja eficiente e justo, é preciso analisar as questões e momentos processuais mais relevantes da recuperação judicial de grupo.

3.1. Competência

A regra de competência em matéria concursal está prevista no art. 3º da LRE, que dispõe ser competente para deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Trata-se de critério há muito debatido pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista a possibilidade de uma mesma sociedade ter vários estabelecimentos e a necessidade de, nessa situação, definir qual deles é o mais importante para fins de fixação da competência. Entretanto, ainda não há posicionamento doutrinário e jurisprudencial consolidado, especialmente porque a expressão “principal estabelecimento do devedor” é imprecisa, configurando conceito jurídico indeterminado¹⁹⁴.

Doutrina e jurisprudência concordam que o critério legal não se confunde com o local da sede constante do estatuto ou do contrato social. A divergência é se o principal estabelecimento do devedor é o local em que se encontra o maior volume de negócios da sociedade (centro econômico) ou o local de onde emanam suas decisões administrativas (centro decisório). Apenas para ilustrar a dissonância entre os posicionamentos, enquanto para Fábio Ulhoa Coelho “*principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar é*

¹⁹⁴ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 123.

aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico”¹⁹⁵, Sheila Cerezetti, sustenta que em virtude do novo modelo de insolvência, que tem como foco a manutenção da empresa, interpretações pautadas no aspecto econômico não devem ser sempre acolhidas. Afirmar, fazendo remissão à posição antiga de Trajano Miranda Valverde, que, “*atualmente o estabelecimento principal é compreendido como aquele em que se localiza o centro decisório do devedor, ou seja, o local de onde partem as ordens e em que se organizam as relações externas traçadas entre a sociedade e terceiros*”¹⁹⁶.

A LRE, conforme já explicitado, não trata da recuperação judicial de grupos de sociedades, de forma que não há regra para definição da competência quando os principais estabelecimentos das sociedades participantes do grupo se situam em locais distintos sendo esse um dos motivos pelos quais, inicialmente, havia resistência ao deferimento do pedido de recuperação judicial conjunta¹⁹⁷. Todavia, a previsão legislativa atual, que define a competência com base no principal estabelecimento do devedor, pensada para as sociedades individuais, é aplicável também no caso de grupo.

No CC 116.743/MG o tema foi debatido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁸. A questão central era determinar o juízo competente para processar pedido de recuperação judicial de cinco sociedades do mesmo grupo, porém cada uma com sede em comarcas distintas. Todavia, o caso apresentava uma particularidade, qual seja, o fato de haver pedido de falência anterior ao de recuperação judicial. A conclusão dos Ministros em relação ao juízo competente foi distinta porquanto divergiram sobre a prevenção gerada em virtude de pedido de falência

¹⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

¹⁹⁶ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 760.

¹⁹⁷ No acórdão do AI 9065794-34.2008.8.26.0000, publicado em, 29/10/2008, um dos fundamentos invocados para o indeferimento do pedido de recuperação judicial conjunta, em litisconsórcio ativo, foi o de que o juízo a quo seria incompetente para apreciar o pedido de recuperação judicial de uma das autoras por ser sua sede em outra cidade: “Em terceiro lugar, o Juízo de Itatiba não é competente para apreciação do pedido de recuperação de Comercial JP de Metais Ltda., já que mencionada empresa tem um único estabelecimento, situado na cidade de São Paulo.” TJSP, AI 9065794-34.2008.8.26.0000, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Des. Relator Romeu Ricupero, j. 29/10/2008.

¹⁹⁸ STJ, CC 116.743/MG, Segunda Seção, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 10/10/2012.

anteriormente ajuizado. Mas também em relação à definição do “principal estabelecimento do devedor” houve discordância. No voto vencedor, de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão (relator para o acórdão), foi assentado que “*o foro competente para a recuperação e decretação de falência será o do maior volume de negócios, local mais importante da atividade empresarial*”. Nele é feita remissão ao acórdão do CC 37.736/SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual fica claro que o volume de negócios a ser considerado para fins de fixação do foro competente se refere ao plano *operacional*, uma vez que é dado destaque à atividade produtiva das sociedades, ao seu patrimônio e ao seu parque industrial.

Por outro lado, no voto vencido, de lavra do Ministro Raul de Araújo (relator), foi assentado que “*revela-se correto seja firmada a competência pelo foro onde localizado ‘o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios em sua palpitante vivência material’ (Min. Antônio Néder) do grupo econômico, do que fixar a competência somente tomando por base o anterior pedido de falência da sociedade Alvorada do Bebedouro S/A Açúcar e Alcool, ainda que tivesse sido aforado em Guaranésia – MG*”. A expressão “corpo vivo” foi definida como o local “*de onde irradiam as decisões administrativas e estratégicas*”.

Em julgados dos Tribunais Estaduais, a racionalidade econômica não é necessariamente aferida do ponto de vista *operacional* ou de localização dos ativos, mas gerencial, sempre havendo menção ao centro decisório. No caso do Grupo OSX, foi decidido que “*o local onde o GRUPO OSX mantém o núcleo de administração de seus negócios é o Município do Rio de Janeiro, de sorte que a competência para o processamento da recuperação judicial é, com exclusividade, dos Juízos das Varas Empresarias da Comarca da Capital, e não do Juízo de Direito da Comarca de São João da Barra/RJ, (onde existe apenas um porto)*”¹⁹⁹. No AI 0064637-04.2013.8.19.0000, julgado pela 14ª Câmara Cível do TJRJ, considerou-se “*como local do principal estabelecimento do devedor aquele em que são exercidas as atividades empresárias mais importantes, local em que se concentra a tomada de decisões da sociedade ou do grupo*

¹⁹⁹ TJRJ, AI 0064637-04.2013.8.19.0000, Décima Quarta Câmara Cível, Des. Relator Gilberto Guarino, j. 12/03/2014.

societário”²⁰⁰. Também neste sentido, a 1ª Câmara Cível do TJRJ, ao julgar o AI 0080995-49.2013.8.26.0000, assentou que o pedido de recuperação judicial deve ser processado no local do centro decisório das sociedades grupadas²⁰¹. Neste caso foi destacado, de forma a reforçar a competência do juízo do centro decisório do grupo, que credores bancários, detentores da maior parte do passivo das empresas; contas bancárias e investimentos e as grandes negociações do grupo coincidiam com o local de tomada das decisões.

O destaque feito pela 1ª Câmara Cível do TJRJ tem uma razão de ser. A LRE atribuiu aos credores envolvidos na recuperação judicial papel relevante no procedimento, qual seja, a prerrogativa de deliberar sobre o plano de recuperação, aprovando-o ou rejeitando-o. Nesse contexto, tem-se que, *a priori*, o processo de recuperação dever-se-ia desenvolver de forma a permitir a ampla e efetiva participação dos credores.

Sheila Cerezetti filia-se à corrente que preleciona que a competência se estabelece com base local do centro decisório, sob o seguinte fundamento:

Há que se destacar que este critério tem sido entendido como prevalente não apenas sobre o da sede estatutária de uma ou outra sociedade, mas inclusive sobre eventual comarca em que o grupo concentrar a maior parte dos ativos e o maior número de funcionários. Como fundamento aponta-se justamente o fato de que o processo de recuperação judicial distingue-se do de falência, sendo que apenas para este último caberia elucidar sobre a vantagem de se estabelecer como competente o juízo do local em que os ativos a serem liquidados estariam localizados. A lógica de manutenção da empresa, que conduz o processo de recuperação judicial, sugere a adoção de critério ligado à efetiva atuação e vitalidade das recuperandas.²⁰²

Revela, todavia, preocupação com a tutela dos credores, em especial os trabalhistas e fornecedores de menor porte, assentando que não seria correto admitir que uma questão processual (competência) possa implicar prejuízos à participação dos credores no processo de

²⁰⁰ TJRJ, AI 0005927-83.2016.8.19.0000, Primeira Câmara Cível, Des. Relator Sérgio Ricardo A. Fernandes, j. 26/04/2016.

²⁰¹ TJSP, AI 0080995-49.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Alexandre Marcondes, j. 21/05/2013.

²⁰² 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. Processo Societário – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 761.

recuperação judicial. Como alternativa ao problema, sugere a adoção de instrumentos tecnológicos que permitam a participação dos credores nas assembleias mesmo à distância²⁰³.

Aqueles que defendem que a definição de “principal estabelecimento do devedor” perpassa pelo plano exclusivamente econômico assim o fazem pois consideram os fins próprios da falência, quais sejam, arrecadação e venda dos ativos das sociedades. Assim, o local onde se encontra o maior volume de *bens* das devedoras seria o competente, visto que conferiria ao processo maior celeridade. Mauro R. Penteadado, fazendo menção à doutrina de Sylvio Marcondes e Barbosa de Magalhães, assenta que:

As lições desses grandes comercialistas das Arcadas têm presente o aspecto processual da falência, execução coletiva que é; doravante, cabe lembrar, os processos de solução da crise econômica da atividade negocial são presididos pelos “princípios da celeridade e economia processual” (Lei 11.101, art. 75, parágrafo único). Embora este dispositivo figure no Capítulo V da lei, dedicado à falência, os prazos exíguos – irreais e “poéticos”, para os menos otimistas – fixados para os procedimentos das recuperações, apontam para a rapidez do processo, que restaria prejudicada se o juízo universal não se instaurasse segundo os critérios acima apontados, ou seja, privilegiando, racionalmente, a comarca melhor capacitada jurisdicionalmente para imprimir celeridade ao processo, sem a necessidade de expedição de precatórias, oitiva de testemunhas em outras comarcas etc.²⁰⁴

Diante da diferença de finalidades entre os processos de falência e recuperação judicial – respectivamente, liquidar o patrimônio do devedor e facilitar o encontro entre devedoras e seus credores – parece correta a posição defendida por João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, no sentido de que “*a definição do que seja principal estabelecimento é questão a ser decidida à luz do caso concreto*”²⁰⁵.

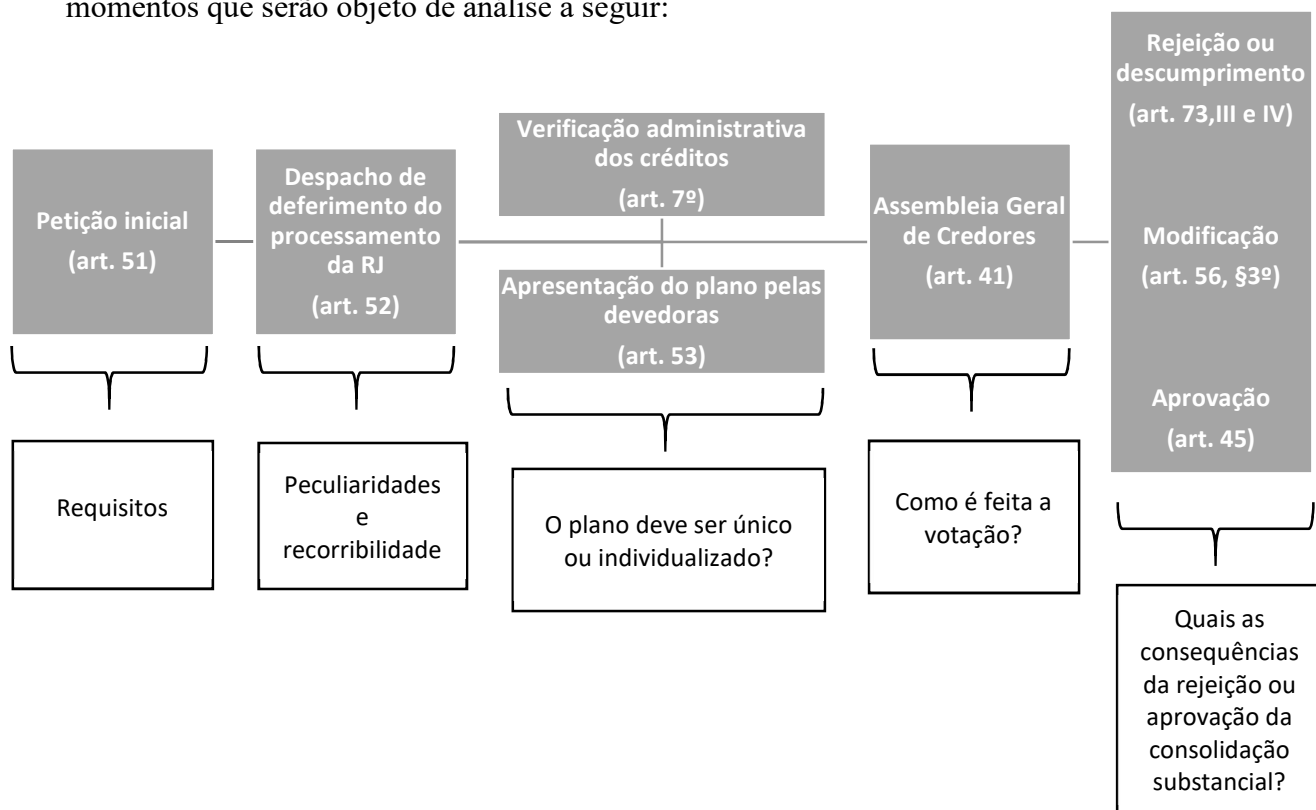
²⁰³ CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário – Volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 761.

²⁰⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues Penteadado. Satiro e Pitombo. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.122.

²⁰⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 126.

3.2. Fases do processo de recuperação judicial e as medidas a serem adotadas na recuperação judicial de grupos de sociedades

O processo de recuperação judicial se divide em três fases distintas: postulatória, deliberativa e executiva²⁰⁶. A fase postulatória é aquela compreendida entre a formulação do pedido, em petição inicial que deve conter todos os requisitos do art. 51 da LRE, e o despacho que decide sobre o processamento da recuperação judicial que, uma vez deferido, desencadeará as providências descritas no art. 52. Com o deferimento do *processamento* da recuperação, começa a fase deliberativa que é concluída com a decisão sobre a *concessão* do pedido (LRE, art. 58). Nesta fase, é feita a verificação dos créditos, com elaboração do quadro geral de credores (LRE, art. 7º e ss.), e é votado o plano de recuperação (LRE, art. 53). Aprovado e homologado o plano, tem início a fase executiva da recuperação judicial que consiste, em síntese, na fiscalização da sua execução que, uma vez verificada, implicará encerramento do processo (LRE, art. 63). Em caso de rejeição do plano de recuperação ou do seu descumprimento, o feito será convolado em falência (LRE, art. 73, III e IV). O fluxograma abaixo sintetiza o procedimento e destaca os momentos que serão objeto de análise a seguir:



²⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 203.

3.2.1. O despacho que defere o processamento da recuperação judicial de grupos de sociedade e sua importância

O despacho sobre o processamento da recuperação judicial não se confunde com a decisão concessiva do pedido de recuperação. Nele é decidida apenas a possibilidade de tramitação do feito e, para tanto, são analisadas apenas duas questões: se o pedido foi instruído nos termos do art. 51 da LRE e a legitimidade do devedor. A legitimidade para formulação de recuperação judicial conjunta, em litisconsórcio ativo, é questão central na recuperação de grupo societário, pois sua análise não pode ser feita nos mesmos moldes em que o é quando se está diante do pedido formulado por uma sociedade isolada.

Conforme explicitado, a chamada consolidação processual não parece se enquadrar na temática de recuperação judicial de grupo de sociedades. Como visto, ela é, verdadeiramente, uma cumulação de ações em um mesmo processo, sendo o litisconsórcio formado facultativo comum. Cada sociedade deve, obrigatoriamente, apresentar plano de recuperação individualizado, no qual deve ser discriminado apenas seus ativos e credores, e o destino de uma não tem qualquer influência no das demais sociedades grupadas. Vale dizer, a recuperação judicial pode ser concedida a uma sociedade enquanto outra terá falência decretada. Não se trata, portanto, de recuperação de *grupo* mas sim de recuperações de sociedades isoladas que, por conveniência, formulam o pedido conjuntamente.

Não se vislumbra, nos termos já expostos, benefícios que superem o tumulto processual que poderá ser gerado em caso de consolidação tão somente processual. De qualquer forma, admitida a medida, a questão da legitimidade não traz maiores discussões, a não ser quanto ao fato de que as sociedades devem comprovar fazer parte de um grupo, providência essencial também à consolidação substancial.

Eis, portanto, a importância do despacho de processamento da recuperação judicial em matéria de grupo societário. Este é o momento em que o juiz deve verificar se há grupo e qual o grau de relação entre as sociedades grupadas. A narrativa da inicial provavelmente irá delinear o vínculo entre as sociedades e se a pretensão das devedoras é de consolidação meramente

processual ou se estão presentes os requisitos para a consolidação substancial. Conforme já mencionado, nos casos dos grupos Oi, Schahin, OAS e OSX, os fundamentos trazidos na inicial, orientados no sentido de demonstrar a interdependência entre as sociedades grupadas e a necessidade de se conferir a elas um tratamento uniforme, revelam que a intenção das devedoras é de aplicação da consolidação substancial:



Não basta, todavia, para a aferição da existência do grupo, a mera alegação das sociedades autoras. É preciso que haja comprovação da sua vinculação. Sheila Cerezetti e Francisco Satiro, em artigo no qual expõem o resultado da pesquisa empírica realizada pelo Grupo de Direito da Empresa em Crise da Universidade de São Paulo – GEDEC/USP, apontam que é frequente, nas petições iniciais, a referência a algum tipo de relação de controle entre as devedoras sem, no entanto, haver prova do fato²⁰⁷. O litisconsórcio ativo é admitido, portanto, em virtude da simples declaração de existência de vinculação entre as devedoras. O estudo realizado revela, ainda, que em apenas 9 dos 32 casos analisados foi feita análise expressa da admissibilidade do litisconsórcio ativo.

²⁰⁷ CEREZETTI, Sheila C. Nader; 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

Os autores, que defendem a possibilidade de haver a consolidação meramente processual, revelam preocupação com a pouca atenção dada pelos magistrados ao alcance do litisconsórcio ativo. Eles constatarem que não sendo feita, nesse momento inicial, uma distinção entre consolidação processual e a possível consolidação substancial, “há uma espécie de ‘inércia’ que leva à consolidação substancial”²⁰⁸.

A preocupação externalizada pelos autores é extremamente pertinente, não para definir se a consolidação será meramente processual ou possivelmente substancial. Como se entende que a consolidação processual *per se* não é justificável, a análise a ser feita, e que, de fato, é de extrema importância, é se estão, ainda que minimamente, presentes os requisitos necessários à aplicação da consolidação substancial. Não estando presentes, o litisconsórcio deve ser indeferido. No caso do Grupo Schahin, diante da inatividade de algumas sociedades e da inexistência de relação entre as atividades de determinadas sociedades do grupo com outras, no despacho sobre o processamento do pedido de recuperação judicial, o litisconsórcio ativo foi limitado, excluindo-se algumas sociedades do polo ativo:

Com relação às sociedades nacionais que integram o polo ativo, algumas delas são inativas: Foxborough Participações Ltda.; HHS Participações S/A; Schahin Administração e Informática Ltda.; S2 Participações Ltda. Havendo obstáculo legal para o processamento de recuperação dessas sociedades sem o exercício de atividade empresarial, requisito previsto no art. 48, caput, da Lei 11.101/2005, indefiro o pedido por elas formulado. Também consta da inicial uma sociedade que não está articulada às atividades de construção ou de exploração de petróleo e gás, a securitizadora de créditos financeiros, sequer incluída no último organograma do grupo apresentado a fls. 7046. Não basta, para a admissão do pedido de litisconsórcio ativo, a existência de duas sociedades sujeitas ao controle comum, com objetos sociais absolutamente distintos, sem a prova da existência do interesse de grupo. Portanto, indefiro o processamento do pedido, em litisconsórcio ativo, por Schahin Securitizadora de Créditos Financeiros S/A.²⁰⁹

Preenchidos os requisitos, o magistrado deverá, se possível, determinar a forma de apresentação da lista de credores e dos planos de recuperação judicial.

²⁰⁸ 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

²⁰⁹ Processo eletrônico nº 1037133-31.2015.8.26.0100, fl. 7051. Despacho proferido em 04 de maio de 2015. Acesso pelo site do TJSP.

O que se percebe, todavia, é que mesmo nos casos em que a formação do litisconsórcio ativo é analisada, não é feita qualquer menção à forma de apresentação da lista de credores e do plano de recuperação judicial. Conforme sintetizado no esquema abaixo, apenas no caso do Grupo OSX houve determinação expressa sobre a forma de apresentação do plano de recuperação judicial:



Em relação à lista de credores, a medida mais correta a se adotar é a determinação de apresentação da relação de forma individualizada, que discrimine o passivo de cada sociedade. Esse é o entendimento de Sheila Cerezetti e Francisco Satiro, que ponderam que a separação de informações e de organização dos credores há que se impor na medida em que:

Não se pode ter clareza acerca dos limites da responsabilidade de cada uma delas se o próprio auxiliar do juiz prepara relação de credores - que, no mais, será usada para fins das importantes votações em assembleia geral de credores (art. 39 da LRE) - de forma a indicar quanto, individualmente, é devido pelas recuperandas. Ainda mais curioso é perceber que a maioria dos pedidos de recuperação é acompanhada de relações de credores individualizadas. Isto significa que, de início,

as devedoras, na maior parte dos casos, fornecem a correta informação. Mas o tratamento individualizado, com o desenrolar do processo, perde-se devido ao recurso às práticas usualmente adotadas em processos de autora única.

É preciso, portanto, que administradores judiciais se atentem ao fato de que, em recuperações com litisconsórcio, devem ser elaboradas tantas relações quantas forem as autoras. O procedimento de verificação e habilitação de crédito ganha em complexidade e deve ser ajustado para refletir a peculiaridade da demanda.

Ora, na ausência de relações de credores individualizadas segundo as autoras, torna-se impossível não apenas compreender qual o passivo de cada uma delas, mas também corretamente apurar os votos dos respectivos credores nas assembleias. Isso porque, se é verdade que consolidação processual e substancial não se confundem, as mais variadas decisões de credores e, em especial, aquela sobre o plano, devem ser tomadas separadamente, ou seja, em respeito a cada uma das recuperandas.²¹⁰

No caso do Grupo Oi, a solução dada foi diferente. Ao analisar, por provocação de um dos credores, a forma de apresentação da lista de credores, foi decidido que a relação deveria ser segregada e individualizada, consignando o magistrado condutor do feito que:

Todavia, a lista separada por empresa tem o condão de informar aos credores o grau de endividamento de cada uma das recuperandas. É um direito do credor ter conhecimento pormenorizado de quem são os credores da empresa com a qual travou relação jurídica, no universo daquelas empresas que integram o grupo empresarial e que estão em regime de recuperação judicial. Mais do que conhecer a dívida por meio de balanços, é direito do credor certificar-se quanto ao nome do credor de cada empresa e demais circunstâncias do crédito.²¹¹

Após manifestação das recuperandas sobre essa decisão, o magistrado, argumentando a ausência de prejuízo aos credores, já que a relação outrora apresentada, apesar de não estar individualizada, preenchia os requisitos da lei, contendo a relação nominal de credores, o valor atualizado do crédito e a classificação dos créditos, rejeitou o pedido para que fosse apresentada e publicada uma nova lista, ressaltando, todavia, o direito de qualquer credor requerer a informação às devedoras:

É óbvio que a proposta de consolidação material da presente recuperação judicial ainda permanece na expectativa de ser analisada e deliberada por quem de direito, mas o mesmo não acontece com a lista de credores. Esta lista não está submetida à prévia aprovação dos credores, pois deve se subsumir apenas aos requisitos do art.52 da LRJ.

²¹⁰ 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

²¹¹ Processo eletrônico nº 0203711-65.2016.8.19.0001, fl. 104413. Despacho proferido em 12 de dezembro de 2016. Acesso pelo site do TJRJ.

Não se cuida, aqui, da análise do cabimento ou não da consolidação material que se formatou no plano. É prematuro o exame da imperiosidade do detalhamento da dívida intercompany à luz da autonomia da personalidade e do patrimônio de cada empresa do grupo econômico, posto que o momento processual presente ainda é o da publicação da primeira lista dos credores do conglomerado devedor.

(...)

De qualquer sorte, uma vez publicada a lista de credores na forma da lei, e já apresentado o plano de recuperação, descabe obrigar a recuperanda a apresentar nova relação de credores, obrigação esta não prevista em lei.

O direito do credor de ser informado do grau de endividamento de cada uma das devedoras deve ser exercido diretamente em face destas. Será de bom alvitre o exercício do direito do credor em sede própria - até porque as recuperandas são companhias de capital aberto - e não no bojo da presente recuperação, a uma por falta de previsão na lei, a duas para se evitar o retardamento deste complexo processo de soerguimento empresarial, que engloba um universo de dezenas de milhares de credores.

Por todo o exposto, revogo a parte da decisão que determinou a apresentação nos autos pelas devedoras, no prazo de 30 dias, prorrogado por mais 45 dias, após a publicação do edital, de uma lista de credores pormenorizada e segregada contendo o passivo individualizado de cada sociedade formadora do polo ativo, ressalvado o direito de qualquer credor requerer as informações diretamente às recuperandas.²¹²

O magistrado assenta que a possibilidade de apresentação de uma lista de credores unificada não implica, necessariamente, consolidação substancial, que no caso, segundo seu entendimento, trata-se de deliberação a ser tomada pelos credores (consolidação substancial voluntária).

Tomadas como verdadeiras as alegações da petição inicial, parece que o caso do Grupo Oi se aproxima mais das situações em que a consolidação é, à luz da classificação dada pela doutrina nacional, obrigatória, ou seja, imposta aos credores, na medida em que é narrada – e aparenta ser verossímil – a impossibilidade de separação dos ativos da Oi, TNL e Oi Móvel porquanto partilham da mesma infraestrutura física, da mesma rede “multisserviços”, por meio da qual são prestados tanto os serviços de telefonia móvel, como fixa e internet. Conforme afirmado na exordial, *“seria bastante difícil promover uma separação definitiva entre os ativos dedicados exclusivamente a cada um dos serviços desenvolvidos pelo GRUPO OI (ainda que sob regimes jurídicos distintos), sendo a maior parte deles dedicado ao provimento de serviços variados”*.

²¹² Processo eletrônico nº 0203711-65.2016.8.19.0001, fls. 104415/104416. Despacho proferido em 12 de dezembro de 2016. Acesso pelo site do TJRJ.

Quanto à apresentação do plano de recuperação judicial, dos casos indicados no esquema, apenas no do Grupo OSX houve expressa determinação acerca da forma como fazê-lo: individualizada e segregadamente, em total respeito à autonomia patrimonial. Nos demais casos, não há decisão sobre a forma de apresentação do plano de recuperação judicial, entretanto os magistrados, fazem ponderações sobre as questões centrais da consolidação substancial: os direitos dos credores, o respeito a autonomia patrimonial, mas também, a necessidade de enfrentamento da crise econômica de maneira global, de forma a permitir o efetivo soerguimento do grupo.

No caso do Grupo OSX, após objeção apresentada pela Caixa Econômica Federal, o magistrado determinou a unificação dos planos de recuperação judicial. A decisão foi objeto de agravo de instrumento julgado pela 14ª Câmara Cível do TJRJ²¹³. Na oportunidade, a Turma Julgadora assentou que o magistrado não pode decidir sobre as objeções dos credores, pois trata-se de prerrogativa da Assembleia Geral de Credores. Logo, ao determinar a unificação dos planos, o juiz primevo teria extrapolado sua competência. Ou seja, a conclusão a que chegou a Turma é de que a consolidação substancial no caso seria voluntária. Ainda, citando os arts. 35, I e 56, *caput* e §3º da Lei 11.101/2005, assentou que a pretensão de preservar a empresa e garantir o sucesso da recuperação judicial não é independente, devendo ser observados os procedimentos previstos em Lei.

No caso do Grupo OAS, foi adotado o mesmo entendimento. A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial ao julgar agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a formação de litisconsórcio ativo no pedido de recuperação judicial formado pelo grupo, decidiu, por maioria, que o deferimento do pedido de litisconsórcio ativo implica elaboração de um plano de recuperação único:

Admitido o litisconsórcio ativo entre as empresas recuperandas, por conta da comunhão de interesses e obrigações reconhecida, não há razão justificante para a apresentação de planos separados, porquanto a pluralidade ativa somente tem proveito acaso as massas sejam mantidas unidas.

Tendo sido reconhecida a integração das agravadas em parte do grupo empresarial que enfrenta crise econômico-financeira (incluindo suas causas) e reconhecida a

²¹³ TJRJ, AI n.º 0043183-31.2014.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, j. 08/10/2014, p. 10/10/2014.

interligação entre as empresas, configurando verdadeiro e intransponível entrelaçamento negocial, é inviável a apresentação de planos separados ante a impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora diante da plethora de credores.²¹⁴

Apesar de afirmar que seria inviável a apresentação de planos separados diante da impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora, a Turma decidiu que a Assembleia Geral de Credores poderá dar solução diversa ao plano de recuperação. Percebe-se que mesmo diante de situação de suposta impossibilidade de separação patrimonial, hipótese que, à luz da doutrina estrangeira justificaria a aplicação impositiva da consolidação substancial, a Turma Julgadora atribuiu aos credores a prerrogativa de deliberar sobre o plano. Ou seja, entendeu, nos termos da classificação dada pela doutrina nacional, tratar-se de consolidação substancial voluntária.

Para justificar a possibilidade de formação do litisconsórcio ativos, foi invocada a aplicação subsidiária do CPC à recuperação judicial, nos termos do art. 189 da Lei 11.101/05 e o fato de que todas as empresas atuam de forma sistêmica e integram um mesmo grupo econômico. Assim, a preservação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial seria melhor atendida se enfrentada a situação de crise de forma global, considerando as empresas integrantes do grupo econômico, e não isoladamente.

Foi invocado também, o art. 47 da LRE e o princípio da preservação da empresa, assentando-se que sempre que restar provado que a manutenção da fonte produtora, uma das finalidades da LRE, depende do pedido conjunto de recuperação judicial, este deve ser admitido.

Também nos acórdãos dos agravos de instrumento 9041423-06.2008.8.26.0000, da Câmara Especial de falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do TJSP, e 0281187-66.2011.8.26.0000, da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, foi determinada a apresentação de plano de recuperação único, ressaltando-se, todavia, a necessidade de aprovação pelos credores.

²¹⁴ TJSP, AI nº 2094999-86.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/08/2015.

No primeiro aresto foi decidido que se o grupo econômico tem uma unidade de administração e constitui-se numa pequena “federação” de empresas, as quais se associam em torno da empresa coletiva assim formada, a sua recuperação judicial pode estar subordinada à consideração unitária de suas componentes. Caberia aos credores, contudo, aprovar ou não o plano, como proposto ou com alterações. No segundo acórdão, ao argumento de que as devedoras possuem mesmo objeto social e são administradas em conjunto; que a maioria dos créditos são coincidentes; da existência de garantias cruzadas; que o processamento em separado dos pedidos de recuperação judicial apenas acarretará prejuízos e triplicará os custos da recuperação e diante da constatação do administrador judicial de que o sucesso do plano dependeria do processamento conjunto da recuperação judicial, a apresentação de plano único foi deferida destacando-se, todavia, necessidade de posterior aprovação de tal cúmulo subjetivo pelos credores.

As decisões citadas revelam que há uma tendência da jurisprudência de permitir a apresentação de plano único, o que representa, em última instância, permitir a consolidação substancial. Todavia, a medida é condicionada à deliberação dos credores.

Poderão os credores, portanto, uma vez apresentado o plano único, nos termos do art. 35, I, “a” da LRE, sugerir modificações no plano de recuperação judicial. E, considerando que a consolidação substancial, nas hipóteses em que submetida ao crivo dos credores é um meio de recuperação judicial, ela poderá ser rejeitada, assim como qualquer outro meio de recuperação, como os previstos exemplificativamente no art. 50 da LRE.

As decisões de segunda instância citadas, foram proferidas ainda na vigência do CPC/73, quando não havia discussão sobre a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra o despacho que defere o pedido de recuperação judicial. O CPC/15, conforme ensina a doutrina, “*enumerou um rol taxativo de decisões que serão impugnadas por meio de agravo de instrumento*”²¹⁵ dentre o qual não se insere a hipótese aqui tratada. Apesar de o rol disposto no art. 1.015 do CPC/15 ser taxativo, parte da doutrina admite extensão interpretativa para outras

²¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Execução forçada, processos nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. V. II. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1042.

hipóteses correlatas²¹⁶. É esse o caso do agravo de instrumento como meio de impugnação adequado ao despacho de deferir o processamento do pedido de recuperação judicial.

A despeito do ato judicial ora analisado ser chamado de “despacho”, é inquestionável, principalmente em casos de recuperação de grupo societário, sua natureza decisória e, portanto, de *decisão interlocutória*. Trata-se de verdadeira decisão, uma vez que importa deliberação do juiz no sentido de constituir um novo estado de direito, cujos efeitos repercutirão não só para a sociedade devedora, como também para os credores e demais terceiros interessados, que serão afetados por este novo estado, que é o da recuperação judicial.

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 1.015 do CPC/15, “*cabará agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário*”. A *ratio* dessa previsão é permitir a impugnação das decisões interlocutórias em procedimentos que não comportam apelação, como aqueles dispostos no parágrafo único do art. 1.015 do CPC/15 (cumprimento de sentença, processo de execução e inventário). Assim, por extensão interpretativa do dispositivo, é cabível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferir o processamento da recuperação judicial.

Antes de tratar das consequências da aprovação e rejeição da consolidação substancial, questão que igualmente não é analisada pelos magistrados e nem mesmo pelos Tribunais ao deferir a apresentação de plano único é a forma como deve ser feita sua votação. Para norteá-la é necessário, portanto, que haja uma definição, no despacho de processamento, sobre a possibilidade ou não de aplicação da consolidação substancial e, conseqüentemente, de elaboração, pelas devedoras, de plano de recuperação único, sendo esse, portanto, o modelo ideal a ser seguido, quando possível.

²¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. p. 1.042.

3.2.2. A votação do plano de recuperação judicial único e as consequências da deliberação pela sua aprovação ou rejeição

A fase de deliberação do processo de recuperação judicial tem início com o despacho de processamento. O principal objetivo desta fase é a votação do plano de recuperação. Para que essa votação seja efetivada porém, procede-se, como providência preliminar, à verificação dos créditos.

Fábio Ulhoa Coelho sustenta que o objetivo da medida na recuperação judicial é mais restrito que na falência. Nesta, a verificação dos créditos é condição para apuração do passivo a ser satisfeito na execução concursal, na recuperação judicial sua finalidade é limitada à legitimação para participar da Assembleia dos Credores.²¹⁷ Todavia, em se tratando de recuperação judicial de grupo societário, a verificação dos créditos não parece estar restrita à aferição da legitimação. Conforme já destacado, não é possível ter clareza acerca dos limites da responsabilidade de cada devedora e do valor que é devido por cada uma individualmente se o administrador judicial apresenta relação de credores consolidada.

A verificação dos créditos e a apresentação da lista de credores de forma segregada, segundo entendimento de Sheila Cerezetti e Francisco Satiro é importante, também, pois apenas assim é possível apurar os votos dos credores das assembleias. Consoante sustentam os autores, “*a as mais variadas decisões de credores e, em especial, aquela sobre o plano, devem ser tomadas separadamente, ou seja, em respeito a cada uma das recuperandas*”²¹⁸.

Como a LRE atribuiu aos credores a prerrogativa de decidir sobre a viabilidade da empresa, concedendo-lhes o direito de aprovar ou rejeitar o plano, e a consolidação substancial é também um meio de recuperação judicial – à exceção das situações em que ela visa a atribuição de

²¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217.

²¹⁸ 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

responsabilidade como forma de coibir abusos na utilização da pessoal jurídica – cabe aos credores aceitar ou rejeitar a proposta de reunião de ativos e passivos das sociedades grupadas, como se de apenas uma sociedade se tratasse.

Essa decisão é anterior à efetiva consolidação pois, apenas se os credores a aceitarem, é que os demais meios de recuperação, pensados e estruturados considerando um único conjunto de ativos e passivos, poderão ser implementados. Por essa razão – necessidade de aprovação dos credores para que a consolidação, permitida pelo juiz da causa, seja efetivamente aplicada – sustenta Sheila Cerezetti que a sua votação precisa ser tomada em efetiva consideração das personalidades jurídicas das devedoras:

Não podem os credores decidir sobre a consolidação em assembleia que já de antemão não distinga os créditos relativos a cada uma das recuperandas, sob pena de se alcançar um resultado viciado e em desrespeito aos direitos de voto dos credores, que, antes da consolidação, devem refletir os pesos que os seus respectivos créditos possuem face àquela sociedade com a qual o credor contratou, e não face ao grupo.²¹⁹

Tratando-se a decisão sobre a consolidação de uma deliberação sobre o plano de recuperação judicial o *quorum* a ser observado é o previsto no art. 45 da LRE, que prevê que “*nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta*”. Ou seja, a decisão será tomada mediante consentimento das quatro classes de credores, formadas por (1) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (2) titulares de créditos com garantia real; (3) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e (4) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. A concordância da primeira e da última classe é obtida por anuência da maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor do crédito (LRE, art. 45, § 2º). Nas demais, deve ser observada a dupla maioria: aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

²¹⁹ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 778/779.

Para além de ser o *quorum* especial o previsto para as deliberações acerca do plano de recuperação judicial, Sheila Cerezetti justifica a sua aplicação em virtude da excepcionalidade da medida e dos seus efeitos em relação à organização dos credores:

A decisão sobre a consolidação substancial deve ser tomada com base no quórum especial previsto para aprovação do plano. A opção por esta via mais rígida justifica-se pela excepcionalidade da consolidação substancial e, em especial, pelos graves efeitos que ela pode gerar sobre os direitos dos credores. A deliberação pela consolidação não se confunde com uma decisão qualquer dos credores, a qual o quórum geral bem atende, mas se constitui em resolução da mais acentuada importância para o deslinde da recuperação e da satisfação dos créditos. Ela se aproxima muito mais da decisão sobre o plano do que qualquer outra. Motivo ainda mais relevante para a adoção do quórum do art. 45 é o fato de que a decisão sobre a consolidação afeta diretamente a organização dos credores em classes e, caso aprovada, muda por completo a composição dos credores quando da votação do próprio plano de recuperação. Não se pode admitir que a tomada de decisão sobre tema de tão elevada importância se dê com base em maiorias menos rígidas do que aquelas exigidas para a decisão sobre a viabilidade da empresa em crise. Na verdade, ao decidirem sobre a consolidação, estão os credores deliberando sobre um meio de recuperação judicial.²²⁰

Questão não abordada expressamente pela autora e tampouco pela jurisprudência é a forma de votação do plano de recuperação judicial em casos de consolidação substancial obrigatória. Considerando que as hipóteses de imposição de aplicação da consolidação substancial são excepcionalíssimas, e pressupõem ou uma instrumentalidade das pessoas jurídicas – nos casos em que for verificada fraude em seu aspecto subjetivo e for possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica à luz das nuances próprias da estrutura grupal – ou a impossibilidade de promover a separação de seus ativos e passivos, a classificação e organização dos credores bem como a votação deverá ser feita considerando o grupo como um todo, como se fosse uma única pessoa jurídica.

Outra questão relevante é a possibilidade de utilização do mecanismo de *cram down* (LRE, art. 58, §§ 1º e 2º) para eventual superação do veto de alguma classe de credores quando da deliberação sobre a consolidação substancial. Por razões de recorte de metodológico, não é objeto do presente trabalho análise acerca do alcance da medida e do controverso controle

²²⁰ 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. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 779/780.

judicial do plano de recuperação. Todavia, como se entende que a consolidação substancial voluntária é um meio de recuperação (LRE, art. 50) parece ser adequada a utilização da medida na espécie.

Mas, quais as consequências da aprovação ou rejeição da consolidação substancial? Aprovada a consolidação substancial, para fins de cumprimento do plano, os membros do grupo serão tratados como se fossem uma única sociedade. Após encerrada a recuperação, com cumprimento exitoso do plano, cada sociedade responderá continuará preservando sua personalidade jurídica, a não ser que tenha havido previsão em sentido contrário no plano de recuperação.

Aprovada a consolidação mas não sendo cumprido o plano de recuperação e havendo, portanto, convação em falência (LRE, art. 7, IV), todas as sociedades do grupo serão consideradas falidas. Isso porque, conforme explicitado, quando o que se objetiva é a recuperação do grupo, a interdependência econômica ou empresarial – ou seja, das atividades exercidas – entre as sociedades, justifica que se dê a elas um tratamento uniforme, sendo o litisconsórcio formado nessa hipótese, unitário.

A rejeição da consolidação, por sua vez, não importa rejeição do plano, nem leva à convação em falência. Rejeitada a consolidação, as sociedades devedoras deverão apresentar planos de recuperação judicial individualizados. Surgirão, aqui, todos os já mencionados inconvenientes da consolidação meramente processual. Será necessário, por exemplo, para evitar tumulto processual e retardamento do andamento dos feitos, promover o desmembramento das recuperações judiciais já que, a partir de então, cada uma terá processamento próprio, com prazos próprios.

A própria lei modelo da UNCITRAL, assentando que as premissas justificadoras da *procedural coordination* são conveniência e eficiência, afirma ser importante que as leis nacionais disponham sobre a possibilidade de modificação ou extinção da ordem de coordenação processual e, portanto, de consolidação processual. E exemplifica a necessidade de adoção dessas medidas exatamente quando a recuperação conjunta não é bem sucedida, situação em

que as sociedades serão liquidadas separadamente²²¹. Apesar de a lei modelo tratar apenas da hipótese de *liquidação*, a “extinção do litisconsórcio ativo” também pode se dar para fins de processamento individualizado das recuperações judiciais.

Após o desmembramento das recuperações judiciais, os destinos das sociedades não estarão, em princípio, vinculados, de forma que é possível que algumas tenham êxito na recuperação e outras não. Nessa situação, é pertinente o destaque feito por Sheila Cerezetti e Francisco Satiro no sentido de que “estará aberta” a via para possível extensão dos efeitos da falência:

Com efeito, a alegação de confusão patrimonial, fundada na presença de caixa comum e exercício de atividades sob a mesma unidade gerencial, laboral e patrimonial, esteve presente em 16 das petições iniciais apresentadas nos 41 processos. Essa constatação indica inexistir preocupação com os efeitos adversos que podem resultar do reconhecimento da confusão patrimonial, em especial o abuso de personalidade jurídica a justificar a sua desconsideração pela autoridade judicial (art. 50 do Código Civil). Ao assim fazerem, as requerentes acabam vinculando seus destinos. Isso porque, após o reconhecimento da confusão patrimonial pelas próprias partes, fica “aberta a via” para a aplicação do polêmico instituto da “extensão dos efeitos” da eventual falência de uma das sociedades às demais litisconsortes. Afinal, há consistente tendência jurisprudencial que considera a confusão patrimonial como fundamento para responsabilizar solidariamente todas as empresas do grupo pelas dívidas de cada uma delas.²²²

A partir dessa constatação, os autores sustentam que a pretensão de consolidação substancial manifestada pelas devedoras representa “implícita ameaça aos credores”, na medida em que:

(...) a decisão por não vincular o grupo todo a uma única deliberação e a um único plano (o que se dá com a consolidação substancial) pode resultar na quebra de alguma das integrantes, o que, por sua vez, poderia refletir-se em falência de todo o grupo em razão da extensão dos efeitos por uma das razões anteriormente descritas, caso em que os credores acabariam classificados em conjunto, numa única liquidação, com resultados semelhantes ao da consolidação substancial. Logo, voluntária ou involuntariamente, o reconhecimento inicial de uma ou mais hipóteses de desconsideração de personalidade jurídica (AGUIAR JUNIOR, 2012) e/ou extensão dos efeitos da falência pode vir a servir como elemento de pressão das devedoras, que

²²¹ “Given that the purpose of procedural coordination is to promote administrative convenience and cost-efficiency, an insolvency law may include provisions relating to modification or termination of an order for procedural coordination to accommodate changed circumstances. That approach might be appropriate when, for example, a coordinated reorganization is not successful and the individual members should be liquidated separately.” UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012. p. 32.

²²² 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

em um único lance e com uma única declaração unificam o destino de todas as integrantes do grupo.²²³

A preocupação dos autores não é sem sentido, principalmente diante da mencionada tendência jurisprudencial de considerar a confusão patrimonial como fundamento para responsabilizar solidariamente todas as empresas do grupo e da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em sua acepção contemporânea.

Todavia, conforme já destacado, a disfunção societária que justifica a consolidação substancial obrigatória e também a extensão dos efeitos da falência não ocorre sempre que o grupo agir de forma integrada, na medida em que a atuação coordenada é justamente um dos objetivos almejados pela empresa plurissocietária. Apenas quando o desrespeito à autonomia das personalidades jurídicas componentes do grupo for inobservada de forma duradoura e sem respeito à comutatividade é que a consolidação obrigatória poderá ser aplicada, situação em que, ademais, conforme defende a própria Sheila Cerezetti, não é dado aos credores deliberar sobre a medida.

²²³ 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 também em https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais Acesso em: 17/03/2017.

CONCLUSÃO

A doutrina estrangeira e a lei modelo da UNCITRAL reconhecem que há dois tipos de consolidação: a processual e a substancial. A consolidação processual significa simplesmente que as recuperações judiciais das sociedades que compõem um grupo societário serão processadas conjuntamente. Não há aglutinação de ativos das companhias e cada credor faz reivindicações apenas contra a sociedade com a qual se relacionou. Já a consolidação substancial implica reunião dos ativos e passivos de todas ou algumas sociedades do grupo, de forma que será constituído um único conjunto de bens que responderá pelas dívidas de todos os credores.

A possibilidade de aglutinação de ativos e passivos de sociedades pertencentes a um grupo em sede de recuperação judicial foi delineada pela jurisprudência norte-americana, que cunhou o conceito da chamada “consolidação”. Inicialmente aproximado da desconsideração da personalidade jurídica e sendo definida, inclusive, como uma desconsideração multi-partes, o instituto foi ganhando contornos próprios para além daqueles afetos à *disregard doctrine*, o que ocorreu quando a jurisprudência introduziu um novo argumento para justificar a consolidação substancial, qual seja, tempo e custo financeiro necessários para averiguar e separar os ativos e passivos de cada sociedade muito elevados.

A doutrina estrangeira sistematiza as situações em que os juízos concursais entendem que a consolidação substancial é apropriada da seguinte forma: (1) casos de instrumentalidade da(s) sociedade(s); (2) casos em que os credores acreditaram no grupo como uma única sociedade; (3) casos em que é praticamente impossível ou irrazoável desembaralhar o patrimônio das sociedades e (4) casos em que a consolidação é parte do plano de recuperação. Ou seja, a consolidação substancial é adequada às situações que, se pontuais e episódicas, ensejariam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica e também quando for um meio de recuperação judicial

No Brasil, são poucos os estudos existentes sobre o tema. Os autores que escrevem sobre ele também tratam da consolidação processual e substancial e defendem a aplicabilidade de ambas

no ordenamento nacional. Todavia, em razão dos inúmeros inconvenientes gerados com a consolidação meramente processual, já que nessa hipótese o destino de cada sociedade é independente e não será vinculado ao das demais – de forma que um dos membros do grupo pode obter êxito na recuperação e outro ter a falência decretada –, não parece adequada a sua admissão. A consolidação processual só deve ser admitida quando vislumbrada, também, a possibilidade de aplicação da consolidação substancial pois, nessa situação, os benefícios advindos da medida, quais sejam, permitir o efetivo soerguimento do grupo econômico e, conseqüentemente, a preservação da empresa, tornam aceitáveis os problemas oriundos da formação de litisconsórcio ativo em processo complexo como o de recuperação judicial.

Quanto à consolidação substancial, a doutrina nacional classifica-a em obrigatória e voluntária. Na consolidação obrigatória, a aplicação da medida fica à cargo exclusivo do juiz e seria adequada às situações em que verificados os pressupostos para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Na consolidação voluntária a decisão sobre união dos ativos e passivos das sociedades grupadas é prerrogativa dos credores, que deliberarão sobre sua conveniência da mesma forma como deliberam sobre o plano e os meios de recuperação nele propostos.

A análise de casos nacionais de pedido de recuperação judicial conjunta, ou seja, feito em litisconsórcio ativo, revelam que a intenção das sociedades devedoras quando assim procedem é de que seja aplicada, também, a consolidação substancial. Essa constatação é feita a partir dos argumentos invocados pelas devedoras em suas petições iniciais no sentido de demonstrar a interdependência entre todas ou parte das sociedades pertencentes ao grupo. Os mais comuns são a existência de grupo; direção única; interdependência econômica; interdependência operacional e garantias cruzadas. Todavia, são verificadas também alegações mais específicas e próprias das situações que ensejam a aplicação da consolidação substancial como dificuldade na separação dos ativos; endividamento que prejudica de forma sistêmica a continuidade das atividades (efeito dominó) e o fato de o sucesso de uma sociedade da recuperação de uma sociedade estar ligado ao das demais (efeito dominó).

É necessário que a consolidação só seja admitida quando presentes os requisitos. O juiz deve verificar se de fato há grupo, daí a importância de se conhecer o conceito de grupos de fato e de direito e os limites de responsabilização dentro da estrutura grupal, devendo ser consideradas, para fins de verificação das hipóteses que ensejariam a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, as nuances próprias da estrutura grupal, como a inevitável existência de interdependência entre as sociedades grupadas.

Diante de uma hipótese de consolidação *voluntária* – consolidação como meio de recuperação (LRE, art. 50) – o juiz deve analisar, ainda, se, de fato, o pedido formulado pelas sociedades devedoras é justificável ou se não passa de mera conveniência. Deve, portanto, verificar se, verdadeiramente, a separação dos ativos e passivos implicaria demora e custos excessivos ou se a interdependência econômica e comercial entre as sociedades é de tal forma elevada que a recuperação de uma depende da recuperação de todas (efeito dominó).

A partir dessa análise, poderá, inclusive, excluir ou determinar a inclusão de sociedades do grupo no polo ativo. Não se trata tal providência, porém, de impor a consolidação a determinada devedora, ou seja, de consolidação obrigatória. Trata-se de controle de legitimidade. O pressuposto da matéria objeto de análise é a recuperação de *grupo societário*. Assim, são legitimadas para compor o polo ativo sociedades que compõem o grupo. E da mesma forma que aceção de grupo não envolve, necessariamente, todas as sociedades grupadas – já que nos grandes grupos é possível que haja núcleos de sociedades distintos, cada um voltado para uma atividade – não é possível que as devedoras, por conveniência, excluam do polo ativo sociedades que são parte do grupo.

Tanto a doutrina estrangeira como a nacional destacam a excepcionalidade da medida, porquanto a consolidação substancial rompe com o princípio da autonomia patrimonial, um dos pilares do direito empresarial, e pode, se aplicada indiscriminadamente, eliminar os benefícios verificados na organização das atividades via constituição de pessoa jurídica e grupo de sociedades, além de criar insegurança jurídica.

Outra questão destacada pela doutrina estrangeira é a inexistência de previsão legal que autorize a aplicação da consolidação substancial que, ademais, trata-se de matéria ainda não decidida

pela Suprema Corte. Sustenta-se, portanto, que uma forma de se resolver o problema de quando a consolidação substancial deve ser admitida é permiti-la se ela for consensual, ou seja, nas situações em que não houver objeção dos credores.

Essa solução é criticada porquanto caso a consolidação voluntária seja aceita *per se*, os pressupostos necessários à aplicação da medida se tornarão ineficazes e a consolidação substancial passará a ser regra ao invés de exceção. Um regime legal no qual a consolidação substancial é aplicada promiscuamente recompensa os menos cuidadosos e negligentes na condução dos negócios. Os incentivos criados por um regime nesses moldes geram consequências prejudiciais para o mercado financeiro e de crédito, e como resultado, afeta negativamente o custo e disponibilização do capital e do crédito para a atividade empresária em geral. Portanto, considerações de ordem econômica, principalmente relacionadas ao mercado financeiro e à elevação do custo do crédito em cenários de dúvida quanto à extensão da responsabilidade em grupo societário, e a necessidade de preservação da segurança jurídica ponderada, justificam a necessidade de que haja rigoroso controle judicial quanto à aplicação do instituto. Cuida-se de tarefa que não é fácil pois é preciso sopesar a eficiência propiciada pela consolidação substancial voluntária no *caso concreto* com os reflexos da admissão da consolidação voluntária em uma perspectiva macro.

A aplicação da consolidação obrigatória também exige cuidadosa reflexão em razão das consequências próprias não da técnica do direito, mas da ética. Se, na experiência brasileira, o “pedido de consolidação substancial” parte das próprias devedoras, em cenários de abuso e utilização fraudulenta da pessoa jurídica, impor a consolidação substancial aos credores – que, conforme reconhecido pela doutrina nacional e estrangeira podem, eventualmente, ser prejudicados com a medida – representa, em última análise, sinalizar que a inobservância das finalidades legais para constituição de uma pessoa jurídica e a organização da atividade empresarial em grupo, compensa. E essa não pode ser a mensagem passada pelo direito. Portanto, é possível que, em algumas situações, a falência do grupo seja a melhor resposta. Medida menos drástica e que privilegia a o princípio da preservação da empresa seria, quando possível, a destituição dos administradores nos termos do art. 64 da LRE.

Em relação ao aspecto estritamente procedimental da recuperação judicial de grupos societários também são necessários cuidados.

O despacho de processamento torna-se mais complexo na recuperação de grupo societário pois é esse o momento em que, além dos requisitos previstos no art. 51 da LRE, o juiz deve verificar se há grupo e qual o grau de relação entre as sociedades grupadas. Para aferição da situação de crise econômico-financeira, é necessário demonstrar que em virtude de determinada situação – interdependência das atividades empresárias, existência de garantias cruzadas, confusão patrimonial – ela *afeta o grupo como um todo*, independentemente de haver sociedades que, a princípio, não apresentem um quadro de insolvência. Outra análise a ser feita, e que é de extrema importância, é se estão, ainda que minimamente, presentes os requisitos necessários à aplicação da consolidação substancial. Não estando, o litisconsórcio deve ser indeferido.

Preenchidos os requisitos, o magistrado deverá, se possível, determinar a forma de apresentação da lista de credores e dos planos de recuperação judicial. O ideal é que tanto a lista de credores apresentada pelas devedoras como a verificação dos créditos feita pelo administrador judicial, se possível, sejam feitas de forma individualizada de forma a permitir a cada credor ter conhecimento da situação financeira da sociedade com a qual se relacionou, conhecimento pormenorizado de quem são os demais credores da sociedade respectiva e as circunstâncias de cada crédito.

O plano de recuperação judicial, por sua vez, deve ser único, sendo a consolidação substancial o primeiro meio de recuperação elencado. Isso porque trata-se de medida que é prejudicial às demais pois apenas se os credores a aceitarem, é que os demais meios de recuperação, pensados e estruturados considerando um único conjunto de ativos e passivos, poderão ser implementados.

Em respeito à autonomia patrimonial já que a consolidação substancial só será concretizada se aprovada pelos credores, na votação deve ser observada a relação individualizada de cada devedora com seus credores, e não do grupo com a integralidade dos credores. Considerando, ainda, que a deliberação pela consolidação substancial voluntária representa a aceitação de um

meio de recuperação e, portanto, envolve decisão sobre o plano de recuperação judicial, ela deve ser feita em observância do *quorum* especial previsto no art. 45 da LRE. É possível, também, por se tratar a consolidação substancial voluntária de um meio de recuperação, a aplicação do mecanismo do mecanismo de *cram down* previsto no art. 58, §§ 1º e 2º da LRE.

Por fim, é necessário que o magistrado condutor de recuperação judicial de grupo de sociedades atente-se para as consequências advindas da aprovação ou rejeição da consolidação substancial. Aprovada a medida mas não sendo cumprido o plano de recuperação e havendo, portanto, convalidação em falência (LRE, art. 7, IV), todas as sociedades do grupo serão consideradas falidas. Isso porque, conforme explicitado, quando o que se objetiva é a recuperação do grupo, a interdependência econômica ou empresarial – ou seja, das atividades exercidas – entre as sociedades, justifica que se dê a elas um tratamento uniforme, sendo o litisconsórcio formado nessa hipótese, unitário. A partir do momento que a comunhão de direitos entre as sociedades grupais é reconhecida pelos próprios credores e tem-se início do cumprimento do plano considerando-se uma única universalidade patrimonial, essa uniformidade de tratamento é impositiva.

Rejeitada a consolidação, as sociedades devedoras deverão apresentar planos de recuperação judicial individualizados. Não se desconsidera que, nesta situação, surgirão todos os mencionados inconvenientes da consolidação meramente processual. E, para evitá-los, será necessário, promover o desmembramento das recuperações judiciais já que, a partir de então, cada uma terá processamento próprio, com prazos próprios. Manter-se-á, todavia, a competência do juízo.

Diante da diversidade das situações que envolvem as estruturas plurissocietárias, o presente trabalho pretendeu, a partir da identificação de impasses na recuperação de grupo de sociedades, traçar balizas gerais para o tratamento da matéria, tanto sob o aspecto material como processual. Cuida-se, entretanto, apenas de um primeiro passo nesse sentido e sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, que, inquestionavelmente, merece aprofundamento e debate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. Substantive Consolidation: getting back to basics. *American Bankruptcy Institute Law Review*. Vol. 14:1 (Spring 2006). Disponível em <http://www.mosessinger.com/site/files/e55cfd8121fa40948012f13b72819712.pdf> Acesso: 20/09/2016

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Estrutura e responsabilidade da empresa. O moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*. v. 1, n.º 2, p. 29-68, jun/dez 2005.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999.

BAIRD, Douglas G.. Substantive Consolidation Today. *Boston College Law Review* 47, 2005.

BALBINO, Paulo de Carvalho. *A extensão dos efeitos da sentença falimentar: pressupostos e aplicação*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

BOEIRA, Alex Perozzo. A desconsideração da personalidade jurídica: Noções gerais e questões controvertidas à luz da doutrina e da jurisprudência. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. v.1, n.1, jul./1999, p. 7-20.

BRASHER, Andrew. Substantive consolidation: a critical examination. *Program on Corporate Governance – Harvard Law School*. Disponível em: <https://pcg.law.harvard.edu/prizes/> Acesso em 04/05/2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresas: O novo regime da insolvência empresarial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Moema A.S. de; CARVALHO, William Eustáquio (coord.). *Direito falimentar contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 308. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/299821553_E_o_Fim_da_Falencia, Acesso em: 28/06/2016.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros: 2012.

CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Almedina: 2015.

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, out/2016. Disponível também em: https://www.researchgate.net/publication/311677436_A_silenciosa_consolidacao_da_consolidacao_substancial_Resultados_de_pesquisa_empirica_sobre_recuperacao_judicial_de_grupos_empresariais. Acesso em 17 mar.2017

COELHO, Fábio Ulhoa. (Coord.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de direito comercial*, v. 2. 5. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coord.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COIMBRA, Márcio Chalegre. *A recuperação da empresa: regimes jurídicos Brasileiro e Norte-Americano*. Porto Alegre: Síntese, 2000

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo, n. 23, p. 91-107 1976.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CORRÊA JUNIOR, Gilberto Deon. A consolidação substantiva no direito norte americano. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 25, n.73, jul. 1998.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Ricardo Brito. Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo? *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 105, p. 174-183, set/2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume. III – Arts. 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GRAULICH, Timothy E.. Substantive consolidation – a post-modern trend. *American Bankruptcy Institute Law Review*. Vol. Vol. 14:527 (Winter 2006).

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. Law and the Rise of the Firm. *Yale Law & Economics Research Paper*. n. 326. Janeiro, 2006, p. 62. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=873507>>.

HOPT, Klaus J. Groups of Companies – A comparative study on the Economics, Law and Regulation of corporate groups. European Corporate Governance Institute (ECGI) - *Law*

Working Paper No. 286/2015. Disponível em:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935 Acesso: 04/05/2015.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOBO, Jorge. Extensão da Falência e o Grupo de Sociedades. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, jan/mar. 2009.

MARGONI, Anna Beatriz Alvez. *A Desconsideração da personalidade jurídica nos grupos de sociedades*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

MARIANO, Álvaro A.C.. *Abuso de voto na Recuperação Judicial*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário Jurídico português-ingles – inglês-português*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006,

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II: arts. 46 a 153. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*. São Paulo: Malheiros, ano XLIII, n. 134, abr.-jun. 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupo de sociedades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LUCCA, Newton De; VASCONCELOS, Miguel Pestana de. (coords.). *Falência, insolvência e recuperação de empresas – Estudos luso-brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconconsideração da personalidade jurídica*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica – Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Quartier Latin: 2014.

PAULUS, Christoph G. Group insolvencies – some thoughts about new approaches. *Texas International Law Journal*, 42, 2007. Disponível em <http://www.tilj.org/content/journal/42/num3/Paulus819.pdf> Acesso em 20 mar.2017

PETER, Henry. From atomism to consolidation in group's insolvency. *Nobel, Peter. Internationales Gesellschaftsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998. p. 87-115. Disponível em: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:22804> Acesso em: 27/03/2017.

PETER, Henry; Nicholas JEANDIN, Nicholas; KILBORN, Jason (Coord.). *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century - Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*. Schulthess: 2006.

PRADO, Viviane Muller. *Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PRADO, Viviane Muller. Noção de grupos de para o direito societário e para o direito concorrencial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, n. 2, p. 140-156, 1998.

PRADO, Viviane Muller; TRONCOSO, Mari Clara. Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, n. 40, p. 97-120, abr/jun. 2008.

PUGLIESI, Adriana Valéria. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 131, p. 7-20, ou/2016

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 58, v. 410, p. 12-24, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. V. 2, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Paulo Penalva (coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei: n.º 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). *Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SCALZILLI, João Pedro de Souza. *Confusão patrimonial nas sociedades isoladas e nos grupos de sociedades: caracterização, constatação e tutela dos credores*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2016.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de direito processual civil – Execução forçada, processos nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. V. II. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Fraude contra credores: a natureza da ação pauliana*. 2 ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency. Vienna: United Nations, 2012

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário – Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

STJ, AgRg na MC 20.733/GO, Quarta Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 07/10/2014.

STJ, Agravo em REsp n 824.992/RJ, Decisão monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 12/08/2016.

STJ, CC 116.743/MG, Segunda Seção, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 10/10/2012.

TJMG, CC 1.0000.15.009128-8/000, 4ª Câmara Cível, Relatora Desa. Heloisa Combat, j. 14/05/0015.

TJMG, AI 1.0024.13.308608-2/001, 5ª Câmara Cível, Des. Fernando Caldeira Brant, j. 06/02/2014.

TJMG, AI 1.0223.14.019727-6/005, 4ª Câmara Cível, Desa. Relatora Heloisa Combat, j. 28/05/2015.

TJMG, AI 1.0441.15.000772-8/001, 3ª Câmara Cível, Des. Relatora Albergaria Costa, j. 25/08/2016.

TJMG, AI 1.0473.14.002702-9/002, 7ª Câmara Cível, Des. Relator Washington Ferreira, j. 10/11/2015.

TJMG, AI 1.0518.13.017062-5/001, 4ª Câmara Cível, Des Relator Ana Paula Caixeta, j. 15/05/2014.

TJMG, AI 1.0598.14.001580-4/002, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Marcelo Rodrigues, j. 28/04/2015.

TJRJ, AI 0005927-83.2016.8.19.0000, Primeira Câmara Cível, Des. Relator Sérgio Ricardo A. Fernandes, j. 26/04/2016.

TJRJ, AI 0005927-83.2016.8.19.0000, Primeira Câmara Cível, Des. Relator Sérgio Ricardo A. Fernandes, j. 26/04/2016.

TJRJ, AI 0014865-67.2016.8.19.0000, Vigésima Segunda Câmara Cível, De. Relator Carlos Santos de Oliveira, j 26/07/2016.

TJRJ, AI 0020755-84.2016.8.19.0000, Vigésima Segunda Câmara Cível, De. Relator Carlos Santos de Oliveira, j 26/07/2016.

TJRJ, AI 0026062-24.2013.8.19.0000, Vigésima Primeira Câmara Cível, Des. Relatora Denise Levy Tredler, j. 22/05/2013.

TJRJ, AI 0049722-47.2013.8.19.0000, Oitava Câmara Cível, Des. Relatora Flávia Romano de Rezende, j. 04/02/2014.

TJRJ, AI 0064637-04.2013.8.19.0000, Décima Quarta Câmara Cível, Des. Relator Gilberto Guarino, j. 12/03/2014.

TJRJ, AI n.º 0043183-31.2014.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, j. 08/10/2014, p. 10/10/2014.

TJRJ, AI nº. 0014816-26.2016.8.19.0000, Vigésima Segunda Câmara Cível, Des. Relator Carlos Santos de Oliveira, j. 26/07/2016.

TJSP, AI 9065794-34.2008.8.26.0000, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Des. Relator Romeu Ricupero, j. 29/10/2008.

TJSP, AgRg, 2117110-30.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator Fabio Tabosa, julgamento 24/08/2016.

TJSP, AI 0080712-60.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Roberto Mac Cracken j. 16/10/2012.

TJSP, AI 0080995-49.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Alexandre Marcondes, j. 21/05/2013.

TJSP, AI 0281187-66.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator (Manoel de Queiroz) Pereira Calças, julgamento: 26/06/2012.

TJSP, AI 2048229-98.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 17/08/2016.

TJSP, AI 2060533-37.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator José Reynaldo, j. 10/04/2015.

TJSP, AI 2164872-13.2014.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator Campos Mello, julgamento: 29/02/2016.

TJSP, AI 2267155-80.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Relator Enio Zuliani, julgamento 18/05/2016.

TJSP, AI 9041423-06.2008.8.26.0000, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Des. Relator Lino Machado, j. 01/04/2009.

TJSP, AI 9065794-34.2008.8.26.0000, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, Des. Relator Romeu Ricupero, j. 29/10/2008.

TJSP, AI 2094999-86.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/08/2015.

TJSP, AI 2106998-36.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 13/03/2017.