

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE
Programa de Pós-graduação em Direito

Filipe Dias Xavier Rachid

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPO SOCIETÁRIO DE FATO

Belo Horizonte
2017

Filipe Dias Xavier Rachid

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPO SOCIETÁRIO DE FATO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Linha de pesquisa: Autonomia Privada, regulação e estratégia

Projeto de pesquisa: A incidência da *disregard doctrine* no processo falimentar

Orientador: Prof. Doutor César Augusto de Castro Fiúza

Coorientador: Prof. Doutor Sérgio Mendes Botrel Coutinho

Belo Horizonte

2017



Universidade FUMEC
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde
Programa de Pós-graduação em Direito - FCH/FUMEC

Dissertação intitulada “*A Recuperação Judicial de Grupo Societário de Fato*”, de autoria do mestrando *Filipe Dias Xavier Rachid*, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Doutor César Augusto de Castro Fiúza – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Doutor Sérgio Mendes Botrel Coutinho – Universidade FUMEC
(Coorientador)

Prof. Doutor Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Universidade FUMEC

Prof. Doutor Milton Vasques Thibau de Almeida – Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, julho de 2017.

Av. Afonso Pena, nº 3880 – Belo Horizonte, MG – 30130-009 – Brasil – tel.: (31) 3223 8033.

*À OMB – OLIVEIRA MARQUES BENFICA
ADVOCACIA, na pessoa do amigo Márlen
Pereira de Oliveira, pelo exemplo de
profissional ético e comprometido.*

AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo.

Aos meus pais, que me dão incentivo para continuar na luta por um mundo melhor e mais justo.

À minha amada esposa Carol, pelo companheirismo e dedicação.

À minha irmã e a todos os meus familiares, pela convivência durante todos esses anos.

Ao amigo Márlen Pereira de Oliveira, meu maior incentivador para que este sonho se tornasse realidade.

Aos Professores César Fiúza e Sérgio Botrel, pelo apoio na construção deste trabalho.

Aos Professores componentes da banca examinadora, pela disponibilidade e pelas valiosas sugestões.

À esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a conclusão de mais esta etapa do conhecimento.

Aos colegas e amigos do escritório OMB ADVOCACIA, pelo acolhimento e importante espaço para o debate de ideias.

Aos nobres colegas da FUMEC, sem exceção, pelos primorosos momentos de convívio.

À todos os demais amigos de todas as horas, que também são fonte de inspiração para a construção desta singela contribuição acadêmica.

“Bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida e viver com paixão, perder com classe e viver com ousadia, pois o triunfo pertence a quem se atreve... a vida é muito bela para ser insignificante.”

Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho analisa a aglutinação de sociedades em forma de grupos que, no direito moderno, firma-se como eficiente estratégia empresarial para garantir competitividade e, até mesmo, a sobrevivência em um acirrado cenário de economia global. Inobstante às benesses de se empreender sob a forma de grupo societário, não há definição legal em nosso ordenamento jurídico sobre o grupo societário de fato, modelo mais utilizado atualmente, tornando-se o cenário ainda mais obscuro quando o direito tem de ser aplicado naqueles que lidam com a crise empresarial. Além disso, a Lei 11.101/05 também é silente quanto à possibilidade do processamento e deferimento da recuperação judicial de grupos societários, seja ele de fato ou de direito, fato que afeta negativamente as consequências procedimentais e processuais quando a questão é levada ao Judiciário. As dificuldades advindas deste quadro ensejam estudos, tal como este trabalho propõe, no que diz respeito aos mecanismos de consolidação processual e consolidação substancial, medidas excepcionais que geram consequências significativas para todos os atores do processo de recuperação judicial, visto que, apesar de eficazes, se erroneamente adotadas, podem levar a consequências nefastas e até mesmo irreversíveis ao grupo.

Palavras-chave: Grupos Societários; recuperação judicial; legitimidade ativa; consolidação processual; consolidação substancial.

ABSTRACT

This project aims to analyze the agglutination of societies as groups, which is, in the modern law, considered an efficient entrepreneurial strategy in order to guarantee competitiveness and even survival, in a heated global economy scenario. Regardless the benefits of embarking as a corporate group, there is no legal definition in our legal order about the corporate group in practice indeed, currently, the most used pattern, making the scenario even more obscure when the law must be applied for those who deal with the corporate crisis. Furthermore, the Law 11.101/05 is also silent when it comes to processing and approving the judicial recovery of corporate groups by right or in practice, fact that negatively affects the procedural consequences when the matter is taken to court. The overcoming difficulties lead to studies, as this project proposes, concerning the procedural and substantial consolidation mechanisms, extraordinary measures that brings significant consequence to all players of the judicial recovery process, since, even being effective, if incorrectly taken, can lead to adverse and even irreversible consequences to the group.

Key-words: Corporate groups; judicial reorganization; legitimacy active; procedural consolidation; substancial consolidation

LISTA DE SIGLAS

CCB – Código Civil Brasileiro

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CPC – Código de Processo Civil

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

IAS – International Financial Reporting Standards

LRE – Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência

NCPC – Novo Código de Processo Civil

PND – Plano Nacional de Desenvolvimento

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. GRUPOS DE SOCIEDADES	14
2.1. Conceito de grupo societário	16
2.2. Espécies de grupo societário no direito brasileiro	19
2.2.1. <i>Grupo de fato</i>	22
2.2.2. <i>Grupo de direito</i>	26
2.3. Elementos que identificam os grupos societários	28
2.4. Autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade ...	29
3. DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	31
4. O LITISCONSÓRCIO SEGUNDO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL....	35
4.1. A possibilidade de Litisconsórcio Ativo em Ação de Recuperação Judicial, na ausência de previsão na Lei 11.101/2005	37
5. DA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL.....	41
6. DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL	44
6.1. Formas de Consolidação substancial	48
6.1.1. <i>Consolidação substancial obrigatória por declaração judicial</i>	48
6.1.2. <i>Consolidação substancial voluntária via deliberação e aprovação assemblear</i>	52
7. AS CONSEQUÊNCIAS PROCEDIMENTAIS E PROCESSUAIS DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL.....	55
7.1. Principal estabelecimento do devedor como fixação da competência	55
7.2. O plano de recuperação judicial: único, individual ou unitário?	59
7.2.1. <i>Plano único</i>	61
7.2.2. <i>Planos individuais</i>	63
7.2.3. <i>Plano unitário e sua votação</i>	64
7.2.4. <i>Relação de credores, editais e sua correta apresentação</i>	66
8. CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

1. INTRODUÇÃO

Em um mercado demasiadamente competitivo, de âmbito global, sujeito a todo e qualquer tipo de intempérie, o simples ato de sobreviver é um desafio hercúleo para uma empresa, além de cotidiano. Prova disto são os números, no ano de 2015, de pedidos de recuperação judicial que cresceram mais de 50% se comparado com 2014, segundo dados apurados pelo Serasa Experian¹.

Para garantir sua manutenção no mercado e ainda de maneira vigorosa, muitas empresas decidem por se aliar a outras, unem-se em objetivos e abraçam um idêntico propósito. São forjadas mais do que simples alianças comerciais, mas criadas grandes corporações, fortalecidas pela diversidade de seus componentes e também comunhão de seus interesses.

Ocorre que até mesmo grandes conglomerados empresariais podem ruir. Como exemplo recente, um dos maiores grupos de telecomunicação do país postulou, em meados do ano passado, pedido de recuperação judicial que, segundo estimativas da imprensa, pode ultrapassar o montante de R\$ 65 bilhões. Neste processo de recuperação judicial fazem parte 06 (seis) sociedades operacionais e uma *holding* que, somados, contam com mais de 67 mil credores.

Em uma situação como esta, é possível, a um só instante, propor uma medida para salvaguardar o direito de todos os credores e permitir a oportunidade de as sociedades do grupo recrudescerem para retornar ao seu lugar no mercado? Em um momento de crise estrutural de um grupo societário, é possível compatibilizar, de uma só vez, os interesses individuais de cada um dos seus membros e o propósito comum que os une?

Este trabalho tem como principal objetivo analisar as formas de tratamento em conjunto da recuperação judicial de empresas pertencentes a um mesmo grupo societário, através da investigação doutrinária e exame de decisões judiciais, tendo em vista o silêncio da lei sobre muitas questões a respeito.

Em primeiro lugar, merecerão destaque os esclarecimentos acerca da formação de grupos societários no Brasil. Serão retratados, mesmo que sumariamente, os principais motivos que levam empresários e sociedades empresárias a buscarem, para sua permanência e crescimento no mercado, a integração a outros com a finalidade de criar um grupo. Posteriormente, serão apresentadas as principais formas de composição de grupo

¹ Mais detalhes a este respeito podem ser encontrados em Valor (2016).

societário admitidas em nosso país e, em seguida, a abordagem legal de cada uma das espécies.

Por conseguinte, serão analisados os meios de recuperação judicial da empresa, segundo a Lei n°. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Não só o procedimento será objeto de pesquisa, mas também os desdobramentos decorrentes, em especial, dos grupos societários. Na oportunidade, as consolidações processual e substancial serão abordadas, em atenção à construção doutrinária e ainda a pronúncia judicial, sobretudo pelo espaço vago que a lei especial trouxe consigo em pontos relevantes.

Aventada a hipótese de recuperação judicial de empresas de um mesmo grupo societário, o trabalho se esforçará em delinear as peculiaridades, bem como, precauções que a situação reclama.

A prática mostra com frequência que o Poder Judiciário e os demais operadores do Direito tendem a unificar os ativos e passivos como consequência natural do processamento conjunto, o que tem prejudicado sobremaneira o crescimento dos estudos no aspecto, afinal, em casos excepcionais é conveniente se tratar de forma unificada as sociedades do grupo em recuperação judicial, conforme se verá ao longo deste singelo trabalho.

A partir daí necessário verificar se o silêncio do legislador sobre o ajuizamento de recuperação judicial de grupos societários acarreta prejuízos e quais são eles, pontualmente.

Também, serão objetos de estudo as duas formas de tratamento conjunto da recuperação judicial de grupo societário. A primeira delas é a denominada consolidação processual, ou seja, pela formação de litisconsórcio ativo, onde se leva em consideração somente aspectos exclusivamente processuais, possibilitando-se, assim, o ajuizamento do procedimento recuperacional por sociedades integrantes de determinado grupo, de forma conjunta. A segunda forma de tratamento conjunto delas é a chamada consolidação substancial, que, por seu próprio nome, afeta de forma substancial as sociedades componentes do grupo, fazendo com que estas sejam tratadas como única, com a reunião de seus ativos e passivos.

A citada consolidação substancial é matéria bastante específica e delicada, que deve ser muito estudada e somente aplicada em casos excepcionais, porque, como será estudada, não se trata de desconsideração da personalidade jurídica, apesar de parecidas em uma

análise superficial. Esta consolidação acarreta o afastamento temporário do princípio da autonomia patrimonial e independência das sociedades pertencentes ao grupo num determinado procedimento recuperacional, seja por determinação judicial ou mesmo por convenção entre devedoras e credores.

Em contrapartida, mesmo às vezes sendo a única alternativa para a superação da crise, a consolidação substancial é tema que traz a reboque muitas dúvidas, tais como, a unificação ou não da relação de credores, votação geral ou segregada em assembleia, forma de apresentação de plano, se único ou individual, o quórum para deliberação do plano apresentado, eventual diluição do poder de voto de determinados credores, enfim, situações diversas que devem ser objeto de detida análise visando o cumprimento integral dos propósitos de uma recuperação judicial, sem, contudo, ceifar direitos igualmente valiosos do ponto de vista social e econômico.

Será relevante o papel da doutrina e da jurisprudência na indicação de propostas e soluções, de maneira a alcançar a finalidade do processo de recuperação judicial.

Imperioso destacar que este trabalho tem o objetivo de colaborar com as discussões sobre matéria que, até o presente instante, quedou-se o legislador pátrio. Por isso justifica-se a exaltação da importante colaboração de estudiosos e doutrinadores sobre os temas enfrentados, bem como, a manifestação dos tribunais, em especial, os Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo, sobre a matéria.

2. GRUPOS DE SOCIEDADES

Associar-se a outros pares para alcançar objetivos em comum é um traço significativo na evolução da humanidade. Não só os laços parentais ou de afinidade foram responsáveis por unir os homens; mas também muitos pactos de coalizão foram forjados entre diferentes personagens históricos como instrumentos para conquistas e, também, de defesa dos seus interesses.

Na história recente, muitos países agruparam-se em *blocos econômicos*², firmados através de acordos intragovernamentais, pelos quais barreiras comerciais, principalmente, foram reduzidas ou eliminadas, com intuito de garantir a integração mercantil de seus componentes. A medida tem como principal objetivo a aproximação e a união de dois ou mais países, como esclarecem os diplomatas Sérgio Abreu e Lima Florêncio e Ernesto Henrique Fraga Araújo (2017), por meio de um conjunto de medidas de caráter econômico.

No âmbito empresarial, a tendência também não poderia ser diferente.

Na Idade Média³, artesãos, mestres e donos de pequenas oficinas reuniram-se em associações locais denominadas *corporações de ofício*. Tratava-se, principalmente, de uma estratégia para garantir a defesa dos direitos comerciais dos associados, a partir da definição de regras para justa concorrência e a circunscrição de barreiras para atuação no mercado local contra os comerciantes de fora dali. Deste modo, também foi possível oferecer melhores condições para os negócios e estabelecer preços adequados para os produtos fabricados, estimulando as vendas.

Embora se assemelhe a uma associação, as corporações de ofício serviram como uma experiência embrionária para a edificação de estratégias comerciais entre diferentes empresas vinculadas por um comum objetivo.

Em atenção à máxima popular de que “a união faz a força”, o século XX ficou marcado pela formação de grandes conglomerados empresariais. A falência do modelo

² “São associações de países que estabelecem *relações econômicas privilegiadas entre si* e que tendem a adotar *uma soberania comum*, ou seja, os parceiros concordam em abrir mão de parte da soberania nacional em proveito do todo associado. Os desenhos desses novos mercados, antes de representar uma nova realidade comercial em escala mundial, tendem a transformar-se em um projeto político, resultante de uma decisão de Estados, que pode resultar ou não no aprofundamento da integração entre os países que formam um bloco econômico. Os blocos econômicos podem classificar-se em zona de preferência tarifária, zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e união econômica e monetária.” (BRASIL, 2017).

³ Com o fim do Feudalismo e o surgimento do capitalismo comercial, surgiram também, na Idade Média, as *sociedades de comércio*, cujo propósito era de garantir melhores condições mercantis para os negociantes que integravam aquele grupo, bem como, defender os interesses comerciais em comum. No entanto, poucos registros existem a respeito destas sociedades, em sua maioria, simples menções.

fordista de produção incentivou o surgimento de colossais corporações formadas por diversas empresas especializadas no cumprimento de atividades distintas, entretanto, unidas solidariamente em torno de um mesmo propósito.

Soma-se a esta circunstância a ruptura de barreiras econômicas implodidas pela globalização e a volatilização do capital como fatores que contribuiriam decisivamente para a consolidação do agrupamento societário como uma estratégia eficiente de negócios.

A respeito das razões que fomentaram a criação de grupos de sociedades, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo explica:

A complexidade e o dinamismo da atividade econômica levam as empresas a buscarem, para seus crescimentos e maiores penetrações no mercado, soluções eficazes e custos compatíveis com os resultados pretendidos. A formação de grupos econômicos é consequência direta desse propósito, a ponto de se poder dizer que, hoje, todas ou quase todas as empresas de maior expressão econômica integram grupos de sociedade. (TOLEDO, 2014, p. 340)

Em um mercado competitivo e cheio de “altos e baixos”, a criação de grupos societários permite a dilaceração dos riscos do negócio e a partilha de responsabilidades entre diferentes empresas, de modo que o perigo de um investimento possa ser amenizado, garantindo segurança para o planejamento dos negócios e a realização de transações futuras.

Além disso, como bem pontua José Luiz Bulhões Pedreira, enumera, ainda, uma série de outros fatores que explicam a proliferação de grupos societários:

[...] Alguns são econômicos (por ex.: a otimização do uso dos recursos das diversas sociedades, integração de segmentos do processo produtivo ou obtenção de economias de escala); outros são políticos (constituição de empresa transnacional de subsidiárias sujeitas às leis de cada país), financeiros (aumento da capacidade de captar capitais de risco ou empréstimo, ou melhor utilização das disponibilidades de caixa das diversas sociedades), de mercado (especialização de empresas em diferentes atividades ou regiões, ou utilização da mesma marca para diversos produtos), administrativos (para descentralização ou especialização de atividades) etc. Frequentemente a formação de grupos é imposta pela legislação ao requerer sociedades distintas para explorar concessões de serviço público ou serviço de utilidade pública sujeitos a autorização administrativa. (PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009, p. 1934)

Bulhões Pedreira também elenca as principais vantagens que as empresas poderão colher através do agrupamento societário, mesmo que experimentadas de modo e em proporções diferentes, o que incentiva a consagração desta estratégia de organização empresarial:

(a) o controle comum faz com que os mercados reconheçam a existência do grupo e considerem as sociedades como elementos de um único conjunto; (b) todas as sociedades se beneficiam da diversificação de riscos buscada pelo empresário, pois as fases cíclicas de dificuldades ou menor rentabilidade não ocorrem simultaneamente em todas as empresas e umas podem auxiliar outras; (c) o controle comum possibilita a organização unificada de atividades que proporcione economias de escala em benefícios de todas as empresas; e (d) a unidade de comando assegura que cada empresa dê preferência aos bens e serviços produzidos pelas demais. (PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009, p. 1934-1935).

Em um mercado tão competitivo como o atual, agrupar-se resplandece como uma alternativa, não só eficiente para os negócios, mas para a sobrevivência para muitas empresas. Contudo, em salvaguarda ao direito fundamental da livre iniciativa, se torna indispensável a definição dos modelos societários a serem admitidos, sob pena de se asfixiar a concorrência e consentir com atos abusivos de deslealdade mercantil.

2.1. Conceito de grupo societário

De acordo com Bulhão Pereira (idem) “grupo de sociedades é o conjunto formado por uma sociedade controladora e uma ou mais sociedades sob seu controle”. A concepção proposta pelo autor realça a existência de uma estrutura hierarquizada, em que uma sociedade controla outras. “Na economia contemporânea, a grande e média empresa raramente são constituídas por uma única sociedade empresarial, mas por diversas sociedades, com a forma de uma constelação”.

Bulhões Pereira (idem) aponta como principal característica de um grupo societário a direção unificada e vinculada ao interesse coletivo ou grupal, cujo propósito não se confunde com outro individual de qualquer uma das demais sociedades do grupo:

O grupo de sociedades é, tal como a companhia isolada, uma estrutura hierarquizada: os órgãos sociais da controladora exercem poder de controle sobre os órgãos das controladas. As estruturas hierarquizadas de cada sociedade integrante do grupo são unificadas em estrutura do grupo por meio das relações de participação societária e controle, e essa unificação assegura à sociedade controladora o poder de dirigir as atividades controladas e orientar o funcionamento dos seus órgãos sociais. (PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009, p. 1930)

Neste sentido, Tasse e Müller (2017) esclarecem que a relação jurídica de grupo, aquela em torno da qual empresas se unem, caracteriza-se, fundamentalmente, por uma

mínima organização global da atividade econômica dos membros, sob a direção de um poder mais ou menos centralizado. “Com isso, extrapola-se o interesse da sociedade isolada para constituir-se uma organização e valorização econômica de uma pluralidade de sociedades conforme a política grupal”.

A direção unitária também é considerada, pelos tribunais, como o principal requisito para caracterização do grupo econômico, conforme ilustra a ementa abaixo colhida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - PRESTAÇÃO DE CONTAS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - AFASTADA - GRUPO ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO - AÇÃO DE NATUREZA DÚPLICE - APURAÇÃO E CONDENAÇÃO DE EVENTUAL SALDO DEVEDOR. - **Define-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compondo uma atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria.** - Considerando a identidade de sócios diretores e o fato de ser a Nova União Participações Ltda, sócia majoritária das empresas União Consultoria Vendas e Acompanhamento de Projetos de Gestão S/A, bem como a União Consultoria Execução de Projetos de Gestão S/S, restou demonstrada a configuração de grupo econômico entre as três, haja vista os artigos 1.097 e 1.098 do CC/02. - Pelos contratos de parceria firmados entre o Instituto de Desenvolvimento Gerencial S/A e as rés, União Consultoria Vendas e Acompanhamento de Projetos de Gestão S/A, bem como a União Consultoria Execução de Projetos de Gestão S/S, não restou caracterizada a formação de grupo econômico com relação à primeira, **não havendo identidade de diretoria, nem se comprovou subordinação ou controle.** - Não há que se falar em fase única da prestação de contas, pois a decisão de primeiro grau não declarou boas as contas, apenas que houve o reconhecimento de prestá-las, passando para a próxima fase. - A ação de prestação de contas é cabível para apuração de créditos e débitos já definidos durante a relação jurídica. (MINAS GERAIS, 2016, grifo nosso).

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo adverte que, embora considere o poder de controle como uma das principais características do grupo societário, existem situações nas quais haverá grupo de sociedades, mesmo que uma delas não exerça controle sobre as demais, como no caso dos consórcios. É o que chama de grupo de coordenação e esclarece com base nas lições de Vera Helena de Melo Franco e Rachel Sztajn: “o critério a observar é a existência de uma *direção comum*, estabelecida mediante contrato, com ou sem a participação acionária” (TOLEDO, 2014, p.343, grifo nosso).

A direção unificada, tão somente, não é suficiente para caracterizar o grupo societário. Sem o poder de controle, que significa deter o maior número de quotas ou ações com direito a voto em determinada companhia, haverá meramente várias sociedades

dirigidas por uma mesma pessoa⁴. Portanto, necessário que a direção unificada conte com poder de controle, se tornando uma conduta ativa na gestão das sociedades agrupadas. Além disso, imprescindível que a direção unitária prestigie o interesse coletivo, o que não se confunde com o interesse próprio da controladora e nem diz respeito aos interesses individuais das sociedades controladas, como explica Toledo:

Cumpra-se notar que convivem no grupo de fato o interesse grupal e o interesse social. Ambos devem ser atendidos, no que não forem incompatíveis entre si. Por interesse social se deve entender o correspondente ao dos sócios ou acionistas como um todo, na medida em que essa coletividade, reunida em assembleia ou reunião de sócios, manifesta a vontade da própria sociedade. E o interesse do grupo, por seu turno, refere-se ao conjunto das sociedades que o compõem. Na primeira hipótese concretiza-se pela consecução do objetivo de obtenção de lucros. Na segunda, pela participação nos benefícios trazidos pelo exercício da atividade em comum. (TOLEDO, 2014, p. 346)

Eizirik (2011) destaca que o grupo de sociedades tem interesse próprio, assentado na promoção do interesse geral, que deve ser perseguido pelas sociedades que o compõem. É o que também ressalta Tasse e Müller, com base nas lições de Eduardo Munhoz:

A direção unitária leva, mesmo, à ruptura da autonomia patrimonial, ao instrumentalizar os ativos e passivos das sociedades a favor dos interesses financeiros do grupo; assim como à ruptura da autonomia organizativa, vez que o interesse das sociedades componentes acaba por subordinar-se às finalidades gerais do grupo ou da sociedade dominante, levando à ruína todo o esquema de atribuição de responsabilidade ao controlador e administradores concebido pelo modelo vigente para evitar abuso de poder de controle e conflito de interesses. (MÜLLER; TASSE, 2017).

Outrossim, a participação de sociedades em grupo não lhe retira a personalidade jurídica, nem modifica seu patrimônio. Continuam a ser pessoas jurídicas distintas, com autonomia organizacional e patrimonial. Segundo Bulhona Pedreira (2009) “a preservação da personalidade jurídica de cada sociedade pressupõe que a coordenação de atividades não implique prejuízo para seus acionistas minoritários e credores”.

⁴ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO - AUSÊNCIA DE PROVA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - CITAÇÃO DOS SÓCIOS JÁ DETERMINADA - DECISÃO QUANTO A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PENDENTE - RECURSO PROVIDO EM PARTE.- O mero fato de duas empresas terem o mesmo sócio administrador e mesmo ramo de atividade empresarial não configura, por si só, unidade diretiva comum a viabilizar os objetivos das duas empresas com combinação de recursos para tanto, a caracterizar a formação de grupo econômico e a extensão dos efeitos da execução à pessoa jurídica diversa daquela executada. Para se declarar a desconstituição da personalidade jurídica da sociedade empresária, faz-se necessária a prévia citação de seus sócios para defesa prévia, em observância ao princípio do devido processo legal. [...]. (MINAS GERAIS, 2015, grifo nosso).

Os grupos societários são, portanto, uma “concentração de sociedades”, sob a forma de participações societárias, resultando no controle de uma ou umas sobre as outras, obedecendo todas a uma única direção econômica.

2.2. Espécies de grupo societário no direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a existência de agrupamentos empresariais, de forma esparsa, em vários diplomas legais. A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, por exemplo, reconhece que as empresas podem se agrupar, submetendo-se à direção, controle ou administração de outra, o que resultará na figura do empregador único⁵ (§ 2º do art. 2º da CLT)⁶. O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/1990, refere-se às “sociedades integrantes dos grupos societários e sociedades controladas”⁷. A Lei Antitruste (nº. 8.884/1994) trata como agente econômico as empresas ou entidades que integrem grupo econômico, de fato ou direito⁸.

⁵ Sumúla nº. 129 - CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO. A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário. (BRASIL, 2003).

⁶ “O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a *figura resultante da vinculação justralhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta e indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção e coordenação em face das atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica*”. (DELGADO, 2017, p. 465).

⁷ Nas relações consumeristas, a teoria da aparência tem sido utilizada comumente para identificação de grupos econômicos e, conseqüente, imposição de responsabilidade solidária entre seus componentes. Neste sentido, decidiu o TJMG: EMENTA: APELAÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA - EMPRESA PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. Aplica-se, *in casu*, a teoria da aparência, eis que não é exigível do consumidor o conhecimento acerca do objeto social da empresa, para identificar os limites das responsabilidades e atribuições de cada um dos integrantes do grupo econômico. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que uma empresa tem legitimidade para responder por obrigação contraída por outra, quando integrantes do mesmo grupo econômico. [...]. (MINAS GERAIS, 2016).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ATROPELAMENTO - ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONFIGURADA - EMPRESA CONTROLADORA - GRUPO ECONÔMICO. - É legitimada para o polo passivo da ação de indenização decorrente de atropelamento, a empresa que controla aquela responsável pelo ônibus que causou o acidente, pois ambas pertencem ao mesmo grupo econômico, mormente se a controladora for a única sócia da controlada, porque há evidente confusão patrimonial entre ambas. - Nos termos do art. 28, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, "as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código". (Des. Marcos Lincoln) V.v.: EMENTA: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE ENVOLVENDO ÔNIBUS E CICLISTA - PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. - Apesar de configurada a sociedade entre duas pessoas jurídicas, estas possuem existências distintas, com quadro societário e CNPJ próprios e independentes uma da outra, devendo ser reconhecida a ilegitimidade passiva daquela que não praticou o ato ou a conduta ilícita. (MINAS GERAIS, 2015).

⁸ A Lei Antitruste reconhece como prática anticoncorrencial os atos de concentração empresarial que contrariam o preceito fundamental de livre iniciativa. Por ato de concentração empresarial entende-se

Coube à Lei das Sociedades por Ações, de n.º. 6404/1976, claramente, dispor sobre grupo societário. Viviane Muller Prado explica que a lei foi concebida dentro do Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), que definia as principais estratégias de desenvolvimento do Governo Geisel para o período de 1975 a 1979. Dentre elas, principalmente, a de fortalecer o setor privado nacional e incentivar formação de conglomerados econômicos pátrios para concorrer com as empresas estrangeiras.

Respalhada nestes fundamentos políticos e econômicos, a Lei 6.404/1976 facilitou a concentração de empresas, sob a ótica da legislação societária. Além disso, tendo em vista que um dos principais instrumentos da grande empresa é o grupo de sociedade, foi estabelecida disciplina específica sobre a participação de sociedade de capital de outra e sobre grupos societários convencionais.

Com inspiração no modelo alemão, único ordenamento jurídico que tinha à época disciplina sistemática sobre grupos empresariais, o legislador brasileiro de 1976 regulou os grupos a partir da organização por meio de instrumento contratual. O embrião da ideia de grupo de direito ou contratual e da unidade de tratamento das empresas de um mesmo grupo encontra origem no direito tributário alemão. Para evitar a tributação dos dividendos distribuídos nos vários níveis das sociedades pertencentes a um mesmo grupo, criaram-se mecanismos contratuais para tratar de maneira unificada a empresa formada por várias sociedades, privilegiando os agrupamentos. Já existindo isto, a AktG de 1965 disciplinou os grupos empresariais, introduzindo divisão em controle contratual e controle de fato. (PRADO, 2005).

Eizirik critica o tratamento legal dispensado aos grupos societários pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial, aquele prescrito na Lei das S.A.. De acordo com o autor, a norma distancia-se da realidade empresarial, já que dispõe expressamente só de uma espécie de grupo societário, cuja utilização é rara, se comparada com a outra categoria⁹.

O tratamento dos grupos constitui equívoco do legislador, que provavelmente pressupunha que os grupos de direito seria preferidos aos de fato, daí decorrendo uma detalhada disciplina, que não tem utilidade prática, de suas características, constituição, registro, publicidade, sistema de aprovação pelos sócios das sociedades, administração do grupo, remuneração dos administradores, demonstrações financeiras do grupo, prejuízos resultantes dos atos contrários à convenção e conselho fiscal das filiadadas.

“quando duas ou mais empresas independentes se fundem ou incorporam outras empresas, quando uma ou mais empresas adquirem, [...], o controle ou parte de outras empresas” ou firmam entre si um pacto associativo. (BRASIL, 1994).

⁹ Toledo (2014) também comunga da mesma opinião e alega que a presença de grupos de direito na realidade brasileira é extremamente rara. Viviane Muller Prado indica várias razões para tanto, dentre elas, “a artificialidade do modelo importado, a facultatividade de formação de grupos convencionais e a oneração com o direito de recesso dos minoritários e com a estrutura administrativa.” (PRADO, 2005). Além destas, afirma que o grupo de direito não se mostra instrumento jurídico flexível, o que contraria a tendência organizacional contemporânea.

Outrossim, Prado (2005) tenta esclarecer que a simplicidade com que a lei brasileira parece tratar os grupos empresariais está calcada na razão econômica, com a finalidade de dar maior liberdade ao empresário para formar conglomerados e não criar barreiras para tanto. “A disciplina sobre grupos de sociedades é bastante favorável à estrutura organizacional do grupo em prejuízo de outros interesses, especificamente minoritários e dos credores”.

De maneira implícita, a Lei de S.A. reconhece a existência de duas espécies de grupo de sociedades: (a) de direito, situação que é tratada exaustivamente no Cap. XXI, arts. 265 a 277, sob a epígrafe: Grupo de Sociedades; e (b) de fato, embora não faça referência à tal expressão, está descrito no Cap. XX (Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas). Toledo (2014) informa, ainda, que o Código Civil é silente quanto aos grupos de direito e aborda, sem a mesma precisão da Lei das S.A., os grupos de fato (art. 50 e 1.097 a 1.101 do CCB).

Viviane Muller Prado aponta a lógica em que se estrutura o modelo adotado em nosso país: a natureza do vínculo existente entre as sociedades. “Em outras palavras, é relevante verificar se a ligação entre elas se estabelece por meio de uma convenção grupal ou decorre de mera participação da sociedade no capital social da outra sociedade, de modo a lhe conferir poder de controle.” (PRADO, 2005).

Isto porque, em suma, o grupo societário de direito se estrutura a partir de um instrumento formal, a convenção grupal, e para apuração do grupo de fato, basta revelar a direção econômica unitária de diversas sociedades.

Conforme definição de Nelson Eizirik, o grupo de fato é “aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional.” (EIZIRIK, 2011). O grupo de direito, segundo o autor, é uma modalidade de organização empresarial que aglutina pluralidade jurídica com unidade econômica, pois “é constituído por sociedades jurídicas e patrimonialmente independentes, que respondem apenas por suas próprias obrigações, mas, administrativa, política e economicamente unidas para viabilizar a consecução de um interesse geral.”(idem).

Bulhões Pedreira que foi um dos coautores do anteprojeto da Lei de S.A. justifica que, ao regular dois grupos societários, permite-se que cada sociedade controladora escolha a solução mais adequada ao seu grupo.

(a) Se as características das diversas sociedades e as circunstâncias permitem o funcionamento do grupo sem subordinação do interesse de uma sociedade ao de outra, ou ao conjunto, a controladora pode optar pelo regime do grupo de fato, mas nesse caso está proibida de usar o poder de controle para fazer com que uma sociedade sofra prejuízos em benefício de outra e responde pelos danos causados por atos praticados com a violação dessa norma; e (b) se a controladora pretende maior grau de integração, deve constituir grupo de sociedades com estipulação em convenção de grupo das regras de cooperação das sociedades controladas. (PEDREIRA, 2009).

Certo que a espécie fática ou convencional é a forma de agrupamento mais adotada pelas sociedades, passa-se a tecer as principais ponderações sobre esta modalidade, com intuito de esclarecer precisamente a figura. Posteriormente, será abordada a estrutura do grupo de direito, mas sem igual esmero, principalmente, porque a letra da lei oferece pormenorizados detalhes a respeito.

2.2.1. Grupo de fato

Não há definição legal no ordenamento jurídico a respeito desta espécie de grupo societário. Desta forma, coube à doutrina construir a concepção de grupo de fato.

Para Toledo (2014), grupo de fato caracteriza-se, principalmente, pelo controle unitário, exercido direta ou indiretamente, sobre sociedades que se unem em torno de interesses e propósitos em comum, sem que para tanto constituam uma convecção grupal. O autor ressalta que, mesmo agrupadas, cada sociedade conserva sua personalidade e patrimônio distintos, “ou seja: embora formando como que uma ‘sociedade de sociedades’ (a expressão é comum), daí não se poderá inferir que irão se despersonalizar, a ponto de deixarem de ter um patrimônio próprio, o qual passaria a integrar um patrimônio em comum, do grupo.” (idem).

Bulhões Pereira explica que em grupos de fato, o poder de controle é poder fato, pois são formados e dissolvidos pela criação e extinção de relações de controle entre as sociedades. O que justifica sua criação, segundo o ele, são os benefícios que as sociedades conquistarão com sua vinculação ao grupo.

Se a formação do grupo permite que o conjunto obtenha benefícios econômicos que não podem ser alcançados de outro modo, o único limite à cooperação e apoio mútuo que se justifica, como meio de proteger os acionistas minoritários e credores, é o de que não sejam causados prejuízos a uma sociedade para manter o interesse da outra. (PEDREIRA, 2009, p. 1939).

Eirizik destaca que o laço entre as sociedades no grupo de fato atende ao princípio da equivalência das prestações, o que exalta o caráter de comutatividade desta figura grupal.

A noção de relações comutativas está ligada à ideia de equivalência e equilíbrio entre prestações e contraprestações. Assim, o administrador não pode realizar negócios não comutativos no grupo de fato; é vedado, ainda, o acionista controlador utilizar de seu poder em detrimento de alguma companhia controlada, sob o pretexto de estar beneficiando o grupo como um todo.

[...]

No grupo de sociedades de fato, o princípio básico é o de que o acionista controlador deve exercer o seu poder de maneira legítima e equitativa, não oprimindo nem prejudicando os interesses da sociedade controlada. Não pode o acionista controlador utilizar o seu poder em detrimento de alguma companhia controlada; cada sociedade deve atuar buscando a consecução de seu próprio interesse e objeto social. (EIRIZIK, 2011).

Extrai-se da Lei de S.A. a classificação das sociedades que compõem o grupo de fato entre coligadas, controladoras e controladas. Conforme inteligência do §1º do art. 243 do citado diploma legal, coligadas são as sociedades em que uma delas, pelo menos, participa de maneira decisiva nas definições das políticas financeiras ou operacional, sem exercer controle. Em Nota Explicativa à Instrução nº. 469, de 02 de maio de 2008, a Comissão de Valores Mobiliários exemplifica as evidências de influência na administração da coligada, a partir das normas internacionais de contabilidade:

- a) Participação nas suas deliberações sociais, inclusive com a existência de administradores comuns;
- b) Poder de eleger ou destituir um ou mais de seus administradores;
- c) Volume relevante de transações, inclusive com o fornecimento de assistência técnica ou informações técnicas essenciais para as atividades da investidora;
- d) Significativa dependência tecnológica e/ou econômico-financeira;
- e) Recebimento permanente de informações contábeis detalhadas, bem como de planos de investimento; ou
- f) Uso comum de recursos materiais, tecnológicos ou humanos.

Na mesma nota explicativa, a CVM apresenta também as considerações da *International Financial Reporting Standards IAS-28* acerca da caracterização da influência significativa de uma sociedade sobre outra coligada, o que restará evidenciado quando:

- a) Representação no órgão de direção ou órgão de gestão equivalente da investida;
- b) Participação em processos de decisão de políticas, incluindo a participação em decisões sobre dividendos e outras distribuições;
- c) Transações materiais entre o investidor e a investida;
- d) Intercâmbio de pessoal de gestão; ou
- e) Fornecimento de informação técnica essencial.

Controladora, de acordo com Bulhões Pedreira (2009), é a sociedade titular de direitos de sócio que lhe asseguram, diretamente ou através de outras controladas, permanentemente, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade controlada. Essa definição decorre da conjugação dos arts. 116 e 243, §2º, da Lei nº. 6.404/76.

Diferente da figura das sociedades coligadas, o liame entre controladora e controlada é justamente o poder de controle, não apenas participação societária. O controle pode ser direto ou indireto, como explica Bulhões Pedreira:

O controle é direto quando a controladora é titular de direitos de sócio da controlada que lhe asseguram poder de controle desta. O controle direto não pressupõe a maioria dos votos (metade mais um do total), mas pode ser exercido com menos da metade das ações com voto se as ações dos acionistas controladores são de propriedade de dois ou mais acionistas. O controle é indireto quando a controladora tem o controle direto de uma ou mais sociedades que, por sua vez, possuem – em conjunto – a maioria dos votos em outra sociedade controlada. O controle indireto é fenômeno peculiar ao grupo de sociedades porque pressupõe a estrutura hierarquizada de sociedades que o caracteriza. (PEDREIRA, 2009).

A lei equipara a sociedade controladora ao acionista controlador, como elucida Eizirik (2011), para evitar a prática de abusos. Conforme explica, caracteriza abuso de poder de controle o ato de conduzir a sociedade controladora a favorecer outra, ou de contratar outra companhia, diretamente ou através de terceiros, em condições de favorecimento ou não comutativas. Como, objetivamente, salienta Prado (2005), nos grupos de fato, o interesse da sociedade isolada deve ser respeitado, sob pena de configurar abuso do poder de controle e conflito de interesses. Deste modo, consoante o disposto no art. 246 da Lei de S.A, a sociedade controladora tem a responsabilidade de reparar perdas e danos causados à companhia controlada em decorrência de ato considerado como

manifesto abuso de poder.

Prado (2005) esclarece que, em geral, as sociedades que formam grupo de fato devem observar a disciplina aplicável às sociedades isoladas, salvo as seguintes circunstâncias por ela enumeradas: responsabilidade dos administradores (art. 245), relatório da administração e demonstrações financeiras (art. 243, *caput*, e 247 a 250), vedação de participações recíprocas (art. 244), obrigação de reparação de danos pela controladora à controlada (art. 246), subsidiária integral, constituição e funcionamento (arts. 251 a 252) e incorporação de controlada por controladora (art. 264).

Toledo (2014) chama a atenção, também, para a proibição de confusão patrimonial entre controladora e controlada, situação que é conhecida, em estudos internacionais, como *tunneling*. Por exemplo: se a sociedade controladora determina que o patrimônio de uma das companhias seja utilizado para solver obrigações assumidas por outras, caracteriza-se uma relação promíscua que prejudica, sobretudo, os credores daquele cujo patrimônio foi expropriado, assim como os interesses e direitos dos acionistas minoritários da sociedade que teve a devida destinação de seu patrimônio violado.

É importante ressaltar que se preserva a autonomia das sociedades que compõem o grupo de fato, bem como os interesses individuais, não só para proteção dos acionistas minoritários, mas especialmente, em razão de seus credores. Deste modo, em situações com *tunneling* ou manobras que visam prejudicar o direito dos credores, a alternativa é se valer da descon sideração da personalidade jurídica¹⁰.

Por fim, impende salientar que não há responsabilidade solidária entre as sociedades do grupo sobre as obrigações assumidas por quaisquer uma delas. Como não há previsão legal, igualmente, não há como pressupor a solidariedade entre as sociedades de

¹⁰ EMENTA: EXECUÇÃO - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS - GRUPO FAMILIAR - CONDUTA FRAUDULENTA - OCORRÊNCIA - DECISÃO MANTIDA. 1. A descon sideração da personalidade jurídica da empresa executada pode ser decretada nos autos da própria ação de execução, o que não requer a citação prévia da executada que não foi encontrada no endereço de sua sede, haja vista que somente depois de decretada a descon sideração da personalidade jurídica é que se faz necessária a expedição de mandado para a citação de terceiros, inclusive dos sócios que devam ser incluídos no polo passivo, os quais poderão indicar à penhora bens pertencentes à sociedade, ou efetuar o pagamento da dívida, ou manejar eventual instrumento processual na defesa de seu direito. 2. Caracterizada a gestão familiar de duas sociedades empresárias, fato evidenciado em razão de consecutivas e suspeitas transferências de cotas, com a alternância de sócios, tem-se por inegável a existência de um mesmo grupo econômico, sendo evidente a confusão patrimonial a permitir a declaração da descon sideração da personalidade jurídica, de forma a atingir todos os envolvidos na relação. 3. A manobra ardilosa dos sócios fica mais evidente quando se verifica dos autos elemento de prova a demonstrar que as pessoas jurídicas veiculavam, em conjunto, no mesmo folder, ambas as marcas, dando a entender a unidade destas. (MINAS GERAIS, 2012).

um mesmo grupo¹¹. “Não se pode dizer que haja um passivo comum a todo o grupo, nem, conseqüentemente, que os ativos de cada uma das sociedades integrantes possam servir para solver as obrigações assumidas pelas demais sociedades” (TOLEDO, 2014).

Diante da ausência de definição legal, os grupos de fato são identificados por um conjunto de elementos que indicam a integração entre sociedades, sob um objetivo ou comando comum, tratando-se de estruturas atípicas cujos direitos, obrigações e limites de atuação não estão formalmente convencionados.

2.2.2. Grupo de direito

O grupo de direito é criado a partir da união de patrimônio e personalidades jurídicas distintas de sociedades que se integram, através de um contrato ou convenção, por um mesmo propósito, como bem explica a lição de Nelson Eizirik:

O grupo de direito constitui modalidade de organização empresarial que combina pluralidade jurídica com unidade econômica, na medida em que é constituído por sociedades jurídica e patrimonialmente independentes, que respondem apenas por suas próprias obrigações, mas, administrativa, política e economicamente, unidas para viabilizar a consecução de um interesse geral. (EIZIRIK, 2011).

Os grupos societários de direito podem ser divididos entre: (a) grupo de subordinação e (b) grupo de coordenação. A primeira espécie é concebida como grupo de sociedades propriamente ditas, na qual se pressupõe a existência de uma controladora que tem em seu poder a unidade de direção e controle dos outros componentes. A segunda, abordada em capítulo próprio da Lei de S.A., é reconhecida como consórcios e, neste caso, não há unidade de controle e direção, mas as empresas se obrigam às cláusulas e condições do pacto firmado com as demais.

A convenção ou contrato do qual se origina o grupo de direito deverá estipular condições para sua constituição e extinção, além de cláusulas que determinam a admissão de outras sociedades ou a retirada dos componentes.

A sociedade controladora ou que exercerá o comando do grupo deve ser brasileira e, também, estar sob o controle de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil ou

¹¹ O fato de sociedades empresárias, com personalidade e patrimônios próprios e distintos, pertencerem ao mesmo grupo econômico, por si só, não as torna solidárias nas respectivas obrigações, o que somente pode ocorrer em casos excepcionais e devidamente fundamentados, a teor do disposto no art. 50 do Código Civil. [...]. (MINAS GERAIS, 2017).

pessoas jurídicas de direito público interno, direta ou indiretamente.

Como toda e qualquer relação entre os componentes e o próprio grupo deverão estar amparados em contrato ou convenção, exige-se que o instrumento seja arquivado em Registro Público de Empresas Mercantis, conforme explica Elzirik:

O grupo somente considera-se constituído após o arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos: (i) convenção; (ii) atas de assembleias gerais ou de instrumentos de alteração contratual de todas as sociedades que tiveram aprovado a sua criação; e (iii) declaração autenticada do número de ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades dele integrantes são titulares em cada companhia filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle da sociedade filiada.

Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes deverão ser arquivadas na Junta Comercial das respectivas sedes as atas de assembleia ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção. As certidões de arquivamento dos referidos documentos no Registro Público de Empresas Mercantis deverão ser publicadas, observado o disposto no art. 289, a fim de conferir ampla publicidade à constituição do grupo de sociedades perante terceiros. (ELZIRIK, 2011).

O registro não garante personalidade jurídica ao grupo, portanto, a representação se faz através das sociedades que o compõem perante terceiros, consoante os estatutos sociais e contratos de cada um dos componentes.

Como foi dito, a sociedade ao decidir por integrar o grupo, conforma-se em atender, preponderantemente, o interesse geral, de modo que os administradores das sociedades integrantes da “coletividade grupal”, sem qualquer prejuízo de suas atribuições, prerrogativas e responsabilidades, deverão acatar a orientação geral estabelecida pelos administradores do grupo, desde que não importe em violação à lei ou à convenção. Trata-se de “assegurar a uniformidade política e administrativa que caracteriza o grupo de sociedades.” (EIZIRIK, 2011).

Os atos dos administradores, com efeito, devem ser motivados, razoáveis e proporcionais, visando a atingir as finalidades da convenção. Também não se admitirá o favorecimento de outras sociedades coligadas ou controladas, não integrantes do grupo de direito. (VARGAS, 2066)

Não há, no ordenamento jurídico, norma específica que disponha sobre a responsabilidade passiva entre as sociedades que integram o grupo de direito. Como a lei preserva a autonomia de cada uma delas, continuam a ser titulares dos direitos e obrigações contraídos em seus nomes.

2.3. Elementos que identificam os grupos societários

Estudados mesmo que de forma superficial os grupos societários no direito brasileiro, verificam-se alguns elementos que os caracterizam.

Fábio Konder Comparato (1977) define que o grupo de empresas constitui em si mesmo, uma sociedade, uma vez que possui os três elementos fundamentais de toda a relação societária, quais sejam, a contribuição com esforços ou recursos, a atividade para buscar fins comuns e a participação nos lucros ou prejuízos.

Em que pese a grande dificuldade de se estabelecer uma definição jurídica, fato é que o critério geral para a identificação do grupo, apesar da imensa dificuldade de assim fazê-lo, é a unidade de direção, que se materializa com uma coordenação interempresarial com objetivos comuns, uma unidade diretiva.

Trata-se, portanto, de elemento essencial do grupo uma vez que, se inexistente, as empresas estariam liberadas para cada uma trilhar o seu caminho de acordo com as suas determinações e vontades próprias, aspectos que retirariam a integração empresarial necessária para que um grupo possa ser considerado como tal.

Em suma, Fábio Konder Comparato Filho (2008) define que a direção única é uma forma de exercer o poder, em maior ou menor grau, definindo a orientação empresarial das demais sociedades do grupo. Este é o elemento que diferencia o grupo da situação de mera dependência.

O C. STJ definiu o grupo de sociedades, equiparando a “unidade gerencial” a “unidade de direção” como seu elemento de identificação:

Pertencendo a empresa devedora a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica. (BRASIL, 2008).

Deve-se haver, portanto, algo mais do que a simples direção administrativa comum. Necessário identificar que referida direção está umbilicalmente ligada ao poder de controle, que representa uma conduta ativa na gestão das atividades das sociedades agrupadas.

O poder de controle também é outro elemento característico dos grupos de sociedades, mas este se atrela à participação de cada acionista no capital social de determinada sociedade.

A ilustrada Professora Viviane Muller (2005) define que o poder de controle decorre da participação de sociedade no capital social de outra sociedade, legitimando sua unidade econômica. Defende a autora que o poder de controle é salutar para o exercício de coordenação das atividades das sociedades isoladas, mas sozinho (sem unidade de direção) não é suficiente para identificar o grupo.

O controle societário é um fenômeno que, dada sua extrema variabilidade, é melhor conceituado como uma noção mais de fato do que de direito.

Para o direito societário, a palavra *controle* encontra-se estreitamente ligada a dominação, a imposição da vontade própria a outrem ou, como dizem Alfredo Lamy Filho e José Bulhões Pedreira:

O controle se apresenta, pois, como a face dinâmica da propriedade, e aparece sempre que existe um patrimônio cujo titular se encontra na impossibilidade física de geri-lo – como ocorre em toda pessoa jurídica; daí entender-se o controle como o direito de dispor de bens alheios como se fosse seu proprietário. É o fenômeno fundamental da economia moderna, menos interessada no titular da riqueza do que na disciplina de quem a controla. O controle, em resumo, é o poder de dominação da empresa, de eleger os ocupantes dos órgãos da administração, e determinar a ação da sociedade. (FILHO; PEDREIRA, 1991).

Assim, aquele que controla uma sociedade impõe sua vontade aos atos deste ente jurídico.

De toda sorte, é certo que do comando da Lei 6.404/76, identifica os dois objetos a que se refere o vocábulo “Grupo”, um conjunto de sociedades empresariais e a unicidade de controle e direção a que todas elas estão submetidas e, assim, vinculadas, o que denominou como comando¹².

Em regra geral, o exercício do poder de controle deve intencional a unidade e coordenação de todas as sociedades controladas, de forma a influenciar nas respectivas administrações e direcionando a uma estratégia unificada para o conjunto de sociedades.

2.4. Autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a limitação da responsabilidade

Como sabido, um dos efeitos naturais da personificação da sociedade, a partir do arquivamento de seu ato constitutivo no registro próprio, é o de obter a sua autonomia patrimonial e autonomia importa em deter patrimônio distinto daquele pertencente aos

¹² Vide art. 265, §1º e art. 266 da Lei nº 6.404/76.

sócios.

Em linhas gerais, somando-se a personificação societária à limitação de responsabilidade dos sócios, tem-se um mecanismo jurídico que visa a incentivar os particulares a desempenharem atividades econômicas, o que interessa a todos inclusive ao Estado, com a criação de empregos e recolhimento de tributos.

Fabio Ulhoa Coelho (2009) também atribui grande importância, sendo, segundo ele, a base do direito societário, fundamental, na medida em que limita a possibilidade de perda nos investimentos mais arriscados.

Assim, não só possível como importante para o desenvolvimento da atividade econômica que empreendedores constituam sociedade segregando seu patrimônio pessoal do patrimônio social e limitando sua responsabilidade ao capital investido, o que ocorre, por exemplo, na sociedade limitada, na medida em que funciona como um importante redutor do risco empresarial incentivando o empreendedorismo, o que, numa sociedade capitalista que tutela a iniciativa privada, é algo de extrema grandeza.

Trazendo os princípios à adequação do tema estudado, as sociedades que compõem os grupos, sejam estes de fato ou de direito, por lei, também devem manter autonomia patrimonial. Definitivamente, o fato de uma sociedade pertencer a um grupo não pressupõe, por consequência lógica, que haja confusão patrimonial entre elas e os demais membros daquele.

Nos grupos de fato, objeto de maior enfoque neste trabalho, o controle sobre a autonomia patrimonial é ainda mais necessário, na medida em que a administração e a organização do grupo não devem ser confundidas com o patrimônio das sociedades que o compõem, vez que a formação de grupo apenas se justifica para a segregação dos riscos da controladora. Assim, não faz o menor sentido que os riscos da atividade econômica sejam individualizados, se o patrimônio é único.

Assim, de grande relevância a autonomia patrimonial, que tem caráter de credibilizar a operação empresarial fazendo com que investidores sintam-se atraídos, sem, contudo, comprometer ou vincular o patrimônio dos sócios ou de demais sociedades de determinado grupo.

3. DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A introdução no direito brasileiro do mecanismo da “Recuperação da Empresa”, através da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, evidenciou o reconhecimento do legislador pátrio da fundamental importância de se assegurar a preservação das empresas brasileiras para que pudessem continuar cumprindo sua função social como fonte de geração de empregos e de negócios, de recolhimento de tributos, e, fundamentalmente, de estímulo à atividade econômica.

Diferentemente do superado instituto da concordata, seja ela preventiva ou suspensiva, a recuperação judicial modernizou as relações entre as empresas devedoras e seus credores, possibilitando o pagamento da dívida acumulada e a continuidade desse relacionamento, por meio inteligente, estruturado em um plano de recuperação a ser aprovado pelos próprios credores e acompanhada por um administrador judicial.

A recuperação judicial da empresa é, entretanto, o resultado da evolução do Direito – essa ciência dinâmica -, que remonta, inclusive, aos primórdios do direito romano. Seu conceito, portanto, não é experimento insipiente. Sabe-se que, na Roma antiga, através da *indutia quinquennialis*, o devedor civil de boa-fé que alegasse transitoriedade de suas dificuldades financeiras e demonstrasse a possibilidade de satisfazer seus credores em determinado lapso temporal, podia pedir ao imperador a dilação de prazo de até cinco anos para sanar suas obrigações pendentes.

No direito comparado, houve fundamental esforço para o afastamento da decretação irracional da quebra do empresário honesto, como forma punitiva de sua insolvência. Surgiu, assim, no direito belga, em 1883, a *concordat preventif*, posteriormente introduzida no Brasil, em 1890, pelo Decreto 917. Outros tantos países regulamentaram aquele mecanismo de salvaguarda empresarial, como a Itália em 1903 e a França, em 1889, com a regulamentação da *liquidation judiciaire*, assim como a Alemanha, em 1935, com a regulamentação da *lei do acordo*. Nos Estados Unidos, a reorganização societária que assegurasse a continuidade da empresa foi normatizada em 1934 e, posteriormente, ratificada no *Chandler Act* de 1938. (UNCITRAL, 2012).

Diversos países, mais modernamente, aprimoraram seus mecanismos de salvaguarda de empresas insolventes, esculpindo o que hoje se reconhece como “recuperação judicial”. Fonte de inspiração da atual LRE brasileira, os Estados Unidos promulgaram, em 1978, o *New bankruptcy Code*, com revisão ocorrida em 1994, onde se

regulamentou, entre outros, o conceito de “reorganização da empresa” (*Corporate Reorganization*), que é alcançada pela aprovação dos credores do plano apresentado pela empresa devedora (*disclosure statement*). Em 1985, nessa linha, a França regulamentou sua “lei de recuperação e liquidação judiciária da empresa”. De igual modo, Portugal, em 1986, regulamentou o seu “Processo Especial de Recuperação da Empresa e da Proteção aos Credores” e, em 1993, promulgou o seu “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência”. A Argentina, em 1995, também o fez para conservação das empresas devedoras economicamente viáveis, mediante a proposição de um plano aprovado pelos credores.

De forma cada vez mais universal, os favores de dilação de prazo, outrora concedidos ao devedor insolvente, muitas vezes favorecendo o seu enriquecimento oportunístico em desfavor dos credores, foi substituído por um mecanismo de recuperação moderno, abrigado pelo conceito de preservação da empresa honesta e viável sob o consentimento das partes diretamente interessadas em sua continuidade, agora guiados por um plano de recuperação.

A Lei 11.101/2005 (LRE), ao tratar da recuperação judicial, objetivou, assim, superar o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária, com o objetivo de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a manutenção da fonte produtora de bens, serviços, empregos, tributos, renda, além de assegurar a satisfação, ainda que parcial e/ou em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e, ao final, permitir a reabilitação do empresário e da sociedade empresária.

O exercício do direito de sanear o estado de crise econômico-financeira em que se encontra o empresário e a sociedade empresária, com a finalidade de salvar o negócio, manter o emprego dos trabalhadores, respeitar os interesses dos credores e reabilitar-se, se sujeita ao atendimento de determinados pressupostos e requisitos, formais e materiais.

Colacionar um trecho da obra de Mamede é de grande valia neste momento:

A proteção da empresa, portanto, não é mera proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas também proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a produção de riquezas. Aliás, não apenas o empreendedor, o empresário, mas também terceiros que mantenham relações negociais com a empresa e cujos direitos e interesses possam ser também afetados pela função social da empresa. [...]. (MAMEDE, 2010, p.54).

Vale aqui ressaltar que os conflitos privados, de cunho eminentemente patrimonial, entre devedores e credores, no âmbito do Direito Concursal, extrapolam os interesses de credor e devedor, estendendo e abarcando interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que devem ser considerados pelos devedores, pelos credores e, em especial, pelo Poder Judiciário.

Não é por outro motivo que Jorge Lobo, discorrendo acerca do tema, leciona que:

Para alcançar esse múltiplo escopo e para atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um equanimemente, ao invés do confronto entre o devedor e seus credores, impõe-se a cooperação; ao invés do litígio, a conciliação; ao invés da apologia dos direitos pessoais, a luta para a realização dos fins comuns; ao invés da busca egoística e intransigente dos interesses individuais, a busca de soluções solidárias e equitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão-de-obra, produtora e distribuidora de bens e serviços, criadora de riquezas e de prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos e interesses dos credores. (LOBO, 2007, p. 127).

Corroborando o entendimento Gladston Mamede:

(...) as obrigações civis do empresário ou sociedade empresária são atraídas para o juízo universal. Abandona-se o individualismo das relações drásticas, ou seja, relações jurídicas duais ou bilaterais (credor/devedor), para que seja estabelecido um foro comum, submetendo os interesses e direitos individuais aos interesses coletivos. (MAMED, 2010, p.29).

A recuperação se desenvolve, portanto, pela apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores e homologado pelo juízo, implica em novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, cabendo aqui destacar o instituto como um instrumento capaz de reestruturar uma empresa em crise, permitindo sua sobrevivência.

Podemos concluir que a Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei nº. 11.101/05 – tem como finalidade preservar a atividade econômica empresarial, dando as empresas em crise mais fôlego, permitindo sua existência por mais tempo, garantindo os postos de trabalho e ampliando o mercado de crédito, a continuidade da circulação de

riquezas produzidas pela empresa e o cumprimento das obrigações assumidas com os credores.

Inobstante, outras dificuldades que aqui não são o tema central como a velocidade na tomada de decisões, os elevados custos para se levar adiante um processo dessa natureza, bem como a de se obter créditos novos têm interferido no sucesso do benefício judicial da recuperação judicial no Brasil, fazendo com que pouco mais de 5% (cinco por cento) das recuperandas alcancem seus objetivos e de fato permaneçam no cenário econômico cumprindo sua função social.

Mas, considerando que o ponto central deste trabalho gira em torno da possibilidade de se postular recuperação judicial tendo no polo ativo sociedades de determinado grupo societário de fato, necessário adentrarmos ao tema do litisconsórcio, conforme se verá adiante.

4. O LITISCONSÓRCIO SEGUNDO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil manteve a autorização para, no mesmo processo, duas ou mais pessoas, em conjunto, ativa e passivamente, litigarem. No entanto, Marinoni e Arenhart advertem que, embora uma forma de cumulação subjetiva, o litisconsórcio tem características peculiares:

Em verdade, ocorrerá cumulação subjetiva no processo quando se tiver, em um dos polos da relação jurídica processual, mais de um autor ou mais de um réu. Para que essa cumulação possa caracterizar-se como litisconsórcio é preciso que tal multiplicidade de sujeitos vincule os sujeitos componentes do polo de alguma forma, através de certa afinidade entre eles. Assim, não seria possível considerar como litisconsórcio a ação de consignação em pagamento proposta por “A”, em face de dois supostos credores da dívida, fundada na dúvida sobre qual deles deverá legitimamente receber o crédito (arts. 895 e 898 do CPC). Como é evidente, nessa ação, os dois sujeitos passivos da demanda (que figuram como réu da ação) não têm afinidade entre si, possuindo “pretensões” antagônicas relativamente ao crédito, visando, cada qual, a excluir a “pretensão” do outro sobre o valor. Já, por outro lado, a ação de cobrança em face de dois devedores, relativamente à obrigação assumida por ambos, seria hipótese típica de litisconsorte. (AENHART; MARINONI, 2015)

O litisconsórcio pode figurar também como uma espécie de cumulação objetiva, ou seja, a presença de várias ações no mesmo processo. “A formação do litisconsórcio, então, na grande maioria das vezes, responderá a uma conveniência de aceleração e decisão uniforme aos conflitos de interesse” (idem).

Manoel Antônio Teixeira Filho conceitua litisconsórcio como “a aglutinação, originária ou superveniente, voluntária e coacta, de pessoas, em um ou em ambos os polos da mesma relação processual, nos casos autorizados por lei.” (FILHO, 2015). O conceito proposto revela os principais parâmetros, eleitos pela doutrina, para classificar as espécies de litisconsórcio. Conforme o polo que situa no processo, o litisconsórcio pode ser denominado como ativo ou passivo. Já, de acordo com a obrigatoriedade de sua formação pela lei e essencialidade para o desenrolar da demanda, poderá ser identificado como facultativo ou necessário.

O Novo Código de Processo Civil manteve as hipóteses de cabimento do litisconsórcio, preservadas as seguintes possibilidades quando: (a) entre as pessoas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; (b) entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; e, (c) ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. Literalmente, o NCPC suprimiu somente a letra do inciso II

do art. 46 do Estatuto Processual Civil revogado, embora a inteligência tenha sido mantida no texto vigente.

Marinoni e Arenhart (2015) explicam que, conquanto sejam estes os pressupostos mínimos para formação litisconsorte, a presença de uma das hipóteses citadas não é suficiente para informar a espécie de litisconsórcio que está a se tratar, pois o litisconsórcio necessário exige, ainda, verificar uma das situações retratadas no art. 114 do CPC: (a) determinação legal ou (b) quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devem ser litisconsortes¹³.

Outra classificação de grande relevância proposta pelo Estatuto Processual Civil é a distinção entre litisconsórcio unitário ou simples. Segundo o texto da lei, será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes. Deste modo, “os pares serão considerados como uma unidade frente ao outro polo do processo. Isto porque a decisão da causa tem de ser uniforme para todos os litisconsortes”. (ARENHART; MARINONI, 2015, p.171).

Em contraposição a uniformidade característica do litisconsórcio unitário, a modalidade tida como simples guarda a cada litigante um tratamento distinto e, desta maneira, a possibilidade de diversas decisões, num mesmo ato sentencial, em relação a cada um dos litisconsortes. “Isso significa que cada litisconsorte poderá praticar, por si, os atos processuais que interessem à defesa do direito de todos, ou deixar de praticar tais atos, sem que isso acarrete prejuízos ou benefícios aos demais” (FILHO, 2015, p. 131).

Contudo, Marinoni e Arenhart (2015) revelam que, na realidade, qualquer que seja a modalidade litisconsorcial, simples ou unitária, os atos dos litigantes interferem de alguma maneira na situação dos outros. Afinal de contas, “não se pode esquecer que o que está em exame é uma coisa só, e que, ao menos, os litisconsortes se ligam, uns aos outros, por afinidade de questões, calcadas em idênticos pontos de fato ou de direito”.

¹³ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - MUNICÍPIO - INOCORRÊNCIA - PROVA PERICIAL - DESNECESSÁRIA. - Existe litisconsórcio necessário, por força do disposto no art. 47 do CPC, quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. [...]. (MINAS GERAIS, 2017).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - VENDA DE FUNGICIDA FALSIFICADO - FABRICANTE E VENDEDOR DO PRODUTO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - DESISTÊNCIA DA AÇÃO EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS - CONTESTAÇÃO APRESENTADA - ANUÊNCIA DO RÉU - NECESSIDADE - ART. 485, §4º, DO CPC. Haverá litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. Em se tratando de litisconsórcio necessário, o autor deverá requerer a citação de todos os litisconsortes, sob pena de extinção do processo, segundo dispõe o paragrafo único do art. 115 do CPC/2015. Depois de oferecida a contestação, a desistência da ação depende da anuência do réu (art. 485, § 4º, do CPC/2015). (MINAS GERAIS, 2017).

4.1. A possibilidade de Litisconsórcio Ativo em Ação de Recuperação Judicial na ausência de previsão na Lei 11.101/2005

Passados os capítulos anteriores em que se tratou do grupo societário, suas formas, fundamentos e requisitos, como também o instituto da Recuperação Judicial e seus principais objetivos, passamos a analisar, sob a ótica do direito processual, aplicado de forma subsidiária, se a união de sociedades de fato no polo ativo da demanda judicial é possível no processo recuperacional.

Como sabido, a Lei 11.101/2005 não disciplinou a possibilidade do pedido de recuperação judicial apresentado por mais de um devedor, entretanto, são inúmeros os casos de litisconsórcio ativo em recuperação judicial, na grande maioria das vezes embasados por simples conceito genérico de “grupo econômico”, de forma visivelmente inapropriada, o que vem gerando consequências maléficas ao bom andamento dos processos que visam o soerguimento de grandes conglomerados empresariais.

Trata-se de omissão do legislador que prejudica sobremaneira os operadores do direito e causa significativa insegurança jurídica para todos os atingidos pelo processo de recuperação judicial.

Inobstante a ausência de referência legal à formação de litisconsórcio ativo entre sociedades do mesmo grupo societário de fato, a aplicação do Código de Processo Civil aos procedimentos de recuperação - expressamente prevista no artigo 189 da Lei 11.105/2015 – permite que a figura seja utilizada e que favoreça o ajuizamento de processo único de recuperação judicial para lidas com múltiplas devedoras.

Sobre o tema, observa Fábio Ulhoa Coelho que:

[...] 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 as requisitos legais de acesso à medida judicial. (COELHO, 2010, p. 139).

Segundo Candido Rangel Dinamarco:

Evita-se a produção de decisões conflitantes quanto a diversos sujeitos em diversos processos e otimiza-se o processo como instrumento destinado a oferecer à sociedade os máximos resultados úteis que dele se possam extrair (processo civil de resultados), fazendo-se uma vez só o que talvez precisasse ser feito separadamente, em processos separados. (DINAMARCO, 2010, p. 69).

Toledo critica a omissão do legislador, mesmo após tantos anos depois da vigência da Lei n. 11.101/2005, que parece desconhecer a realidade e as necessidades econômicas das empresas.

Os juízes, chamados a dizer o Direito, vêm contribuindo para o equacionamento desses problemas, com a construção de uma jurisprudência que, até certo ponto, responde aos reclamos dos agentes econômicos. De início recalcitrante, hoje algumas posições já podem ser consideradas definidas. (TOLEDO, 2010, p. 349).

A omissão da lei e a atuação diligente dos juízes, como destacado por Toledo (2010), admitem a aplicação subsidiária da norma de direito processual comum que legitima, de maneira ativa, o pedido de recuperação judicial formulado por todas ou parte das sociedades integrantes do grupo. Neste sentido, a ementa do julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁴.

Para tanto, necessário que as características e as peculiaridades do grupo societário sejam analisadas criteriosamente de antemão, sobretudo, para que eventuais conflitos de competência ou prejuízos aos credores e sócios minoritários sejam evitados.

No entanto, há vozes contrárias ao processamento em conjunto, na recuperação judicial, das sociedades que compõem o mesmo grupo societário, como retratam as ponderações de Refinetti:

Em termos práticos, esses processos já nascem com milhares de páginas e com os transtornos que isso acarreta para o juízo e para os jurisdicionados. Nesse contexto, não se sabe (ou, a princípio, é difícil saber) qual das empresas arroladas efetivamente passa por crise econômico-financeira a justificar o pedido de recuperação judicial, até mesmo porque, em não poucos casos, aglomeram-se, no mesmo pedido, empresas dos mais diversos ramos de atuação, dos mais simples aos mais complexos (a justificativa que vem nesses requerimentos são, normalmente, genéricas e tratam, basicamente, de supostos problemas

¹⁴ EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - GRUPO ECONÔMICO DE FATO - CONFIGURADO - REUNIÃO DOS PROCESSOS. - O princípio da preservação da empresa, pode ser entendido como aquele que visa recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores. - É inegável que nas relações comerciais atuais, a estrutura das empresas passou por alterações profundas, isto é, as empresas mantêm seu patrimônio e personalidade jurídica próprios, contudo, estão intimamente ligadas com outras pessoas jurídicas, formando grandes e complexos grupos econômicos. - Como a lei 11.101/05 não disciplina a possibilidade de litisconsórcio ativo no pedido de recuperação judicial, cabe a utilização do artigo 46 do Código de Processo Civil, o qual viabiliza a pluralidade de pessoas no pólo ativo quando houver comunhão de direitos e obrigações, o que parece existir na hipótese dos autos, uma vez que a atividade desempenhada pelas sociedades está vinculada a um núcleo comum de produção. - Conflito negativo de competência rejeitado, declarado competente o juízo suscitante para julgamento dos pleitos em conexão. (MINAS GERAIS, 2015).

conjunturais que se tenta aplicar a todas elas).

[...]

Até momento [...] desconhecem-se critérios ou parâmetros razoavelmente coerentes e uniformes para responder a tais questionamentos, seja porque os devedores (e os credores) tratam essas situações das mais variadas maneiras a depender de suas respectivas conveniências (quem, ao votar, aprova o plano e quem, ao votar, desaprova-o), seja porque, também aqui, a jurisprudência vacila e titubeia ao sabor de tais conveniências. (REFINETTI, 2016).

Toledo adverte que, embora admitido o litisconsórcio ativo, é de caráter também facultativo, “*ou seja, as sociedades do mesmo grupo podem apresentar pedido de recuperação conjuntamente, em litisconsórcio, como uma faculdade, não obrigatoriamente.*” (TOLEDO, 2012). Desta feita, o resultado do processo pode não ser o mesmo para todas as sociedades, tal como a aprovação do plano, deferimento da recuperação, etc.

Nessa esteira, adverte Ricardo Brito Costa que, na recuperação judicial, não se impõe uma decisão uniforme para todas as recuperandas:

[...]algumas delas, por exemplo, podem não preencher os requisitos estabelecidos na Lei nº 11.101/2005 para o deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial, o que não inviabiliza, contudo, o acolhimento do pedido quanto às demais empresas em litisconsórcio. (COSTA, 2009, p. 177).

Outrossim, a adoção do litisconsórcio ativo, conquanto se afigure como usual alternativa na recuperação judicial, é situação que exige cautela e análise ponderada caso a caso, de acordo com as características do grupo e das sociedades que lhe compõem.

Impende, ainda, destacar que serão analisados os requisitos para legitimação ao pedido de recuperação judicial de cada uma das sociedades que pretendam compor o polo ativo da ação.

Da mesma forma, a petição inicial deverá esclarecer o estado de pré-insolvência de cada uma das sociedades, ou seja, “*os motivos que a levaram à crise patrimonial, econômica e financeira*” (COELHO, 2014); e estar acompanhada de distintas demonstrações contábeis e relatórios, relações de credores, relações de empregados e demais documentos exigidos por lei, respectivamente, de todas as sociedades agrupadas.

Ao abordar com lucidez o tema, Ricardo Brito Costa conclui:

A formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, a despeito da ausência de previsão na Lei nº 11.101/2005, é possível, em se tratando de empresas que integrem um mesmo grupo econômico (de fato ou de direito). Nesse caso, mesmo havendo empresas do grupo com operações concentradas em

foros diversos, o conceito ampliado de 'empresa' (que deve refletir o atual estágio do capitalismo abrangendo o 'grupo econômico'), para os fins da Lei nº 11.101/2005, permite estabelecer a competência do foro do local em que se situa a principal unidade (estabelecimento) do grupo de sociedades. O litisconsórcio ativo, formado pelas empresas que integram o grupo econômico, não viola a sistemática da Lei nº 11.101/2005 e atende ao Princípio basilar da Preservação da Empresa. A estruturação do plano de recuperação, contudo, há de merecer cuidadosa atenção para que não haja violação de direitos dos credores (COSTA, 2009, P. 182)

Posto isso, supletivamente, cabe à doutrina e à jurisprudência o papel de suprir a omissão do legislador, o que vem em velocidade aquém da que o momento de crise econômica notória instalada em nosso País necessita.

A realidade não pode aguardar o nascimento de novas normas jurídicas, e as necessidades econômicas das empresas devem ser satisfeitas com o instrumental jurídico existente.

A partir daí forçoso reconhecer que a possibilidade de recuperação de grupos societários, em litisconsórcio, já está pacificada em nossos Tribunais¹⁵. No entanto, necessário que a adoção desta possibilidade, em razão das consequências a serem advindas, ocorra com cautela. Em nome da segurança jurídica, não se pode permitir teses sem qualquer fundação técnica e jurídica, cujo propósito é somente reunir ativos, passivos e credores sem critérios e garantias.

Deste modo, como destacado a seguir, o tratamento conjunto da recuperação judicial de grupo de sociedades se dará de duas formas: a primeira delas é conhecida como consolidação processual, onde se alinham aspectos meramente processuais, permitindo-se o processamento conjunto do processo recuperacional das sociedades que compõem o grupo; a segunda, através da consolidação substancial, medida que resulta na unificação de ativos e passivos das sociedades que compõe o grupo societário.

¹⁵ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. LITISCONSÓRCIO ATIVO. POSSIBILIDADE. PLANO DE RECUPERAÇÃO. APRESENTAÇÃO E VOTAÇÃO CONJUNTAS. IMPOSSIBILIDADE. A Lei nº 11.101/05, embora silente, não veda a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, especialmente quando as recuperandas integram um mesmo grupo econômico de fato, composto pela mesma formação societária e orientado pelo mesmo controle diretivo. O litisconsórcio ativo, contudo, não autoriza a apresentação unificada do plano de recuperação e tampouco a sua votação conjunta, sob pena de ofensa ao princípio do *pars conditio creditorum*. Recurso conhecido e desprovido. (MINAS GERAIS, 2016).

5. DA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL

Entende-se por consolidação processual o agrupamento de sociedades no polo ativo da recuperação judicial, quer dizer, a formação de litisconsórcio ativo na respectiva ação pelos membros de um mesmo grupo societário de fato ou de direito.

Trata-se de ferramenta, oriunda do termo americano¹⁶ *procedural consolidation*, que possibilita o processamento conjunto da recuperação judicial das empresas pertencentes ao mesmo grupo societário. A partir de casos de *reorganization* envolvendo grupos societários, a jurisprudência norte-americana passou a discutir o conceito de *procedural consolidation* e *substantive consolidation*, tema que foi discutido por diversos estudiosos e técnicos ao redor do mundo, a fim de promover uma construção análoga àquela denominada *disregard of the doctrine* (aqui conhecida como desconsideração da personalidade jurídica), que somente seria aplicável para fins concursais.

Mesmo aqui não cabendo estender a pesquisa a outros sistemas jurídicos, mesmo porque o objetivo não é oferecer um estudo comparativo, o Direito Argentino, com base na *Ley de Concursos y Quiebras/LCQ (ley 24.552/1995)* dispõe o “concurso preventivo” em caso de recuperação judicial de grupos, mas não atribuiu a estes legitimidade ativa e nem mesmo capacidade postulatória, sendo os legitimados seus integrantes. A petição inicial deve ser formulada por “*todos los integrantes del agrupamento, sin exclusiones*”¹⁷, cada um em um processo distinto, *presumindo-se* que a crise atinge todo o grupo, e não somente a alguns de seus componentes, uma vez que todos devem formular o pedido¹⁸.

Infelizmente, mais uma vez, nosso legislativo foi omissivo sobre o tema quando da elaboração da Lei 11.105/2005, não regulando nem o pedido de recuperação pelo grupo em si, bem como aquele formulado em conjunto por diversas partes interessadas.

Independentemente do silêncio do legislador no aspecto, classifica-se a consolidação processual como um eficaz instrumento de economia processual, pois o processamento em conjunto resulta, conseqüentemente, na unificação de certos atos e

¹⁶ O termo é traduzido a partir do original *procedural consolidation*, utilizado na doutrina internacional sobre o tema. Cogitou-se utilizar o adjetivo procedimental ao invés de processual, pois a consolidação aqui proposta não diz respeito apenas a temas da relação processual, como legitimidade ativa e foro, mas talvez principalmente a atos e ordens sequenciais comuns, como a utilização de documento único para apresentação de plano de recuperação. Muito embora se pudesse pensar que o termo procedimento representa bem a unificação proposta, na medida em que ele se refere ao conjunto de atos ordenados que compõem o processo, acredita-se que a referência a “processo” seja mais adequada [...] Sobre o tema, vide, por todos, Cândido R. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 25-32.

¹⁷ Cf. *Ley 24.552/1995*, art. 65, segunda alínea.

¹⁸ Cf. *Ley 24.552/1995*, art. 65.

medidas, o que imediatamente reduz as despesas com a ação judicial e o dispêndio da máquina Judiciária.

Além disso, certamente, contribui para a eficiência jurisdicional, pois a decisão será provida a um só tempo para várias sociedades, solucionando inúmeros conflitos de diversos interesses.

Assim, a consolidação processual objetiva o alinhamento das mais diversas fases da marcha processual da recuperação judicial das devedoras integrantes do mesmo grupo societário. Permite, também, a tomada de medidas e prazos processuais de forma conjunta, exatamente visando o tratamento único no campo processual, tratando-se de mera medida administrativa que visa à redução de custos no momento de maior arrocho financeiro da empresa em crise.

Como exemplo, havendo a consolidação processual a consequência natural é a de nomeação de um administrador judicial; as listas de credores e os editais, ainda que apresentados separadamente por sociedade recuperanda, são publicados conjuntamente, fluindo-se prazo para divergências, impugnações e habilitações ao mesmo tempo, há clara facilidade na troca de informações sobre a situação financeira das devedoras, dentre outras vantagens tanto para as sociedades integrantes do polo ativo da demanda quanto para os credores, desde que a demanda, sendo distribuída no foro adequado, não prejudique os direitos dos credores. Ou seja, o objetivo imediato é tutelar o direito de todos os integrantes da relação processual recuperacional, de modo que o objetivo mediato e principal é garantir, com a preservação das empresas do grupo, a geração de empregos, recolhimentos de tributos, enfim, da manutenção da atividade enquanto socialmente importante para o desenvolvimento.

Inobstante, embora o litisconsórcio seja vantajoso e aceito na maioria dos casos, existem situações em que o processamento em conjunto não é deferido por questões incidentais, como o conflito de competência¹⁹.

¹⁹ EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE FALÊNCIA - PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO GRUPO ECONÔMICO - ART. 3º DA LEI Nº 11.101/2005 - PRINCIPAL ESTABELECIMENTO - INCIDENTE NÃO ACOLHIDO. 1. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência, o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.101/2005. 2. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "principal estabelecimento do devedor" deve ser interpretado como sendo o local mais importante da atividade empresária, no qual esteja concentrado o seu maior volume de negócios. 3. Se a ação de falência foi distribuída perante Juízo incompetente, não se aplica a regra do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/2005. 4. O principal estabelecimento da empresa Acoption Andaimes Ltda e do grupo econômico ao qual pertence situa-se na Comarca de Contagem, que é o Foro competente para o julgamento do pedido de recuperação judicial desta. 5. Incidente não acolhido. (MINAS GERAIS, 2015).

Assim, a análise de viabilidade da consolidação processual deve ser feita caso a caso, de acordo com as peculiaridades de cada grupo societário que necessite do benefício legal da recuperação judicial.

Nos ensinamentos de Sheila C. Neder Cerezetti:

[...] impõe-se o reconhecimento das vantagens da consolidação processual, muito embora também se possa reconhecer ser ela dotada de limitado alcance, na medida em que não tem o condão de fortemente influenciar os direitos subjetivos das partes do processo de recuperação judicial.” (CEREZETTI, 2015, p. 752).

Entretanto, embora a consolidação processual não signifique consolidação substancial, alguns juízes e as próprias recuperandas, por intermédio de seus procuradores constituídos, ignoram as peculiaridades de cada sociedade, seus respectivos credores, ativos e passivos, tratando-os de forma una, automática e atécnica desde a fase inicial do processo ajuizado conjuntamente.

Também, merece destaque o fato de que nem sempre os credores se insurgem contra a questão no âmbito da recuperação judicial, o que faz com que a discussão sobre o cabimento e as consequências da recuperação judicial em conjunto não seja aprofundada, fato que contribui negativamente para o amadurecimento do tema.

Assim, não há dúvidas de que a consolidação processual apresenta suas vantagens, mas somente no campo processual vez que a consolidação, como já vista, é meramente administrativa, no sentido de se tomar medidas e prazos de forma conjunta.

Já a consolidação substancial, como será evidenciada adiante, não se confunde com a processual.

Embora reunidas em um mesmo polo e estabelecidas entre elas um liame fático-jurídico, o magistrado ou os credores integrantes do processo poderão ignorar as peculiaridades e singularidades de cada uma das sociedades, inclusive sua autonomia patrimonial, para lhes conferir tratamento indistinto, um só para todos, mas, para tanto, necessário avaliar a excepcionalidade da medida vez que se utilizada de forma banalizada, tende a contribuir maleficamente à construção jurisprudencial e ao bom andamento do processo de recuperação judicial.

6. DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Compreendido o instituto da consolidação processual, verifica-se não apenas sua utilidade, mas também os seus limites.

Como visto no capítulo acima, a consolidação processual é medida cabível em casos em que se vislumbra, de forma inequívoca, a formação de grupo, seja ele de fato ou de direito, sobretudo visando a tão almejada celeridade do processo e, ainda, a economia processual, além de buscar, de acordo com o novel Código de Processo Civil vigente, maior segurança jurídica ao evitar decisões contraditórias.

Entretanto, trata-se de medida meramente administrativa e no campo processual, que não importa automaticamente na união de ativos e passivos entre as sociedades integrantes do grupo societário.

Como já estudado anteriormente, alicerçado nos princípios da autonomia patrimonial e preservação das personalidades jurídicas das sociedades, credores e devedores devem ser vistos individualmente, exatamente como se fossem processos diferentes, mas que apenas se processam em conjunto.

Já a consolidação substancial, diferentemente da anteriormente abordada, tem por objetivo ir além de uma solução apenas processualmente única.

Trata-se de medida inicialmente desenvolvida também pela jurisprudência norte-americana, a partir da expressão *substantive consolidation*, consistindo, em linhas gerais, na consolidação das atividades concursais e ativos das sociedades, que passam a responder perante todo o conjunto de credores, desconsiderando-se, a partir daí o fato de que cada devedora teria gerado um passivo específico²⁰.

De fato, há casos que exigem a unificação substancial e não apenas processual, seja em decorrência de provado abuso e desvio de finalidade das personalidades jurídicas das sociedades, que aqui chamamos de disfunção societária, seja também como forma de superar a crise com mais eficiência.

Em relação à primeira hipótese, de abuso e desvio de finalidade das personalidades jurídicas, necessário percorrer rapidamente sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo não sendo aqui o momento adequado para abordar com profundidade referida figura.

²⁰ A origem da consolidação substancial no ordenamento norte-americano bem indica a aproximação ente uma e outra medida (HERZOG, 1693, p.21), mas o afastamento entre as duas foi posteriormente afirmado por Blumberg (1985, p. 429-432) e Elkin (2013, p. 246-247).

Parece-nos importante deixar claro que a consolidação substancial não pode ser confundida com a desconsideração da personalidade jurídica, apesar da semelhança guardada entre os institutos.

Como já estudado, a autonomia patrimonial é efeito obtido com a personalização e se justifica pela própria natureza das pessoas jurídicas.

Entretanto, é papel do Judiciário, independentemente do avanço legislativo no aspecto, alinhar-se às necessidades da vida em sociedade para, excepcionalmente, afastar a autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade, quando se abusa da personalidade visando à fraude.

Hoje, a legislação brasileira admite a desconsideração da personalidade jurídica em casos específicos que são delimitados pelo artigo 50 do Código Civil, bem como por outros diplomas em que sua aplicação é mais contundente, muitas das vezes a partir de apreciação de poucos requisitos que autorizam a sua utilização, como de exemplo o artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se, portanto, de ferramenta que visa à inibição de fraudes perpetradas por acionistas e administradores das sociedades, a partir do desvio de finalidade da sociedade, bem como de sua autonomia patrimonial.

Importante asseverar que a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica não tem por finalidade à eliminação da pessoa jurídica, mas o afastamento provisório da separação patrimonial, a fim de se saldar determinada obrigação inadimplida. Em linhas gerais, é este o racional.

Rubens Requião, em sua obra Curso de Direito Comercial, define tratar-se de “declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo a mesma incólume para outros fins legítimos.” (REQUIÃO, 2003, p. 74).

Assim, verifica-se que há, de fato, certa aproximação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a consolidação substancial, que se justifica pela excepcionalidade da sua adoção²¹, mas é preciso deixar claro que a primeira é eficaz apenas para o específico fim de satisfação de um determinado crédito, cuja medida tem por objetivo afastar temporariamente a personalidade jurídica de uma sociedade, visando estritamente à satisfação daquela obrigação.

Já a segunda e aqui mais importante, ocorre apenas para lidar com os créditos

²¹ Sobre o que se acredita ser a correta interpretação do princípio da preservação da empresa. Vide CERZETTI, Sheila Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência.** São Paulo. Malheiros. 2012. p.203-216.

sujeitos à recuperação judicial em que ela é adotada, podendo se dar de duas formas, conforme será demonstrado ao longo deste capítulo.

Importa-nos dizer que a consolidação substancial, apesar de não ser idêntica à desconsideração da personalidade jurídica, somente é cabível quando os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica estiverem cristalinos. Ou seja, necessariamente deve restar provado que houve a citada disfunção societária na condução dos negócios das sociedades grupadas, na maioria dos casos identificada em período anterior ao ingresso do pedido de recuperação judicial. Em segunda hipótese, quando os credores assim deliberarem, por entenderem ser medida de rigor para a superação da crise econômica que afeta as sociedades.

A consolidação substancial, então, tem como finalidade garantir que o processo de reorganização societário seja bem sucedido, tanto pela ótica do credor, que poderá ter como garantia, mesmo que parcial, o patrimônio do grupo para a satisfação de seus créditos, quanto em benefício da própria manutenção da atividade empresarial, no caso de se encontrar solução única para a crise grupal instalada.

Em verdade, o que se busca com a consolidação substancial não é privilegiar uma ou outra devedora integrante do grupo, nem mesmo qualquer credor, mas, sim, a organização como um todo, que reúne diversos interesses, tratando-se o instituto de solução conjunta para determinada crise que, se não socorrida a tempo por tal medida, tende a ser de difícil ou impossível superação²².

Justifica-se a excepcionalidade da medida vez que, muito embora agrupadas, tratam as sociedades de entes com personalidade jurídica e patrimônios independentes, de acordo com os princípios que norteiam as pessoas jurídicas.

Como já tratado em capítulo próprio, a simples existência de grupo societário não importa, no ordenamento jurídico brasileiro, ao afastamento completo da personalização de seus componentes, vez que a lei brasileira não acolheu as teses de obrigação solidária ou subsidiária no campo do direito comercial, devendo-se, obrigatoriamente, ser observada a autonomia patrimonial e a independência das personalidades jurídicas, ainda que em

²² A opção por aqui se abordar em detalhes apenas a consolidação e não outros instrumentos utilizados em situações de insolvência de companhias grupadas não significa necessária preferência pelo emprego daquela em prejuízo destes. A título exemplificativo pode-se mencionar, como um dos outros instrumentos aventados no Direito estrangeiro, a atribuição de responsabilidade, no próprio curso do procedimento concursal da controlada, à sociedade controladora por alguns débitos da controlada. Fácil perceber que esta medida se aproxima mais da clássica hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Para uma revisão geral de instrumentos adotados em países como a Austrália, a Inglaterra, a Nova Zelândia. Vide FINCH, Vanessa. **Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles**. 2ªed. Cambridge. 2009. p-587-596.

grupos de direito, conforme preceitua o artigo 266 da Lei das S.A.²³.

Como medida adotada excepcionalmente, necessária uma análise rigorosa pelo Poder Judiciário e respectivos credores, sobretudo porque ultrapassa os limites legais da autonomia patrimonial, aniquilando as barreiras existentes entre as sociedades do grupo societário, ignorando a independência de cada uma delas misturando os ativos e os passivos se das sociedades como se uma fosse.

Constata-se, assim, que os grupos societários são formados a partir de uma ideia de divisão de riscos, de maneira que cada pessoa jurídica se apresente perante terceiros como única, respondendo apenas pelas obrigações por ela mesmo adquiridas.

A partir daí, permitindo-se a consolidação substancial, caminha-se no sentido de se permitir que as dívidas concursais e os ativos de determinado grupo societário sejam unificados como se inexistissem as peculiaridades impostas pela presença da autonomia patrimonial que circunda todas as pessoas jurídicas.

Assim, a consolidação substancial é motivo de grande discussão, tratando-se de tema polêmico e atual, mas ainda no campo jurisprudencial e acadêmico, afinal, o legislador ficou-se silente sobre sua aplicabilidade no processo recuperacional.

Na prática, tem-se verificado que a consolidação substancial acaba sendo utilizada automaticamente pelas recuperandas de determinado grupo, conduta atrelada ao desconhecimento técnico do assunto por todos os atores do processo, que sequer avaliam se realmente estão presentes os requisitos ensejadores da consolidação substancial para então aplicá-la.

Tudo isso ocorre porque no Brasil, raras são as varas especializadas em falência e recuperação judicial, o que faz com que a consolidação processual e substancial sejam acolhidas sem o cuidado devido e como se fossem uma coisa só. Tal aplicação desenfreada faz com que seus efeitos sejam nefastos em muitos casos, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

Inobstante, sua aceitação ocorre somente em duas situações específicas. A primeira via determinação judicial é chamada de consolidação substancial obrigatória. A segunda é chamada de consolidação substancial voluntária porque a deliberação é feita pelos credores, conforme será estudado a seguir.

²³ Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos. (BRASIL, 1976).

6.1. Formas de Consolidação substancial

6.1.1. Consolidação substancial obrigatória por declaração judicial

Segundo ensinamentos de Sheila Cerezetti (2015), cabe destacar que a consolidação processual em muito se diferencia da chamada consolidação substancial. Esta, ao contrário daquela, não diz respeito apenas ao processamento conjunto de demandas, mas à adoção de meio de recuperação que não observe os limites da autonomia patrimonial de cada uma das recuperandas.

Ocorre que, na grande maioria dos casos, o próprio Poder Judiciário determina a consolidação substancial obrigatória, mas utilizando como base de fundamentação uma consequência natural da consolidação processual e do consequente litisconsórcio ativo facultativo, conduta que se revela maléfica ao bom andamento dos processos e da própria construção doutrinária e jurisprudencial da aplicação do direito estrangeiro, já que utilizado de forma deturpada.

Assim, necessário dizer que se determinadas sociedades integrantes do grupo societário atuam de forma nociva a ponto de se confundirem como se fossem uma, inclusive para fraudar credores, devem, também, ser tratadas, sob a ótica do Direito Concursal da mesma forma, para os específicos fins de soerguimento e reorganização empresarial.

Significa dizer que a consolidação substancial se justifica sempre que restar comprovado que os elementos caracterizadores da desconsideração da personalidade jurídica estejam presentes no grupo antes mesmo de seu ingresso no campo do Direito Concursal, por meio do processo de recuperação judicial.

Como de exemplo, imaginemos que um grupo societário de fato composto por 05 (cinco) sociedades anônimas, “A”, “B”, “C”, “D” e “E”, pouco antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo facultativo verifica que a sociedade “D” está menos exposta a risco e possui, em relação a todo o grupo, o menor montante de dívidas e garantias fidejussórias. Então, verificadas as condições de cada uma delas, os controladores resolvem por transferir, de inopino, os ativos das sociedades “A”, “B”, “C” e “E” para a sociedade “D”, no intuito de fraudar os credores originários das sociedades “A”, “B”, “C” e “E” e aprovar, via deliberação assemblear, propositadamente, somente o plano da sociedade “D”, deixando que a falência atinja as demais integrantes do grupo, que agora estão sem seus ativos essenciais para fazer frente a todas as dívidas do grupo, inclusive de

seus credores originários, afinal, foram esvaziadas, de forma fraudulenta, com a transferência dos ativos para a sociedade “D”.

Assim questiona-se: Qual o procedimento correto a ser adotado pelos credores, administrador judicial, ministério público ou mesmo pelo próprio Judiciário no curso do processo de recuperação judicial, ao se depararem com referida situação?

Neste caso, a denominada disfunção societária, que nada mais é que a função deturpada da sociedade deve ser provada no processo. Ou seja, pode o credor, o administrador judicial, o ministério público ou ainda a própria administradora judicial submeter à apreciação do juiz a consolidação substancial obrigatória nos autos da recuperação judicial, ao fundamento de que, antes mesmo do ajuizamento da medida recuperacional, as citadas sociedades componentes do grupo já não mais detinham sua autonomia patrimonial.

Veja que no exemplo acima, houve clara transferência fraudulenta de ativos visando à fraude contra os credores das sociedades “A”, “B”, “C” e “E”, que por sua vez integram um grupo societário de fato.

Além disso, houve clara confusão patrimonial ao tentarem encobrir patrimônio próprio debaixo de outras pessoas jurídicas menos expostas em relação às dívidas do grupo, o que nos leva à conclusão lógica de que todos os credores das demais sociedades do grupo seriam duramente afetados com a manobra ilegal das pretensas recuperandas, que poderia, inclusive, fazer com que os credores quirografários das demais sociedades nada recebessem em virtude da fraude perpetrada, somente a título de exemplo.

Portanto, ao analisar o pedido de aplicação da consolidação substancial obrigatória, ato inclusive privativo do juízo da causa, deve averiguar o Poder Judiciário sobre eventual ilegalidade na condução dos negócios empresariais, em flagrante desrespeito aos princípios básicos que regem a condução de sociedades distintas, ainda que concatenadas em forma de grupo.

Assim, somente nesta ocasião poderá o juiz decidir pela aplicação da consolidação substancial obrigatória, vez que somente cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade nos processos recuperacionais, sendo vedado a este se imiscuir noutros pontos específicos, como de exemplo, a viabilidade ou inviabilidade econômica das recuperandas integrantes do grupo²⁴.

²⁴ Destaca-se entre eles recente julgado relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão: “DIREITO EMPRESARIAL. CONTROLE JUDICIAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Cumpridas as

Cabe deixar claro que é papel do juiz analisar a distribuição do processo conjuntamente, como também a necessidade e conveniência da medida excepcional da consolidação substancial. Decorre daí, então, que é defeso ao juiz concursal deferir pedidos de consolidação substancial caso não restem comprovadas as hipóteses de abuso da personalidade jurídica entre as devedoras, com alicerce também no artigo 50 do Código Civil, ressalvada a hipótese de consolidação substancial voluntária.

Outra forma de se apurar a disfunção societária está inserida quando ativos e passivos das devedoras de determinado grupo societário encontram-se entrelaçados de tal maneira que não se pode segregá-los, o que faz com que o Judiciário, na maioria das vezes, aplique a consolidação substancial.

Para tanto, é necessário que os bens integrantes dos ativos do grupo estejam tão interligados a ponto de que manobras de deslocamento dos ativos, por si só, caracterizem a confusão patrimonial, conforme artigo 50 do Código Civil, como abuso da personalidade jurídica.

Noutro norte, se não houver a clara confusão patrimonial visando o abuso da personalidade jurídica, mas, tão somente questões periféricas que importem na mera dificuldade de distinção dos patrimônios de cada sociedade, poderiam os credores evitar maiores desgastes e gastos com a investigação para enxergarem a segregação patrimonial, optando pela consolidação substancial voluntária, que nada mais é que a deliberação assemblear no sentido de aprovar que assim seja daquele momento para frente, conforme

exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa. De fato, um vértice sobre o qual se apoia a referida lei é, realmente, a viabilidade econômica da empresa, exigindo-se expressamente que o plano de recuperação contenha demonstrativo nesse sentido (art. 53, II). No entanto, se é verdade que a intervenção judicial no quadrante mercadológico de uma empresa em crise visa tutelar interesses públicos relacionados à sua função social e à manutenção da fonte produtiva e dos postos de trabalho, não é menos certo que a recuperação judicial, com a aprovação do plano, desenvolve-se essencialmente por uma nova relação negocial estabelecida entre o devedor e os credores reunidos em assembleia. Realmente, existe previsão legal para o magistrado conceder, manu militari, a recuperação judicial contra decisão assemblear - cram down (art. 58, § 1º) -, mas não o inverso, porquanto isso geraria exatamente o fechamento da empresa, com a decretação da falência (art. 56, § 4º), solução que se posiciona exatamente na contramão do propósito declarado da lei. Ademais, o magistrado não é a pessoa mais indicada para aferir a viabilidade econômica de planos de recuperação judicial, sobretudo daqueles que já passaram pelo crivo positivo dos credores em assembleia, haja vista que as projeções de sucesso da empreitada e os diversos graus de tolerância obrigacional recíproca estabelecida entre credores e devedor não são questões propriamente jurídicas, devendo, pois, acomodar-se na seara negocial da recuperação judicial. Assim, o magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, na I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ, foram aprovados os Enunciados 44 e 46, que refletem com precisão esse entendimento: 44: "A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade"; e 46: "Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores." (BRASIL, 2014).

se verá no próximo capítulo.

Caberia, então, ao Poder Judiciário, fazer referido controle de legalidade, considerando que nosso modelo de procedimento de recuperação judicial é submisso à vontade do credor?

A resposta é objetiva, no sentido de que o caminho mais eficaz para salvaguardar os interesses de todos os atores envolvidos no processo, de forma mais isonômica, é do Poder Judiciário, porque este, quando instado, deverá prestar sua atividade jurisdicional de modo a verificar a existência ou não do abuso da personalidade jurídica perpetrado por determinadas sociedades integrantes de grupo de fato em processos de recuperação judicial.

A posição privilegiada do Judiciário no aspecto é salutar, porque, do contrário, a tendência é que, incidentalmente ao processo de recuperação judicial, vários pedidos de desconsideração pontuais sejam ofertados pelos credores, fazendo com que o patrimônio de outro ente do grupo seja afetado para a satisfação de créditos concursais daquele, o que representará severo prejuízo àquele credor original da sociedade atingida, o que não é razoável se verificarmos o objetivo conjunto do procedimento recuperacional.

De todo modo, importante asseverar que mesmo se a consolidação substancial obrigatória for aplicada, em teoria as sociedades permanecem juridicamente independentes, o que importa aqui dizer que a consolidação dar-se-á apenas no âmbito material e dentro da recuperação judicial, mas, sendo adotada todas seguem a mesma sorte, de modo que se o plano não for aprovado, a pena capital da falência se estenderá a todas as integrantes do grupo.

Portanto, visando dar tratamento igualitário aos credores é essencial que ao Judiciário caiba o papel de analisar os requisitos para a aplicação da consolidação substancial obrigatória, exatamente porque o controle da legalidade é função do Poder Judiciário, e que não se sujeita a interpretações subjetivas.

Por outro lado, necessário que os profissionais que lidam com o tema saibam que a estratégia de se ajuizar pedidos de recuperação judicial de forma conjunta, digo, em litisconsórcio ativo, pode gerar consequências devastadoras ao grupo, caso haja, no curso do processo, a determinação judicial de consolidação substancial dos ativos e passivos das recuperandas, afinal, uma tem condão meramente processual, mas que pode debandar para a esfera substancial se detectada alguma anomalia jurídica, fazendo com que haja o insucesso do projeto de recuperação até para sociedades viáveis dentro do grupo.

6.1.2. Consolidação substancial voluntária via deliberação e aprovação assemblear

Como acima estudado, a consolidação substancial obrigatória somente pode ser reconhecida pelo Poder Judiciário se presentes os requisitos do artigo 50 do Código Civil vigente.

Todavia, a despeito da não comprovação dos requisitos para a apreciação, pelo Poder Judiciário, acerca da aplicação da consolidação substancial obrigatória, será possível, caso seja de interesse dos credores, pela consolidação substancial voluntária.

Quando se diz voluntária é porque sua aplicação está diretamente ligada à vontade dos credores de assim deliberarem em assembleia, por exemplo, ao verificarem que um determinado plano somente possa ser cumprido se as empresas se unirem, e que tal união seja mais vantajosa para a superação da crise econômica que perpassa o grupo societário, obviamente após iniciativa de formação do litisconsórcio pelas devedoras com o ajuizamento em conjunto do pedido.

Ainda, podem optar pela possibilidade de a consolidação se dar apenas com relação a determinados credores ou mesmo em relação a ativos pontuais, tratando-se esta de consolidação substancial parcial, que tem utilização tímida no Brasil.

Nas palavras de Sheila Cerezetti:

[...] dado que a Lei 11.101/2005 optou por atribuir aos credores a decisão acerca da viabilidade da empresa, ao conceder a eles o poder de determinar a aprovação ou desaprovação do plano, correto também a eles permitir que, face a uma realidade grupal, aceitem a proposta das devedoras de que o plano envolva os ativos e os passivos de todas elas como se de apenas uma se tratasse [...]. (CEREZETTI, 2015).

Para sua deliberação, preceitua a Lei 11.101/05 que o peso do voto dos credores é proporcional ao seu crédito devidamente inscrito no quadro geral de credores. Assim, a votação acerca da consolidação substancial voluntária deve respeitar, por analogia, esta intenção do legislador.

Inobstante, a deliberação assemblear também deve respeitar a autonomia de cada sociedade, bem como seus credores diretos, de modo que a votação seja separada, por recuperanda. Importa dizer com isso que somente se a maioria dos credores de todas as sociedades recuperandas, conjuntamente, manifestarem suas vontades e aprovarem a consolidação, poderá haver sua aplicação.

Assim, se não houver a aprovação pela maioria dos credores de determinada sociedade do grupo, obrigatoriamente caberá a todas as recuperandas a apresentação de planos individuais ou único, mas não unitário, com separação total dos ativos e passivos, exatamente em respeito aos princípios da autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade da pessoa jurídica.

Nesse sentido, merece referência a seguinte ementa, oriunda do Agravo de Instrumento nº. 1.0024.13.308608-2/001, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - GRUPO ECONOMICO - PLANO ÚNICO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE. É possível a recuperação judicial em litisconsórcio ativo, desde que presentes elementos que justifiquem a apresentação de plano único, bem como a posterior aprovação de tal cúmulo subjetivo pelos credores. Havendo uma empresa já apresentado seu plano de recuperação, estando a recuperação judicial em estágio avançado, não há que se falar em aproveitamento do plano pela outra. Logo, mesmo que seja necessária a idealização conjunta de meios de recuperação de empresas, cada uma deverá, salvo melhor juízo, apresentar um plano individualizado, ao qual apenas os próprios credores poderão ser submetidos, em prestígio ao princípio da igualdade e da segurança jurídica. (MINAS GERAIS, 2014).

Inobstante a tal entendimento não só do Judiciário Mineiro, como também dos demais estados da Federação, verifica-se grande omissão no que se refere à forma de votação e apuração para se deliberar sobre eventual aplicabilidade da consolidação substancial voluntária.

Juridicamente, não podem os credores decidir sobre a viabilidade da consolidação em assembleia que, antecipadamente, não segregue os créditos a cada uma das recuperandas, sob pena de confusão patrimonial e diluição flagrante do poder do voto, devendo os credores, antes mesmo da assembleia, analisar os pesos que seu crédito possui face àquela sociedade com a qual contratou, e não em relação ao grupo societário como um só.

Em que pese referida separação de créditos por sociedade, é possível que haja a deliberação de pagamento de credores trabalhistas de todas as sociedades do grupo societário, sobretudo porque a própria Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, preceitua a responsabilidade solidária em relação aos débitos trabalhistas. Assim, eventual alienação de bens de determinada sociedade do grupo pode ser utilizado para o pagamento de toda a classe trabalhista do grupo. Trata-se de legislação especial.

Como bem definido por Sheila Neder Cerezetti, “*não se pode admitir que a tomada de decisão sobre os temas de tão elevada importância se dê com base nas maiorias menos rígidas do que aquelas exigidas para a decisão sobre a viabilidade da empresa em crise*”. (CEREZETTI, 2015, p.780).

De fato, ao decidirem sobre a consolidação substancial, estão os credores deliberando sobre um meio de recuperação, afinal, mesmo que os meios de soerguimento não estejam taxativamente enumerados no artigo 50 da Lei 11.101/2005 e no plano de recuperação proposto pelas recuperandas, a consolidação aqui estudada seria o meio estruturante para que os requisitos taxativos sejam aplicados, fazendo com que o plano seja exequível.

Assim, necessário que os credores tenham, antecipadamente, acesso a informações que visem a credibilizar a proposta de soerguimento a ser submetida à aprovação, sendo de grande risco que credores deliberem sobre assunto fundamental sem que contem com dados capazes de lhes permitir sólida formação do convencimento.

7. AS CONSEQUÊNCIAS PROCEDIMENTAIS E PROCESSUAIS DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Estudados, portanto, a viabilidade de ajuizamento de recuperação judicial por grupo societário, bem como a possibilidade de adoção da consolidação substancial, seja ela por decisão judicial ou por convenção dos credores reunidos em assembleia geral, respeitado, obviamente, o controle de legalidade em relação ao quórum exigido pela legislação na via voluntária, necessário percorrer quais seriam as próximas consequências e desdobramentos de sua utilização.

Assim, indaga-se: Qual seria o principal estabelecimento citado pelo artigo 3º da Lei 11.101/2005, para que seja fixada a competência para o processamento da recuperação judicial do grupo societário? Poderiam as recuperandas apresentar plano de recuperação unitário? Ou seja, um único documento a reger conjuntamente o pagamento dos passivos e a reestruturação das devedoras, sem consideração aos distintos ativos e passivos de cada recuperanda? Poderia o grupo apresentar relação de credores única? Como se daria a deliberação do plano em assembleia geral de credores; uma só votação ou votação por recuperanda?

Enfim, necessário analisar, diante do silêncio do legislador, o que entendeu a jurisprudência até aqui em casos concretos, conforme se verá adiante.

7.1. Principal estabelecimento do devedor como fixação da competência

Conforme preceitua o artigo 3º da Lei 11.101/2005, as demandas devem ser ajuizadas perante o juízo do *principal estabelecimento do devedor ou da filial em empresa que tenha sede fora do País*.

A partir desta fixação, necessário reconhecer que o artigo aplica-se a todos os institutos por ela regidos, seja na recuperação judicial, extrajudicial e à própria falência, tratando-se de tradicional dispositivo legal referido pela legislação concursal nacional, que tanto foi objeto de estudos pela doutrina e jurisprudência ao longo dos anos.

Entretanto, considerando a existência de múltiplos estabelecimentos de uma mesma sociedade ou mesmo de sociedades integrantes de um mesmo grupo, a lei não trouxe um critério objetivo para a definição de qual deva ser considerado o “principal estabelecimento” de uma sociedade e, muito menos, de um grupo societário, deixando

espaço para que três teorias fossem surgindo para suprir a lacuna deixada pelo legislador.

Pela ótica do artigo 1.142 do Código Civil, estabelecimento é todo complexo de bens organizado para exercício da empresa, “*definido como instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de sua atividade*”. (FILHO, 1969, p. 75).

A primeira teoria é no sentido de que o principal estabelecimento é aquele informado no contrato ou estatuto social. Inobstante, referido critério não é o mais adequado vez que, havendo alteração da sede do contrato ou estatuto social, referido deslocamento afetaria diretamente na competência. Aliás, trata-se de estratégia fraudulenta usada por algumas sociedades em crise, exatamente no intuito de fixar a competência na comarca que melhor lhes convier, principalmente visando criar chicanismos processuais para ganhar tempo para perpetrar desvios, alienação e dilapidação de seu patrimônio ou do grupo doente financeiramente. (TZIRULNIK, 2005, p.85).

A segunda teoria criada a partir do silêncio do legislador define que o *principal estabelecimento* é onde se localiza a chefia da empresa e, *cumulativamente*, onde se verificam as operações negociais mais intensas, independentemente de previsão em contrato ou estatuto social, sendo o local do estabelecimento em que é realizada a administração e contabilidade da empresa, de onde se disparam as principais decisões²⁵. Em linhas gerais, o principal estabelecimento para a segunda teoria é onde são exercidas as atividades mais importantes e de onde partem as ordens estratégicas, financeiras e operacionais para as atividades da empresa, mas que não necessariamente seja a sede da empresa²⁶.

Verifica-se que, atualmente, referida segunda teoria tem sido aplicada pela jurisprudência brasileira, justamente considerando o principal estabelecimento o local onde as decisões mais relevantes são enfrentadas, tratando-se do local mais estratégico e com concentração de poder decisório da empresa.

Nesse sentido, merece referência a ementa abaixo, proferida pela 8ª Câmara Cível do E. TJMG, oriunda do Agravo de Instrumento nº 1.0525.13.017952-2/001 (1):

²⁵ Para Trajano de Miranda Valverde, a sede administrativa é identificada pelo “ponto central dos negócios, de onde partem todas as ordens, que imprimem e regularizam o movimento econômico dos estabelecimentos produtores. As relações externas com fornecedores, bancos, clientes, etc., realizam-se por seu intermédio. Na sede da administração é que se faz a contabilidade geral das operações, onde, por isso, devem estar os livros legais da escrituração, os quais, mais do que o valor pecuniário, ou a importância do estabelecimento produtor, interessam, na falência ou concordata, à Justiça”. (VALVERDE, 1962, p. 96-97).

²⁶ Trajano de Miranda Valverde (idem) já defendia que o foro competente para processamento da antiga Concordata seria o mesmo centro decisório da empresa em crise. Assim, na realidade, o entendimento da mencionada autoria foi retomado atualmente pela doutrina e jurisprudência.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PROCESSUAL CIVIL - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - FORO COMPETENTE - PLANTA FABRIL LOCALIZADA EM MINAS GERAIS - PRINCIPAL ESTABELECIMENTO - DECISÃO REFORMADA. 1. Nos termos do art. 3º da Lei nº 11.101/2005, é competente para processar o pedido de recuperação judicial o juízo do local em que situado o principal estabelecimento do devedor. 2. Considera-se principal estabelecimento aquele em que situada a planta fabril da devedora, no qual, além de se encontrar o maior número de empregados e demais credores, também é realizada toda a contabilidade do grupo empresarial. 3. Recurso provido. (MINAS GERAIS, 2014).

A terceira e última teoria defende que o principal estabelecimento é o economicamente mais relevante.

Por principal estabelecimento entende-se não a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora, a que vem mencionada no respectivo ato constitutivo, nem o estabelecimento maior física ou administrativamente falando. Principal estabelecimento, para fins de definição da competência para o direito falimentar, é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico. (COELHO, 2011, p. 73).

Vale enfatizar que o critério econômico deve ser interpretado de forma ampla e extensiva, no sentido de abarcar não só critérios patrimoniais e financeiros, como também onde se concentram as mais relevantes relações jurídicas da sociedade como contratos com fornecedores, contratos de trabalhos, dentre outros.

Em que pese as demais teorias estudadas terem contribuído sobremaneira para o crescimento dos debates no aspecto, a terceira e aqui estudada é a que mais ganha força na doutrina e jurisprudência pátria atualmente, o que de fato parece ser razoável, sobretudo pelo fato de se alicerçar no fundamento da concentração do maior volume de negócios, relações jurídicas e laborais da sociedade para a fixação da competência, o que se justifica ainda mais pelo fato de se evitar grandes transtornos para os credores hipossuficientes como os trabalhistas e microempreendedores, para o comparecimento às assembleias gerais de credores.

A propósito, a lição do doutrinador Waldo Fazzio Júnior:

O problema não é de singela conceituação ou de encontrar a expressão literal que melhor identifique o foro competente. Trata-se de questão prática e finalística. Cuida-se de precisar qual é o local mais adequado aos interesses da massa em recuperação, ou falida. [...]

Certamente, o direito empresarial abandonou o conceito ortodoxo de sede estatutária, no momento em que estatui a competência do juízo pela determinação do lugar onde o devedor possui seu principal estabelecimento, o

que constitui questão de fato, a ser apreciada em cada caso pelo juiz ao admitir ou não a competência de seu foro. (FAZZIO 2008, p. 55-56).

Nesse sentido, merece referência a ementa abaixo, proferida pela 4ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, oriunda do Conflito de Competência nº 0362325-76.2015.8.13.0000 (1):

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE FALÊNCIA - PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO GRUPO ECONÔMICO - ART. 3º DA LEI Nº 11.101/2005 - PRINCIPAL ESTABELECIMENTO - INCIDENTE NÃO ACOLHIDO. 1. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência, o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.101/2005. 2. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "principal estabelecimento do devedor" deve ser interpretado como sendo o local mais importante da atividade empresária, no qual esteja concentrado o seu maior volume de negócios. 3. Se a ação de falência foi distribuída perante Juízo incompetente, não se aplica a regra do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/2005. 4. O principal estabelecimento da empresa Acoplotion Andaimes Ltda e do grupo econômico ao qual pertence situa-se na Comarca de Contagem, que é o Foro competente para o julgamento do pedido de recuperação judicial. 5. Incidente não acolhido. (MINAS GERAIS, 2015).

No mesmo sentido, também já se pronunciou o STJ:

[...] 2. A qualificação de principal estabelecimento, referido no art. 3º da Lei n. 11.101/2005, revela uma situação fática vinculada à apuração do local onde exercidas as atividades mais importantes da empresa, não se confundindo, necessariamente, com o endereço da sede, formalmente constante do estatuto social e objeto de alteração no presente caso. [...]. (BRASIL, 2014).

A seu turno, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acompanhando o voto vencedor da Ministra-relatora, Dra. Nancy Andrichi, no Conflito de Competência nº 37736/SP, julgado pela Segunda Seção do STJ em 11/06/2003, envolvendo a empresa SHARP, analisou tal posicionamento rechaçando o argumento que conduz no sentido de que o principal estabelecimento seria definido pelo local onde estaria sediada a administração da empresa, expressando com veemência o seu entendimento: "Nessa situação, vejo o seguinte: em uma falência, a prioridade do legislador são os credores trabalhistas e fiscais. E vamos jogar isso por terra por causa de uma empresa cujos diretores vão morar, por exemplo, no litoral, ou em Petrópolis?" (TEIXEIRA, 2003).

Assim, trazendo para a ótica dos grupos de sociedades, verifica-se com facilidade que a análise da competência fica ainda mais embaraçada. Isso se dá pela completa imprecisão do termo “principal estabelecimento”, e também pelo fato de muitas das vezes

cada sociedade de determinado grupo estar sediada em um determinado lugar.

Certo é que, nos dias atuais, há divergência entre os critérios a serem estudados para que haja a correta fixação da competência Estadual para processar e julgar os processos de recuperação judicial.

Fato é que, no que se refere aos grupos, a primeira teoria perdeu espaço, basicamente se dividindo o entendimento entre a segunda e terceira teorias. A segunda, como vista, entende que principal estabelecimento é o centro decisório do grupo de sociedades, o que nem sempre é a sede administrativa da controladora. A terceira, de forma mais objetiva, defende que principal estabelecimento é o polo econômico do grupo societário.

Parece ser mais adequada a terceira teoria, que defende ser o principal estabelecimento do grupo o economicamente mais relevante e, portanto, aquele com maior quantidade de contratos, sejam eles de natureza consumerista, civil ou trabalhista.

Do ponto de vista recuperacional, ainda mais aplicável tal entendimento, vez que este é o local que tende a ser o de maior concentração de credores, que inclusive têm o papel de fiscalizar o processo e comparecer às assembleias sem grandes dificuldades.

A exceção deve ser aqui ressaltada, porque em casos de pedidos de falência pendente em comarca diversa àquela do estabelecimento principal, conforme artigo § 8º do artigo 6º da Lei 11.101/2015 torna-se prevento o juízo pela distribuição do pedido de falência, sendo vedado o ajuizamento de outro pedido de falência ou mesmo recuperação judicial em comarca distinta, obviamente relativo ao mesmo devedor.

Por tudo o que fora tratado no aspecto, não havendo entendimento uníssono nesse sentido, necessário que haja um juízo de ponderação ao magistrado, que a partir do silêncio do legislador, e com base na doutrina e jurisprudência, deve levar em consideração as peculiaridades de cada caso para estabelecer qual critério faz mais sentido em cada processo de recuperação, sopesando não só a concentração de credores como também eventuais credores hipossuficientes que não tem condições de acompanhar e comparecer aos atos públicos do processo de recuperação judicial.

7.2. O plano de recuperação judicial: único, individual ou unitário?

Segundo Tarcísio Teixeira, o plano de recuperação judicial consiste na estratégia traçada para se recuperar a empresa em crise. Esta estratégia pode ser traçada pelo próprio

empresário, advogado ou profissional contratado para tal fim. No mercado existem empresas especializadas em elaborar estratégias para a recuperação empresarial, as quais contam com profissionais de diversas áreas: contabilidade, economia, administração de empresas, direito, etc. (TEIXEIRA, 2012).

Assim, admitido como possível o processamento conjunto dos pedidos de recuperação judicial postulados por sociedades integrantes do mesmo grupo societário, necessariamente devemos percorrer sobre a forma de apresentação do plano de recuperação, restando saber se cada uma delas deve apresentar seu próprio plano, ou mesmo se um único, conjunto e abrangente poderia ser proposto aos credores.

Como já destacado neste trabalho, o fato de ter sido deferido o processamento conjunto do pedido de recuperação judicial de sociedades integrantes do mesmo grupo não importa, automática e obrigatoriamente, na apresentação do plano único, com as mesmas condições de pagamento, deságios, formas, cláusulas, muito menos que os recursos para o pagamento do estoque de dívidas sejam oriundos da mesma fonte.

O que no passado foi conveniente seja tributário, contábil ou mesmo de gestão, com a constituição de sociedades distintas para a execução das atividades econômicas do grupo, também deve prevalecer em tempos de crise, não podendo as recuperandas se valerem de uma denominada desconsideração da personalidade jurídica voluntária como estratégia para reestabelecerem sua saúde financeira, com a juntada de ativos e passivos no mesmo monte. A regra básica é esta.

Importa-nos dizer, então, que mesmo que haja o deferimento do litisconsórcio ativo, pelo princípio da autonomia patrimonial de cada sociedade em recuperação, e também pela própria indivisibilidade daqueles credores que assumiram um risco inerente a cada sociedade e não perante a todo o grupo, deve-se manter a segregação com a apresentação de planos individuais. Tal providência somente é dispensável caso tenha sido decretada ou aprovada a consolidação substancial, regra excepcional que já fora abordada neste trabalho. Neste caso, seja a consolidação “obrigatória” ou a “voluntária”, a apresentação de plano único, com previsões idênticas de pagamento e tratamento conjunto dos credores, é medida que se impõe.

Ocorre que, invariavelmente, as sociedades integrantes de grupo societário em recuperação judicial apresentam plano unitário para o grupo, independentemente de apreciação e posterior decisão judicial, ou mesmo sem o consentimento dos credores, o que faz com que os termos e condições do plano sejam únicos para todos eles.

Definitivamente, a aplicação da consolidação substancial jamais pode ser presumida, e muito menos pelas recuperandas, sobretudo porque tem o condão de mascarar as reais condições das recuperandas e seus ativos de forma pormenorizada, inclusive sendo objeto de ajuizamento propositado a fim de macular o processamento do procedimento recuperacional.

Portanto, necessário distinguirmos o plano único, o plano individual e o unitário, bem como a aplicabilidade de cada um deles, vez que relevantes para o caso em estudo.

7.2.1. Plano único

O plano único, como o próprio nome revela, é o documento oficial que traz ao processo as reais intenções e meios de cada uma das recuperandas para a superação da crise, com o conseqüente pagamento de seus credores. Ou seja, apesar de tratar-se de documento único, deve trazer cristalina distinção entre os ativos e passivos de cada recuperanda, mesmo que as demais condições sejam semelhantes.

Para melhor elucidação, cita-se como exemplo a situação de que, em determinada recuperação judicial de grupo societário de fato, cinco sociedades postulam o litisconsórcio ativo, o que é deferido pelo juiz, após analisados os requisitos necessários.

Assim, havendo, no prazo legal, a apresentação de plano único, referidas recuperandas poderão até apresentar aos seus credores meios e condições de pagamentos idênticas, mas desde que fique claro no documento quais os ativos de cada recuperanda serão destinados aos respectivos credores, o fluxo individualizado de pagamento, o prazo de carência, o deságio, a taxa de juros e sua projeção, o índice de correção monetária para cada recuperanda, dentre outras providências a serem inseridas na estratégia visando o seu soerguimento.

É salutar esta diferenciação em casos de plano único porque o objetivo do legislador, de respeitar a autonomia patrimonial entre as integrantes do polo ativo deve ser mantido, seguindo a mesma sorte a votação do plano, abrindo espaço para conseqüências distintas, vez que o insucesso na reprovação de um plano de recuperação de determinada empresa não importa, necessariamente, no mesmo infortúnio para as demais sociedades componentes.

Ou seja, a votação do plano único deve ser separada, ainda que na mesma assembleia, a apuração dos votos deve ser feita de forma segregada e independente de

modo que o plano seja votado pelos respectivos credores de cada recuperanda.

Assim, por conta dessa segregação é que as votações podem apresentar resultados distintos, podendo acontecer de uma das empresas não atingir o quórum de aprovação e ter sua falência decretada, enquanto outra sociedade do grupo tenha seu plano aprovado pela regra contida na Lei.

Exatamente pelo risco da possibilidade desse acontecimento se efetivar é que se torna imprescindível que o plano único apresente intenções individualizadas, porque, caso uma das empresas venha a ter decretada sua falência, o plano permanece exequível para os credores das demais sociedades integrantes do procedimento recuperacional, obviamente desde que aprovados por seus credores originários.

Cumpridas as exigências acima, mantém-se a autonomia patrimonial de cada empresa, jamais violando o princípio ao *par conditio creditorum*, vez que fora dado tratamento igualitário dos credores da mesma classe.

A recuperação judicial, como a própria Lei Especial que trata sobre o assunto, é um mecanismo legal previsto em face de sociedades isoladamente consideradas que devem, individualmente, reunir condições para dela se beneficiarem.

Apesar da possibilidade de pedido conjunto, cada sociedade deve atender aos requisitos legais, nos termos da doutrina de Fábio Ulhoa Coelho:

“A apresentação de plano conjunto pode mascarar as condições de cada postulante, além de esta circunstância violar o princípio da *par conditio creditorum*. Logo, não é razoável que, para o fim de alcançar um favor legal, o patrimônio de uma sociedade seja colocado à disposição de credores alheios a ela, que ao invés de concorrer apenas entre si, passam a disputar valores e direitos de votos em assembleia com credores de outras sociedades, alterando o poder de decisão de cada classe e a capacidade de pagamento de cada empresa”. (COELHO, 2011, p. 139).

Nesse sentido, merece destaque a decisão proferida pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Mineiro, oriunda do agravo de instrumento nº 1.0024.13.308608-2/001:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – GRUPO ECONOMICO – PLANO ÚNICO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE. É possível a recuperação judicial em litisconsórcio ativo, desde que presentes elementos que justifiquem a apresentação de plano único, bem como a posterior aprovação de tal cúmulo subjetivo pelos credores. Havendo uma empresa já apresentado seu plano de recuperação, estando a recuperação judicial em estágio avançado, não há que se falar em aproveitamento do plano pela outra. (MINAS GERAIS, 2014).

Nas lições de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, no artigo elaborado em obra coletiva:

“deve-se respeitar a individualidade de cada integrante do grupo. Lembre-se, a propósito, que o grupo não tem personalidade jurídica, mas é formado por pessoas jurídicas dotadas, conseqüentemente, de patrimônio próprio. Não há motivo algum para desconsiderar a personalidade jurídica destas, até porque o plano, especialmente quando se tratar de grupo de fato, não pode conter confusão patrimonial”. (TOLEDO, 2012, p. 351).

Destarte, nessa hipótese, o plano possui apenas uma união formal, sem qualquer tipo de união substancial, a despeito de seu conteúdo estar instrumentalizado (formalizado) num único documento. Nesse caso, cada uma das empresas recuperandas se responsabilizará com seu patrimônio individualmente perante seus credores originários. Com isso, não há que se falar em confusão patrimonial ou desrespeito às normas e princípios que regem as empresas que integram o grupo de sociedades.

7.2.2. Planos individuais

No tópico anterior viu-se que o plano único, com a correta segregação dos ativos e passivos das sociedades de um grupo em recuperação judicial, não pressupõe confusão patrimonial, tratando-se de mera reunião formal vez que cada sociedade traça seu plano para fazer frente a seus credores devidamente habilitados no processo.

Da mesma forma, observa-se que os planos individuais também respeitam a autonomia jurídica e patrimonial de cada pessoa jurídica integrante do grupo, mas a diferença é que são apresentados em documentos apartados, sendo exatamente um para cada recuperanda.

Portanto, a diferença entre os planos individuais e os planos únicos é formal, apenas, exatamente pelo fato de que seu conteúdo deve respeitar a segregação de cada sociedade, importando dizer aqui que cada plano deverá ter seus termos e condições.

Inobstante, a confusão quanto à nomenclatura se dá exatamente pela pouca importância dada ao tema no Brasil, fato que nos leva a interpretações equivocadas, o que não raras vezes também incorre o Poder Judiciário, inclusive por intermédio do Administrador Judicial.

Assim, plano único não deve ser intitulado como uma medida materialmente conjunta para a superação da crise, como, por óbvio, os planos individuais devem se

equiparar aos planos únicos, mas apresentados em documentos apartados, sendo um para cada recuperanda.

É o quanto basta para sua diferenciação.

7.2.3. Plano unitário e sua votação

Como vimos ao longo deste estudo, os grupos societários de fato não dispõem de personalidade jurídica. Com isso, não têm patrimônio próprio, uma vez que são formados por um conjunto de sociedades que atuam sob um comando unitário. As sociedades integrantes do grupo, sim, têm personalidade jurídica e patrimônio próprios.

Dito isso, verificamos que, via de regra, deve-se haver a separação dos planos com a identificação clara dos ativos e passivos de cada sociedade.

Sob esta ótica, o plano unitário é aquele que contém caráter excepcional, que só pode ser apresentado em caso de consolidação substancial, como já abordado nos capítulos 6.1.1 e 6.2.2 deste trabalho, seja ela obrigatória (por determinação judicial em casos de abuso da personalidade jurídica) ou mesmo a voluntária (deliberação assemblear).

Referido plano é apresentado em apenas um documento, que traça toda a estratégia para o soerguimento, une responsabilidades, ativos e passivos, além da forma de pagamento conjunta para todos os credores de determinada classe, sem distinção.

Inobstante, há grande confusão entre o plano único e o plano unitário. Como já estudado no capítulo 5, o primeiro é utilizado em casos de mera consolidação processual e não pode misturar os ativos e passivos das sociedades, sendo apresentados em um mesmo documento físico. Já o segundo, estudado no capítulo 6, unifica os bens, ativos e dívidas das sociedades do grupo, apresentando somente uma proposta de pagamento dos credores e consequente soerguimento das sociedades, mas somente deverão ser utilizados se houver a declaração judicial da consolidação substancial obrigatória ou por meio da vontade dos credores que denominamos de consolidação substancial voluntária.

Merece destaque trazermos a ementa onde o Tribunal de São Paulo, apesar de se apoiar em uma situação de aplicação da consolidação substancial obrigatória, entendeu ser apresentável o plano único, revelando que o entendimento é confuso, o que prejudica os envolvidos no processo de recuperação judicial, tendo em vista as não raras discussões sobre qual a forma de plano deve ser apresentado em determinados casos:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL Insurgência contra decisão que determinou que a Assembleia Geral de Credores deveria ser única, com votação de um plano único por quadro de credores consolidado e sem distinção entre os credores da mesma classe, ainda que titulares de créditos em face de pessoas jurídicas distintas e integrantes do mesmo grupo, sob o argumento de que se tratava de litisconsórcio necessário das sociedades integrantes do Grupo Schahin, vez que as sociedades possuem participação recíproca, que as relações jurídicas contraídas com terceiros pelas sociedades foi em grande parte garantida pelas outras pessoas jurídicas do mesmo grupo, que os bens contratados pelas sociedades beneficiavam outras sociedades do grupo, que havia um caixa único e comum a todas as referidas empresas, que se beneficiaram da sociedade operacional. Em suma, há um único contrato existente em que todas as demais sociedades do grupo gravitam sobre ele. [...]

Nessa hipótese, há confusão patrimonial em sua atuação conjunta e as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem "suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial" (STJ, ROMS 14168/SP, rel. Min. Nancy Andrighi). Desse modo, a Assembleia Geral de Credores deve ser única, com votação de um plano único por quadro de credores consolidado e sem distinção entre os credores da mesma classe, ainda que titulares de créditos em face de pessoas jurídicas distintas e integrantes do mesmo grupo. Confirmação da decisão agravada Evidência de caixa único nas operações empresariais - Recurso improvido. (SÃO PAULO, 2017, grifos nossos).

Não haveria de ser o plano único a ser apresentado neste caso transcrito. Se o julgador se alicerçou com base na confusão patrimonial para determinar a consolidação substancial obrigatória, o plano jamais poderia ser único, mas sim, unitário, vez que este sim consolida responsabilidades, direitos, ativos e passivos das sociedades do grupo, sendo uma consequência da análise dos fatos levados ao Judiciário, afinal, se as sociedades já se misturavam e se confundiam como se uma só fosse antes mesmo da distribuição do pedido de recuperação, devem ser tratadas da mesma forma no processo de recuperação judicial, como já estudado no item 6.1.1.

Em que pese à confusão invariavelmente vista, há outra questão que merece destaque no caso da apresentação do plano unitário, que são os prejuízos dos credores diretos das sociedades que detenham mais ativos, porque aquele acervo que lhe pertencia deverá ser dividido com os credores de outras sociedades, além do fato de determinado credor direto da classe quirografária ser precedido por todas as classes trabalhistas das sociedades de todo o grupo, por exemplo. Noutro norte, os credores das sociedades menos solventes passariam a ter expectativas de recebimento aumentadas com a distribuição equacionada dos ativos para pagamento de todos os credores.

Trata-se de jogo claro de interesses, inerente à recuperação judicial e vai ditar o resultado da votação.

Assim, adotada a consolidação substancial pela maioria dos credores de todas as sociedades, os credores devem ser organizados na assembleia-geral para apreciação e

deliberação do plano, nas quatro classes previstas no art. 45 da Lei 11.101/2005, mas sem que haja divisão obrigatória dos créditos perante uma ou outra devedora. Por exemplo, em princípio, todos os credores trabalhistas comporão a classe I, ao passo que todos os credores quirografários comporão uma mesma classe III.

O quórum para aprovação do plano unitário é qualificado, nos termos do artigo 45 da Lei 11.101/2005, valendo ressaltar que a aprovação do plano em assembleia deve obrigatoriamente atingir a maioria per capita nas classes I e IV, e nas classes II e III a maioria dos credores, por cabeça e por valor do crédito, nos moldes da Lei.

Portanto, em tese, a consolidação substancial voluntária com a consequente apresentação de plano unitário apenas pode ser adotada se aprovada em quórum qualificado pelos credores de cada sociedade em recuperação, significando dizer que, se os credores de uma das sociedades rejeitarem a consolidação substancial, esta não poderá ser aplicada.

Cabe destacar, por último que, ao contrário da consolidação processual, uma vez declarada a consolidação substancial, seja ela obrigatória ou voluntária, a decisão de se atribuir a todas as devedoras o mesmo destino é medida que se impõe, uma vez que, a partir dali, serão tratadas como uma só, importando dizer que a reprovação do plano de recuperação judicial unitário tem como consequência lógica a decretação da falência de todo o grupo.

Assim, caso o plano de recuperação seja reprovado pelos credores reunidos em uma única assembleia, a consequência será a decretação da falência de todas as devedoras. Fica vedada a alegação, por exemplo, de que a maioria dos seus próprios credores teria aprovado o plano de recuperação e que ela estaria, portanto, livre dos efeitos nefastos de sua descontinuidade.

Assim, os efeitos da decisão de consolidação substancial, seja ela por declaração judicial ou pela vontade dos credores, podem resultar em sucesso das devedoras como um todo, se os credores aprovarem o plano de recuperação judicial, ou em falência de todas elas, caso o plano seja reprovado.

7.2.4. Relação de credores, editais e sua correta apresentação

Como demonstrado ao longo deste trabalho, verifica-se que na maioria dos casos as próprias recuperandas apresentam relação de credores única, seja por desconhecimento

técnico ou mesmo de forma propositada, com objetivo de obter a diminuição do poder de voto de determinados credores. Fato é que, de forma espontânea, tal conduta tende a prejudicar em muito o objetivo da recuperação judicial e todos os demais andamentos processuais. E não é só. Tende, também, a fazer grande confusão entre os institutos da consolidação no processo recuperacional, porque a apresentação única da lista de credores deixa a entender que a recuperanda adotou a consolidação substancial de forma presumida, o que é defeso no processo recuperacional, afinal, a consolidação substancial é medida excepcional e somente pode ser aplicada por declaração judicial ou convenção dos credores, pela via voluntária.

Assim, no caso concreto, se determinado grupo societário de fato distribuir pedido de recuperação judicial conjunto, sob a alegação de litisconsórcio ativo, instruindo seu pedido com lista de credores única de forma automatizada, cabe ao administrador judicial nomeado, após analisar as habilitações e divergências, respeitar a autonomia de cada sociedade integrante do grupo e apresentar sua relação de credores de forma separada, uma por cada sociedade, inclusive os editais de forma segregada por sociedade.

É comum o procedimento de análise das divergências e habilitações de crédito causar complexidade ao ser tratado de forma segregada por sociedade, mas sua inobservância causa prejuízos muito mais relevantes a toda a classe de credores, seja para se apurar o valor do passivo de cada recuperanda, seja para a apuração dos votos dos respectivos credores em assembleia, afinal, a união do passivo pode ser absolutamente maléfica para os credores, inclusive as instituições financeiras que, mediante contrato de mútuo, aportam significativas quantias às empresas em crise, mas analisam somente a mutuaría e não todo o grupo, sendo, na grande maioria dos casos, credora quirografária.

Vale citar a lição de Paula Forgioni a respeito de dois vetores de funcionamento dos contratos empresariais, que são a segurança e a previsibilidade:

Quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas... Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Ambos os empresários planejam sua jogada e esperam que o outro aja de acordo com esse padrão “de mercado”. (FORGIONI, 2015, p. 118).

Na grande maioria das vezes os contratantes de grandes operações, inclusive as financeiras, confiam na incomunicabilidade dos ativos e passivos de determinado grupo, o que gera maior conforto para quem empresta o recurso, não podendo, de inopino, ter suas

expectativas frustradas, porque a consequência lógica disso seria um grande desestímulo à atividade econômica, o que afeta a todos nós no acesso ao crédito e à sociedade no seu desenvolvimento.

Assim, a conclusão lógica é no sentido de que a lista de credores somente poderá apresentada de forma unificada se houver sido deferido o processamento conjunto da recuperação judicial, com expressa análise e deferimento da consolidação substancial pelo judiciário, não bastando simples aglutinação meramente processual para tanto, seja pelas devedoras ou pelo administrador judicial.

Via de regra, deve o administrador analisar de forma separada e individualizada os créditos inscritos na recuperação judicial, conduta que também deve seguir em relação a toda a marcha processual, com a apresentação de editais e votação de forma separada, conduzindo a assembleia e a apuração dos votos de forma adequada ao espírito da Lei.

É preciso, portanto, que administradores judiciais compreendam que, em recuperações judiciais com litisconsórcio, devem ser elaboradas tantas relações quantas forem as recuperandas, assim como editais e votações, a exceção se houver a aplicação da consolidação substancial, nas duas hipóteses já estudadas nos capítulos 5 e 6.

Tal assertiva também vale para as recuperandas, pois não é dado a elas simplesmente presumir que seus credores deverão ser tratados de forma indistinta, sob pena de infração aos princípios basilares já estudados neste trabalho, como também à relação jurídica estabelecida originalmente com cada credor, o que implica em infração ao artigo 49, § 3º, da Lei 11.101/2005.

8. CONCLUSÃO

Como dito alhures, a aglutinação de sociedades em um grupo firma-se como eficiente estratégia empresarial para garantir competitividade e, até mesmo, a sobrevivência em um acirrado cenário de economia global. A formação de um conjunto de sociedades, dentre vários proveitos que podem ser destacados, viabiliza a diversidade como ponto característico da atividade empresarial e permite a flexibilidade de sua organização, exigências hodiernas de um mercado multifacetado e premente. De outro lado, o respeito à autonomia e a limitação de responsabilidades garante estabilidade jurídica aos sócios e credores de cada um dos pares que formam o grupo empresarial.

A preponderante escolha pela associação de fato entre as sociedades, inclusive, se figura como consequência imediata das determinações do mercado, já que sua constituição e demais atividades não são enrijecidas e burocratizadas como o modelo jurídico previsto na Lei das S.A.

Se a Lei das S.A. padece de críticas por não prever a possibilidade de associação de fato entre sociedades, por outro lado, merece o devido reconhecimento pela proteção das controladas contra os abusos de poder e outros atos nefastos, como malversação ou confusão de patrimônio, situações conhecidas e, infelizmente, não raras. Necessário, contudo, que outras circunstâncias sejam previstas em instrumentos formais para que a realidade possa ser espelhada de maneira mais fiel, afastando-se qualquer circunstância que possa, ocasionalmente, causar danos ou perdas aos acionistas, credores e trabalhadores.

Inobstante a complexidade em torno do modelo grupal, o cenário torna-se ainda mais intrincado quando o direito tem de ser aplicado naqueles que lidam com a crise empresarial, sobretudo porque não há definição legal sobre o tema no ordenamento jurídico.

Além disso, a Lei 11.101/05 também é silente sobre a possibilidade do processamento e deferimento da recuperação judicial de grupos societários, seja ele de fato ou de direito, o que também afeta de forma negativa nas consequências procedimentais e processuais quando a questão é levada ao Judiciário.

As dificuldades advindas deste quadro ensejam estudos, tal como este trabalho propõe, sobre os mecanismos de consolidação processual e consolidação substancial. O primeiro trata da mera reunião administrativa que visa a legitimação processual através do acolhimento do litisconsórcio ativo; o segundo importa na unificação de ativos e passivos

das empresas do grupo, distinguindo-os.

Ainda sobre a consolidação substancial, de acordo com as fontes brasileiras, duas poderão ser as modalidades de sua realização: obrigatória, decorrente do reconhecimento judicial do abuso da personalidade jurídica das sociedades integrantes do grupo, é reconhecida como uma disfunção societária, vez que houve o desrespeito aos preceitos básicos da pessoa jurídica, devendo todas as sociedades do grupo ser responsáveis pelo desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial, no contexto de uma consolidação processual iniciada pelo devedor. A segunda, denominada de consolidação substancial voluntária, como o próprio nome indica, é oriunda da vontade dos credores em deliberar e acolher em assembleia a proposta de união ofertada pelas recuperandas.

Tais formas de consolidação destacam, de maneira incisiva, o papel do juiz e dos credores na apreciação da consolidação substancial. Naquela obrigatória, o magistrado age, não só como aquele que preside o processo, mas como verdadeiro Estado-Juiz, implementando medidas para redução de danos e prejuízos a acionistas e, principalmente, terceiros. Noutro caso, os credores exercem sua vontade, de forma deliberada, com o intuito de melhor prover seu interesse.

Pode-se afirmar que a consolidação processual parece ter sido recepcionada, sem grandes embates, pelos Tribunais. Uma vez comprovada a existência de um grupo societário, mesmo sem delinear todos os elementos que caracterizam esta forma de organização empresarial, a decisão proferida pelo juízo monocrático, na maioria das vezes, acolhe a existência do litisconsórcio ativo. Outrossim, não se pode olvidar que, nestes casos, os credores são alijados da oportunidade de manifestar a respeito ou mesmo nem se atentam aos rigores que determinam a configuração de um grupo societário, seja por falta de conhecimento sobre o tema ou pela inanição de seus procuradores.

Conquanto muito poucas são as discussões em nosso judiciário sobre a aplicabilidade da consolidação substancial, o que somente ocorre quando um credor arguto se sente prejudicado e insiste nesta discussão, a tendência é de tratamento em piloto automático, no que se refere à unificação de credores e devedores, em total descompasso com a Lei e seus propósitos.

Noutro norte, há casos em que o reconhecimento da consolidação substancial obrigatória é salutar e, sendo verificada já no início do processo, tenderia a fazer com que o judiciário analisasse antecipadamente se as sociedades integrantes daquele grupo cometeram o desvio de sua finalidade ou mesmo se há ou houve entre elas confusão

patrimonial, de modo que o juiz e os credores dali em diante já pudessem tratar as recuperandas como uma só.

Também, há outros casos em que a consolidação substancial é a única alternativa para a superação da crise e conseqüente soerguimento do grupo. Nestes, a providência deve ficar sob responsabilidade dos credores para, em assembleia, optarem pela consolidação substancial.

Em todos os casos, antes que a assembleia seja designada, a lista de credores e o plano de recuperação devem vir ao processo separados, um por cada sociedade e com tratamento segregado de passivos e ativos, sob pena de presumida confusão patrimonial, o que também deve ser objeto de atenta análise pelo administrador judicial.

Considerando que somente a consolidação substancial voluntária é objeto de deliberação assemblear, seguindo a regra da autonomia jurídica e patrimonial das sociedades, a apuração dos votos se dará também separadamente, daí porque é muito importante que o administrador judicial tenha em mãos as relações individualizadas. Basta adicionar que a consolidação voluntária somente será aplicada se a maioria dos credores de todas as recuperandas aprovarem referida união, em quorum qualificado.

Em sendo deliberada e aprovada, poderão as recuperandas apresentar plano de recuperação judicial unitário que, como já estudado, significa na uniformização das condições, ativos e passivos das recuperandas, com tratamento consolidado e votação única.

Os estudos doutrinários e a jurisprudência, diante do silêncio do Poder Legislativo Brasileiro, são importantes fontes para a construção de soluções eficazes sobre as situações tratadas neste trabalho, bem como, outras que poderão advir, sobretudo, em decorrência de um quadro de instabilidade econômica e crise política que assola o país e atormenta a classe empresarial. Destarte, a segurança jurídica deve contar com a solidificação dos entendimentos mais abalisados sobre os temas, que exigem reunir conhecimentos das áreas jurídicas empresarial, societária, concursal e processual em torno de um mesmo fim.

Todos os operadores nessa área do direito têm o papel de buscar colaborar, nos processos recuperacionais, para que as sociedades em crise se valham da benesse judicial da recuperação judicial, remédio amargo, com efeitos colaterais consideráveis, mas que se mostra eficaz como um instrumento capaz de reestruturar uma empresa em crise, permitindo sua sobrevivência e cumprindo sua função social.

REFERÊNCIAS

(AENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de conhecimento 4**, RT, 2015.

BLUMBERG, Philip. I. **The Law of Corporate Groups: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, including the Law of Corporate Guaranties**. Boston: Little, Brown and Company. 1985.

BRASIL. Congresso Nacional. **Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, Representação Brasileira**. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/mercosul/blocos/introd.htm>>. Acesso em: março 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm#art118>.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art128>.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045>.

BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>.

BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 mai. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art5>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 37.736/SP. Relator(a): Min. Nancy Andrighi – Segunda Seção. Julgamento: 11 jun. 2003. Diário Judicial, Brasília, 16 ago. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.359.311-SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 9 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1006093. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira – Quarta Turma. Julgamento 20 mai. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTPB+%3E%3D+20141016+e+%40DTPB+%3C%3D+20141016&livre=%28%22ANTONIO+CARLOS+FERREIRA%22%29.min.&processo=1006093+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2005/0117118-7. Relator: Min. José Delgado – Primeira Turma. Julgamento 16 mai. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2007/0163916-9. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. Julgamento 18 dez. 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20081218+e+%40DTDE+%3C%3D+20081218&livre=%28%28%22ARNALDO+ESTEVES+LIMA%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=2007%2F0163916-9+ou+200701639169&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2001/0010079-1. Relator: Min. Nancy Andrighi – Terceira Turma. Julgamento 24 jun. 2002.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 129. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 nov. 2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-129>.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. **A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. “**Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direito societário, processual e concursal**”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (Coords). **Processo Societário II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 735-789

CEREZETTI, Sheila C. Neder. **A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial**.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, vol. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, v. 2.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução nº 469, de 02 de maio de 2008, que dispõe sobre a aplicação da Lei nº 11.638/07 e altera as Instruções 247/96 e 331/00. **Diário Oficial da União**, 05 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst469.html>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

EIRIZIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. III.

ELKIN, Judith. Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States. **Texas Journal of Business Law**, Houston, n. 45, 2013.

FAZZIO, Júnior. **Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas. 2008.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho: Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. São Paulo: LTr. 2015.

FILHO, Oscar Barreto. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad. 1969.

FINCH, Vanesa. **Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles**. 2ª ed. Cambridge: 2009.

FONTANA, Maria Izabel Vergueiro de Almeida. **Recuperação Judicial de Grupo de Sociedades**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais Teoria Geral e Aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

HERZOG, Asa. Bankruptcy Law – Modern Trends. **Journal of The National Association of Referees in Bankruptcy**, Dallas, n. 31, 1963.

LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falências**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MAMED, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4, 4ª. ed., Atlas, 2010, p.54.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 1.0000.15.036232-5/000**. Relator: Des. Raimundo Messias Júnior – 2ª Câmara Cível. Julgamento: 06 out. 2015. Publicação: 08 out. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0223.10.001118-6/001**. Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes – 18ª Câmara Cível. Julgamento: 02 out. 2012. Publicação: 05 out. 2012.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0441.15.000772-8/001**. Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa – 3ª Câmara Cível. Julgamento: 25 ago. 2016. Publicação: 20 set. 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.308608-2/001**. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant – 5ª Câmara Cível. Julgamento: 06 fev. 2014. Publicação: 14 fev. 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0525.13.017952-2/001**. Relator: Des. Edgard Penna Amorim – 8ª Câmara Cível. Julgamento: 11dez. 2014. Publicação: 19 dez. 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0697.14.001848-5/002**. Relator: Des. Domingos Coelho – 12ª Câmara Cível. Julgamento: 13 mar. 2017. Publicação: 16 mar. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0647.15.007701-2/001**. Relator(a): Des.(a) Aparecida Grossi – 16ª Câmara Cível. Julgamento: 09 fev. 2017. Publicação: 20 fev. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0132.13.000686-0/001**. Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta – 12ª Câmara Cível. Julgamento: 15 mar. 2017. Publicação: 21 mar. 2017.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0518.13.014000-8/001**. Relator: Des. Newton Teixeira Carvalho – 13ª Câmara Cível. Julgamento: 10 nov. 2016. Publicação: 23 nov. 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0699.11.000265-5/001**. Relator: Des. Paulo Balbino – 11ª Câmara Cível. Julgamento: 09 set. 2015. Publicação: 15 set. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 1.0000.15.036232-5/000**. Relator: Des. Raimundo Messias Júnior – 2ª Câmara Cível. Julgamento: 06 out. 2015. Publicação: 08 out. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 0362325-76.2015.8.13.0000**. Relator: Des. Raimundo Messias Júnior. Julgamento: 06 out. 2015.

Publicação: 08 out. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 1.0000.15.009128-8/000**. Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat – 4ª Câmara Cível. Julgamento: 14 mai. 2015. Publicação: 20 mai. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 1.0000.15.036232-5/000**. Relator: Des. Raimundo Messias Júnior – 2ª Câmara Cível. Julgamento: 06 out. 2015. Publicação: 08 out. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 1.0024.07.389250-7/002**. Relator(a): Des.(a) Márcia De Paoli Balbino – 17ª Câmara Cível. Julgamento: 30 abr. 2015. Publicação: 12 mai. 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0188.13.005902-8/001**. Relator: Des. Sérgio André da Fonseca Xavier – 18ª Câmara Cível. Julgamento: 08 nov. 2016. Publicação: 16 nov. 2016.

MULLER, Juliana Martins de Sá; TASSE, Luciana. **Responsabilização empresarial: os grupos societários em perspectiva**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4d55de0511aaa18a>. Acesso em: março 2017.

MULLER, Viviane. **Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6404/1976**. Revista **Direito GV 2**, São Paulo. v. 1. n. 2, p. 5-28, jun/dez. 2005.

PEDREIRA, José Luis Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy. **A lei das S.A.**, Rio de Janeiro, editora Renovar, 1996.

PEDREIRA, José Luis Bulhões. **Direito das Companhias**, volume II, Rio de Janeiro, editora Forense, 2009.

REFINETTI, Domingos. **Recuperação judicial de grupos de empresas gera controvérsias e transtornos**. Disponível em <<http://stoccheforbes.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Domingos-Refinetti-fala-sobre-Recupera%C3%A7%C3%A3o-Judicial-em-artigo-publicado-no-ConJur.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

TEIXEIRA, Tarcisio. **A Recuperação Judicial de Empresas**. 2012. Artigo apresentado na Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_recuperacao_judicial_de_empresa_s.pdf>.

TIZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
TOLEDO, Paulo Campos Salles. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

TOLEDO, Paulo. **Temas de Direito Empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros. 2014.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005. P.85.

UNCITRAL. **Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency**. Vienna: UNCITRAL, 2012.

Valor. **Pedidos de recuperação judicial batem recorde em 2015, aponta Serasa**. São Paulo, janeiro 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4386032/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-em-2015-aponta-serasa>>. Acesso em: abril 2017.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentário à lei de falência**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 1962, v. I.