



RENAN CIBIN UGO

**LITISCONSÓRCIO ATIVO E SUA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO NO DIREITO DAS EMPRESAS EM CRISE**

**LAVRAS-MG
2021**

RENAN CIBIN UGO

**LITISCONSÓRCIO ATIVO E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO
DIREITO DAS EMPRESAS EM CRISE**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Me. Fellipe Guerra David Reis
Orientador

**LAVRAS-MG
2021**

RENAN CIBIN UGO

**LITISCONSÓRCIO ATIVO E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO
DIREITO DAS EMPRESAS EM CRISE
ACTIVE JOINDER AND ITS POSSIBILITY IN BANKRUPTCY AND COMPANY
RECOVERY LAW**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Aprovada em 16 de junho de 2021
Prof. Me. Fellipe Guerra David Reis UFLA
Prof. Me. Vinícius Nascimento Cerqueira UFLA

Prof. Me. Fellipe Guerra David Reis

Orientador

**LAVRAS-MG
2021**

RESUMO

O presente trabalho busca investigar os impactos da evolução da atividade empresarial, notadamente na análise da alteração do ordenamento jurídico concursal pátrio. Com o advento da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas nº 11.101/2005, passaram a ser disciplinados os diferentes tipos de recuperação da empresa, quais sejam, o judicial e o extrajudicial. Em ambos os casos se faz necessária a apresentação do plano de recuperação do devedor, conforme as especificidades manifestas no diploma legal já citado. Apesar disso, não há disposição na referida lei proibindo a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial. À vista disso, vicejam perguntas acerca de qual seria a natureza do pedido. Ora, sua utilização é permitida? Como sua aplicação acontece? Quais os objetivos e consequências da utilização do instituto no Direito Falimentar brasileiro? Eis o que pretendemos discutir.

Palavras-chave: Direito de Recuperação das Empresas. Litisconsórcio Ativo. Direito Processual Civil

ABSTRACT

The present work seeks to investigate the impacts of the evolution of the business activity, notably in the analysis of the alteration of the national legal concursal system. With the advent of the new Bankruptcy and Company Recovery Law nº 11.101/2005, different types of reorganization started to be regulated, namely, judicial and extrajudicial. In both cases, it is necessary to present the debtor's recovery plan, in accordance with the specificities expressed in the aforementioned legal document. Despite this, there is no provision in this law prohibiting the possibility of forming active joinder in judicial reorganization. In view of this, precisely, questions arise about what the nature of the request would be. Now, is its use permitted? How does your application happen? What are the objectives and consequences of using the institute in Brazilian Bankruptcy Law? This is what we intend to discuss.

Keywords: Company Recovery Law. Active Joinder. Procedural Civil Law.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	1
2	Noções preliminares sobre o Direito Recuperacional	3
3	Decreto-lei 7.661/45 x Lei de Recuperação e Falências	5
4	Novos paradigmas principiológicos na Lei 11.101/05.....	9
5	Insuficiência da Lei de Recuperação e Falências para grupos societários	11
6	Grupos de Direito	14
7	Grupos de fato	16
8	Recuperação Judicial dos grupos	18
9	Consolidação Processual	21
10	Consolidação Substancial.....	24
11	Conclusão	30
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

1 Introdução

Na medida em que o mundo foi se tornando mais globalizado e em que as relações comerciais foram se tornando cada vez mais complexas, fez-se imperiosa a necessidade da formulação de um ordenamento jurídico que cuidasse não só das próprias relações comerciais, mas que também assistisse as empresas em situações de estresse econômico-financeiro, pois é inegável que as situações adversas fazem parte da vida daqueles empresários ou sociedades que se comprometam a exercer uma atividade empresarial.

Os meios para superação dessas crises apareceram pela primeira vez com a promulgação do Decreto-Lei 7.661/45, que introduziu a figura da concordata. Apesar disso, a sua finalidade de auxiliar o devedor a passar pela crise foi transformada em instrumento para satisfação dos credores, fornecendo apenas meios de protelar o pagamento da dívida ou de diminuição dos valores das obrigações.

A desvirtuação de seu objetivo precípua deu azo a um movimento de fortes críticas a esse modelo e que viabilizou a edição da Lei 11.101/2005, conhecida como “Lei de Recuperação e Falência”, que estatuiu diretrizes principiológicas e procedimentais para superação da situação de crise.

Isso ocorre enquanto o legislador percebe que a manutenção da atividade empresarial é mais benéfica à sociedade do que o mero pagamento dos débitos aos credores. Em outras palavras, agora deve se levar em consideração todo o impacto econômico e social da empresa, de modo que durante todo esse processo os princípios estejam sendo respeitados.

Contudo, a Lei 11.101/05 não exauriu o tema da recuperação judicial, haja vista a própria opção do legislador pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015. Essa lacuna fica mais evidente ao tratar da recuperação dos grupos de sociedade.

Os grupos de sociedade são frutos do aumento da complexidade entre as relações comerciais, as empresas unem-se em torno de um objetivo comum e compartilham entre si recursos e esforços. Eles podem ser constituídos por meio de um documento chamado convenção ou através da natural aglomeração das sociedades, que são definidos como grupos de direito e grupos de fato, respectivamente. A característica comum entre os dois está presente na constatação de que as empresas integrantes dos chamados grupos mantêm sua autonomia patrimonial, bem como a sua personalidade jurídica.

Retomando a recuperação judicial, a falta de normas específicas sobre o processamento do pedido de recuperação dos grupos, faz com que os operadores do Direito emprestem o instituto do litisconsórcio ativo do Direito Processual Civil.

Nesse sentido, dentro do campo recuperacional a aplicação do supracitado conceito se apresenta em duas formas: i) consolidação processual e ii) consolidação substancial. Em linhas gerais, aquele diz respeito apenas aos aspectos processuais, ou seja, o processamento em conjunto das recuperandas. Este se trata de uma medida mais rara de ser aplicada, pois afasta a autonomia patrimonial das sociedades e unifica os ativos e passivos.

Almeja, portanto, o presente trabalho, entender a evolução dos conceitos e princípios, como também seu emprego, no que concerne o Direito Concursal e como eles vêm sendo aplicados no mundo fático, já que se percebeu a insuficiência dos dispositivos existentes para responder algumas questões, como: qual o tratamento dado aos devedores insolventes? A organização societária influencia nesse tratamento, por quê? Qual a saída encontrada pelos operadores de Direito?

Nos três primeiros capítulos contextualizaremos e mostraremos como se deu essa evolução, primeiramente através da delimitação dos cenários em que a empresa se encontrava, depois disso estabeleceremos o ponto de ruptura entre o Decreto-Lei 7.661/45 e a Lei 11.101/05 e, por fim, forneceremos como os princípios que serão adotados no restante do trabalho.

O quinto capítulo demonstrará de que maneira a Lei 11.101/05 é insatisfatória no tratamento dos grupos.

O sexto e sétimo capítulos darão a definição dos grupos de sociedade e de que jeito é estabelecida a responsabilidade de suas integrantes.

Os dois últimos capítulos trarão como os processos de recuperação dos grupos de sociedade vêm sendo abordados.

Finalmente, convém salientar a necessidade de se produzir um projeto como este, também, para tentar adequar-se, na medida do possível, às questões referentes ao tema. O estudo a ser elaborado no presente trabalho propõe ser um dispositivo e um instrumento capaz de trazer clareza e ajudar no debate jurídico.

2 Noções preliminares sobre o Direito Recuperacional

Empresa é uma atividade¹, por isso, necessariamente, é alvo de exercício pelo sujeito de direito, no caso o empresário², que perante o prisma legal (art. 966 Código Civil 2002)³, é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, excluídos aqueles que exercem profissão intelectual, científica, literária ou artística.

O empresário devedor que se encontra em crise econômico-financeira, seja por fatores internos ou externos à empresa, exercendo atividade lícita e possível, pode recorrer a um instrumento judicial capaz de viabilizar o intuito deste de ultrapassar tal adversidade, por meio da proposta do plano de recuperação aos credores.

A inovação trazida ao direito brasileiro pela Lei nº 11.101/2005, chamada de Lei de Falência e Recuperação Judicial, buscou acastelar o direito da empresa em crise, revogando o Decreto-lei nº 7.661/1945 (vulgarmente chamado de “Lei de Falências”) e criando um intrincado sistema de recuperação da empresa em juízo.

Os mecanismos disciplinados pela Lei 11.101/2005 aplicam-se apenas aos empresários e às sociedades empresárias, definidos na forma da lei pela expressão devedor (art. 1º da LRF)⁴. Isso significa dizer que os procedimentos concursais são limitados a agentes econômicos qualificados legalmente como empresários devedores, o que à época do Decreto-Lei não acontecia, pois o auxílio somente se aplicava aos comerciantes⁵.

De acordo com o Código Comercial de 1850, os comerciantes eram aqueles que realizavam a prática profissional de atos de comércio, sendo taxativamente definidos pelo art. 19 do Regulamento nº 737/1850, diferenciado do conceito de empresário apresentado acima.

¹ O uso dessa definição decorre da Teoria da Empresa, que, apesar de não ser a única, foi a adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3/ Marlon Tomazette. - 5. ed. rev. e atual - São Paulo: Atlas, 2017, p. 48.

³ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁴ Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

⁵ Nessa perspectiva, assim sendo, é preciso fazer um esclarecimento quanto aos termos utilizados. Quando tratamos do Decreto-Lei 7.661/45, somente os comerciantes, como veremos, submetiam-se ao processo de falência, como também eram os sujeitos alvos da decretação da concordata, isto implica dizer que a qualidade de comerciante era pressuposta para tal. (MIRANDA, 2012)

A delimitação dessas características é importante na medida em que deixa claro a transição, não só do Direito Falimentar, mas de todo o Direito Comercial, para que sua aplicação passe a levar em consideração os atos praticados e não mais a pessoas estabelecidas por lei.

Apesar de sua complexidade, o sistema mostrou-se relevante, tendo em vista que os caminhos anteriormente possíveis se mostravam incapazes de superar as dificuldades econômico-financeiras do empresário, já que àquela época o país era hegemonicamente agrícola e parcamente urbanizado⁶, razão pela qual as opções eram reduzidas para o soerguimento dos devedores em condições adversas⁷.

É nesse sentido, justamente, que ouvimos ressoar o protesto de Waldírio Bulgarelli sobre a necessidade da modernização do Decreto-Lei nº 7.661/45:

O que está em crise não é bem o regime falimentar, mas as relações econômicas, os programas, as diretrizes político-econômicas (...) as novas realidades introduzidas pelo incremento da revolução industrial e tecnológica haviam de influir sobremaneira no processo, que já se manifestava emperrado e sujeito a fraudes (...) deram-se assim conta os credores de que deveriam reforçar as garantias, pois do contrário não haveria esperanças de pagamento. Para tanto procuraram subtrair-se do princípio da igualdade, criando uma série de privilégios, como o penhor, hipoteca e ainda o surgimento da alienação fiduciária, do *leasing* – ações diretas – e as restituições, como o contrato de câmbio etc. Com o que sobraram apenas os quirografários, vala comum em que são alojados os pequenos e médios credores, e basicamente os fornecedores, sendo que a maioria deles passou a se desinteressar do processo, justamente pela pequenês dos créditos ou pela impossibilidade de obter o seu ressarcimento em confronto com os credores privilegiados. Não se pode ocultar, por outro lado, o fato incontestável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas, uma série de interesses que gritavam em torno da empresa, como os trabalhadores, os clientes, os fornecedores, o Estado, por meio dos tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa⁸

Diante disso, percebe-se que não salvaguardar a assistência ao empresário em crise, geraria um efeito cascata na sociedade. Os credores e fornecedores passariam a não receber mais o que lhes era devido; e conseqüentemente não poderiam arcar com suas próprias obrigações. Os consumidores seriam igualmente afetados, haja vista o declínio na prestação de serviços e qualidade dos bens ofertados, aliado a isso a dificuldade de receber verbas indenizatórias. Do mesmo modo os empregados seriam prejudicados, uma vez que, passando

⁶ PENTEADO, M. R. In: SOUZA JR.; PITOMBO (coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

⁷ *Ibidem*

⁸ BULGARELLI, Waldírio. **A reforma da Lei de Falências e Concordatas**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 85, 1992, p. 49 e ss.

por dificuldades financeiras, o empresário deixaria de arcar com o pagamento dos salários, havendo, inclusive, a possibilidade da perda do emprego e a precarização do local de trabalho. Não só isso, pois, na esteira desses efeitos adversos, o próprio Estado acaba sendo lesado, em razão da redução da arrecadação tributária.

Uma análise holística dos efeitos decorrentes da empresa que passa por problemas econômico-financeiros mostra que, ela não apenas “é”, mas, sobretudo, “age” e “atua”.⁹ Cabe frisar, portanto, o princípio da função social da empresa — que adiante será mais explorado —, e, de bom alvitre, na lição de Modesto Carvalhosa:

A empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais. Consideram-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas de antijuridicidade tipificadas [...]. E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica urbano e ambiental da comunidade em que a empresa atua.¹⁰

Reconhece-se diante desse cenário a necessidade de um diploma legal que favoreça a manutenção da atividade empresária, em sentido diverso do já estabelecido Decreto-Lei 7.661/45 que, como se verá no capítulo a seguir, oferecia a concorda como via para superação da crise, mas pouco efetiva. É frente a essa situação que a Lei 11.101/05 encontra respaldo para sua promulgação.

3 Decreto-lei 7.661/45 x Lei de Recuperação e Falências

⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

Vimos que se dá uma alteração no papel da lei, pois agora o objetivo dela consiste em viabilizar a superação da condição de crise da empresa. Todavia, não se pode deixar de notar que o núcleo dos diplomas legislativos, no que tange à falência, manteve-se o mesmo. À luz desses apelos contraditórios – manutenção da lei e permanência do núcleo legislativo –, cumpre investigar em que medida ocorre uma ruptura e uma continuidade no tocante ao modelo tradicional. A fim de assinalar tais pontos, este capítulo se debruçará sobre as tratativas concernentes às medidas recuperacionais, buscando delinear suas principais diferenças.

Trazendo luz à promulgação da nova Lei de Recuperação e Falência, é possível identificar especificamente o ponto de ruptura com relação aos modelos tradicionais concursais brasileiros. O legislador, como há muito se buscava, distanciou-se da noção de que o processo falimentar servia como um mecanismo de liquidação de ativos, bem como da ideia de fornecer ao devedor o auxílio concordatário, através da adoção e do estímulo de meios voltados à superação da crise empresarial.¹¹

O moderno direito das empresas em crise preocupa--se essencialmente com o valor da empresa em funcionamento, isto é, com a manutenção da atividade, ao invés de dar primazia aos interesses dos credores. Não há mais uma visão liquidatária nesse ramo do Direito, buscando- se, sempre que possível, a manutenção da atividade.¹²

No pretérito Decreto-Lei/7.661, os caminhos existentes para vencer a crise tomavam forma nestes dois conceitos: i) falência, em consonância com art. 8º: “o comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência”¹³ ii) concordata, que se dividia em duas formas: preventiva ou suspensiva, conforme observado no art. 139: “a concordata é preventiva ou suspensiva, conforme for pedida em juízo antes ou depois da declaração da falência.”¹⁴

O primeiro conceito é calcado na ideia de que o inadimplemento da pessoa em débito enseja a possibilidade da execução, por parte do credor, assim como frente ao poder Judiciário, dos bens de seu patrimônio capazes de satisfazer a totalidade de seus créditos. Assim, podemos

¹¹ CERZETTI, Sheila C. Neder. **Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal**; in YARSHELL; PEREIRA; SETOGUTI (coords.). *Processo Societário - Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 736.

¹² TOMAZETTE, 2017, p. 43.

¹³ BRASIL, 2005.

¹⁴ *Ibidem*

considerar que, via de regra, a execução será realizada de maneira individual, e isso significa dizer que um exequente acionará um devedor a fim de ter sua obrigação cumprida.¹⁵

Assumindo o funcionamento dessa estrutura, levanta-se a seguinte questão: qual seria a saída adequada para aquele devedor que possui diversos credores concorrendo por seus bens, mas sem que a totalidade de suas obrigações possam ser satisfeitas? Para isso, o Direito criou um mecanismo capaz de solucionar essa questão.

A previamente chamada execução coletiva e, hoje, conhecida como concurso dos credores, afasta a regra da individualidade da execução e faz com que todos os credores sejam tratados de maneira equivalente, observadas as exceções legais, respeitando-se o princípio da *par conditio creditorum*, nas palavras de Marlon Tomazette: “esse tratamento igualitário não significa que todos os credores terão o mesmo tratamento, mas que os credores em situação igual terão o mesmo tratamento e os credores em situação desigual terão tratamento desigual”¹⁶.

A falência, então, é a execução coletiva, o concurso de credores, obedecendo às preferências legais, sob o patrimônio liquidado do devedor comerciante, no caso do Decreto-Lei 7.661/45 ou do devedor empresário¹⁷, no caso da Lei 11.101/05, resultando assim na partilha correspondente do ativo entre os credores, sendo este seu núcleo que se manteve inalterado.

O segundo conceito tem sua premissa no acordo entre devedor e credores. A palavra “concordata” era utilizada para designar os compromissos que os credores firmavam com os comerciantes devedores, com intuito destes pausarem seus negócios em função da incapacidade de cumprir com suas obrigações, na expectativa de se tornarem solventes durante o tempo do acordo e adimplir com seus deveres. Conforme a lição de Pontes de Miranda: “a concordata só vinculava os credores quanto ao tempo, não quanto ao importe da dívida. Era a espera, o respiro, o espaço(...)”¹⁸.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: Direito de Empresa / Fábio Ulhoa Coelho.** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.

¹⁶ TOMAZETTE, 2017, p. 374

¹⁷ De bom tom, a fim de se evitar confusões acerca da utilização do conceito de “devedor” no presente escrito, cabe mencionar a diferença do tratamento legal dado entre devedores que praticam a atividade comercial ou empresarial dos chamados devedores civis. A respeito dos primeiros, caso seus passivos ultrapassem o valor de seus ativos, o regime jurídico da execução concursal a ser aplicado, necessariamente, deve ser aquele regulado pela legislação específica. Tratando-se dos devedores civis, a execução concursal ocorre seguindo as diretrizes do Código Civil e, mais notadamente, aquelas presentes nos arts. 955 a 965.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de 1892-1979. **Direito das obrigações: concordatas, crimes falenciais, liquidações administrativas / Pontes de Miranda; atualizado por Manoel Justino Bezerra Filho.**

Decorrencia disso é que a concordata se torna via para se atingir a extinção das obrigações. Sentido diverso daquilo que ordinariamente é classificada, como sendo modo de extinção. “O que dela resulta é status, durante o qual se colima cumprir o que o devedor prometera, ainda que se trate de cumprimento imediato à decretação da concordata.”¹⁹

Isso implica dizer que ela não possui o condão de acabar com as obrigações do devedor, ao passo que, deferida a concordata, suas obrigações ainda devem ser cumpridas, mas a sua utilização facilita o cumprimento das obrigações por dois motivos que podem estar presentes conjuntamente ou de maneira separada: i) protelação dos prazos, sejam eles de pagamento ou satisfação da obrigação ii) diminuição do *quantum* das obrigações.

Entretanto, ainda segundo Pontes de Miranda, dentro do direito brasileiro, o termo afastou-se de sua etimologia em razão da ausência de qualquer manifestação de vontade das partes envolvidas no “acordo”, seja ela bilateral ou plurilateral, e se transformou em um direito subjetivo do devedor, já que o Estado definiu em certas condições a aplicação da concordata preventiva ou suspensiva e a sua devida tutela jurídica. O que se observa é que o negócio jurídico bilateral, homologado ou não judicialmente, deixa de ser a origem de direito para que este seja diretamente emanado da lei.²⁰

Entretanto, vimos que o instituto da concordata era aventado em duas possibilidades, quais sejam, a preventiva, que tinha como objetivo principal proteger o devedor da decretação da abertura da falência e a suspensiva, que é aquela que surge na ocasião em que o devedor já se encontra em processo de falência, almejando suspendê-la.

Isto posto, sobre a pretensão à concordata, não há que se falar em maioria de credores para o consentimento tácito ou assentimento tácito. O que deve ser observado são as parcelas percentuais (Decreto-lei n. 7.661, arts. 156, § 1º, e 177, parágrafo único) apresentadas através de petição legalmente definida. Essa opção por parte do legislador, esvaziou qualquer pretensão negocial da concordata. A concordata, tal como a concebe o direito brasileiro, não guarda qualquer resquício de concordância, de acordo.²¹

Por seu turno, a “nova” Lei de Recuperação e Falência nº 11.101 promulgada em 2005, criou medidas que favorecem a superação da crise econômico-financeira pela qual passa o

(coleção tratado de direito privado: parte especial; 30). - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 75.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ *ibid*, p. 76.

²¹ *ibid*, p. 77.

devedor empresário. Nesse diapasão restabelece-se o sentido original da palavra “concordata”, de modo que a figura negocial assume papel essencial dentro do contexto jurídico-concursal.

A nova Lei cria dispositivos que estimulam a negociação entre devedor e credores, de forma a encontrar soluções de mercado para empresas em dificuldades financeiras. O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo-se assim sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores. Caso os credores entendam que a reabilitação da empresa não é possível, a Lei estimula a sua venda num rito expresso, de modo a permitir que, sob uma nova administração, a empresa continue a exercer a sua função social de gerar empregos e renda. Em última instância, se o negócio não for mais viável, a lei cria condições factíveis para que haja uma liquidação eficiente dos ativos, permitindo assim que se maximizem os valores realizados e, conseqüentemente, se minimizem as perdas gerais.

Pretende-se assim estimular a recuperação da empresa, desde que obedecidas as restrições de viabilidade e eficiência²²

Em outros termos, o Decreto-Lei 7.661/45, ao estabelecer uma relação de consequência entre o fracasso econômico daquele que se sujeita à atividade empresarial e a sua derrocada pessoal, contribui para o desencorajamento à prática empresária. Concluindo, a proteção aos credores, bem como ao próprio empresário, invariavelmente, deve ter como soluções alternativas que se distanciam daquela consequência percebida.

4 Novos paradigmas principiológicos na Lei 11.101/05

A resposta encontrada pelo legislador foi a adoção de novos institutos que implicam, também, em toda uma nova sustentação principiológica que passa a servir de referência em suas aplicações. Nesse sentido, para Tomazzette:

Para atingir os seus objetivos e incentivar a adoção das estratégias pelos grupos de interesse, a recuperação judicial deve obediência a uma série de princípios, que deverão pautar a interpretação da Lei no 11.101/2005, bem como a própria atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação.²³

²² LISBOA, M. de B *et al.* **A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** In: PAIVA (coord.). *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 42.

²³ TOMAZETTE, 2020, p. 77.

Resultantes da promulgação da LRF, estão insculpidos no art. 47, os princípios da função social da empresa e o da preservação da empresa, os quais, tão logo positivados, alcançaram um patamar basilar para fundamentar qualquer processo recuperacional. Dessa maneira, a recuperação deve promover a preservação da empresa, sua função social e mais, o estímulo à atividade econômica, obedecendo aos objetivos do art. 3º, inc. II e III²⁴ da Constituição Federal de 88 e que já encontram arrimo na jurisprudência “a recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última *ratio*, a satisfação dos credores.”²⁵

Convém sublinhar a importância da atividade empresária para a sociedade, pois é isso, justamente, que o princípio da função social da empresa trata de resguardar:

Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial deve--se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação.²⁶

Ademais, frisa-se que o art. 47 é o contraponto do paradigma presente no Decreto-Lei 7.661/45, conforme já trabalhado dantes, cujo objetivo altera-se para “viabilizar a superação da situação de crise econômico- financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”.²⁷ Também nesse caso se verifica presença de jurisprudência:

O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.²⁸

²⁴ **Art. 3º da Constituição Federal Brasileira de 1988:** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

²⁵ AgRg 86.594/SP.

²⁶ TOMAZETTE, 2020, p. 96.

²⁷ BRASIL, 2005.

²⁸ STJ. Agravo em Recurso Especial 309.867/ES.

À luz desses princípios, Gladston Mamede faz uma ressalva importante sobre a finalidade da recuperação judicial:

Embora a recuperação da empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa: não se defere a recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária (nem os sócios e administradores desta). A recuperação judicial pode concretizar-se até em desproveito do devedor, que pode ser apartado da empresa, a bem da manutenção desta.²⁹

A recuperação judicial, em vista disso, é medida que se aplica somente a empresários e a sociedades empresárias em geral, devendo esta ser regularmente constituídas e exercendo há mais de dois anos atividade empresarial, de modo que a lei se encarregou de explicitar quais empresas não são contempladas pelos institutos advindos da lei 11.101/05 em seu art. 2º.³⁰

O que se segue na Lei em seu art. 48 são os requisitos necessários para a formulação do pedido de recuperação judicial, cumulados com o período de exercício da atividade empresária e a regular constituição, quais sejam: i) não estar falida e caso tivesse sido, há necessidade de sentença transitada em julgado, extinguindo suas responsabilidades; ii) não ter sido beneficiada pela recuperação judicial há menos de 5 anos; iii) administrador ou sócio controlador, condenados por crimes falimentares.

Respeitados todos esses requisitos, é legítimo ao empresário (firma individual) e à sociedade empresária pedir a recuperação judicial. Porém, é diante desse pano de fundo que surgem questões importantes no tratamento dado aos grupos de sociedades na Lei de Recuperação e Falências.

5 Insuficiência da Lei de Recuperação e Falências para grupos societários

A adoção por parte das companhias de estruturas complexas de organização societária tem razão de ser. Ela acontece com o intuito de alcançar vantagens econômicas³¹,

²⁹ MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede**. – 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019, pg. 147

³⁰ **Art. 2º da Lei 11.101/2005**: Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

³¹ Cf.: MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico**. 5ª Ed. Editora Atlas, São Paulo. 2015.

administrativas e jurídicas,³² outrossim, almejam também benefícios fiscais e outras condições regulatórias para a criação de perfis de risco que correspondam às preferências dos investidores e, de forma mais geral, à adaptação das estruturas de capital³³,

Conforme ideação doutrinária³⁴, os chamados “grupos de sociedades” de subordinação manifestam-se de duas maneiras: estrito ou amplo. No caso daquele, o conceito de grupo abarca sociedades que, apesar de autônomas juridicamente, submetem-se através de um acordo a uma administração universal e que buscam o mesmo objetivo. No caso deste, a conexão pode ser percebida através da observância de traços de controle e coligação dentro das relações entre organizações societárias.³⁵

Os grupos caracterizam-se por aliar diversidade jurídica e unidade econômica³⁶ (integração da atividade empresarial), condições *sine qua non*³⁷ para sua qualificação. Sobre a diversidade jurídica há a facilitação da dispersão de inúmeras estruturas organizacionais de maneira mundial, em que cada sociedade consegue moldar-se de maneira quase que instantânea aos desejos dos mercados a que estão expostos e mantendo os riscos circunscritos a cada unidade. A unidade econômica implica na consolidação do poder empresarial à sociedade controladora que possibilita a extensão da atuação empresarial a níveis mundiais, bem como o alcance às economias de escala e o benefício da cooperação.³⁸

Isto posto, é possível inferir que dentro dos grupos econômicos de subordinação, as sociedades que são controladas deixam esvair sua autonomia, em outras palavras, renunciam à sua capacidade decisória, para que a sociedade controladora possa exercer a direção unitária.³⁹

³² MEVORACH, Irit. **Insolvency within Multinational Enterprise Groups**. (Oxford University Press, 2009). pg. 12-13; MUNHOZ, E. S. **Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista, Controlador, Administradores e Interesse do Grupo**. In: CASTRO; WARDE JÚNIOR; GUERREIRO (coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. pg. 272.

³³ SKEEL, David A. Jr. and TRIANTIS, George. **Bankruptcy’s Uneasy Shift to a Contract Paradigm** (2018). Faculty Scholarship at Penn Law. 1991. p. 1811

³⁴ Cf.: ANTUNES, José A. Engrácia. **Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. pg. 52.

³⁵ CEREZETTI, 2015, p. 737.

³⁶ CASTRO; WARDE JÚNIOR; GUERREIRO, 2013, pg. 269

³⁷ Para Comparato: “a existência de um direito de controle representa um elemento indispensável na economia social [...]. Não há sociedade sem poder, e sem organização do poder – ou seja, sem direito – [...]” (COMPARATO, 2014).

³⁸ MUNHOZ, E. S. In: SOUZA JR.; PITOMBO (coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³⁹ CARVALHOSA, 2003, pg. 301

Ver: PETITPIERRE-SAUVAIN, A. **Droit des sociétés et groupes de sociétés**. Genève: Georg, 1972, p.36. “*une groupe sans une direction unifiée ne constitue une entité particulière ni du point juridique, ni du point de vue économique*”.

Nesse sentido, a sociedade detentora do poder é que, com efeito, toma todas as decisões, visando ao interesse, em nome do grupo como um todo (*Konzerninteresse, intérêt du groupe, interesse di gruppo, Zaibatsu*).⁴⁰

Ora, essa perda da autonomia de gestão empresarial traduz-se, frequentemente, senão sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo. Os patrimônios sociais tendem a confundir-se, e tudo se passa nesse campo (...) As transferências de lucros ou de prejuízos são obtidas das mais variadas formas. Tudo isso é fartamente sabido e corresponde à própria estrutura dos grupos econômicos.⁴¹

Nessa senda, nota-se que a direção unitária e a atividade empresarial constituem uma perturbação da ordem natural do direito societário clássico, o qual assume como referência a sociedade isolada, de maneira a delimitar claramente a estrutura patrimonial e a estrutura organizacional.⁴²

As legislações concursais e a vigente LRF oferecem inúmeros dispositivos sobre processo e procedimento. Entretanto, mesmo que em grande quantidade e dispersos dentro do suscitado diploma legal, como veremos adiante, eles não exaurem o rito processualístico e nem seriam elementos constitutivos de um sistema estanque, sem a interlocução com o Direito Processual Civil.⁴³ Levando isso em consideração, o legislador optou pela aplicação subsidiária (art. 189) do CPC, quando pertinente, aos procedimentos previstos na Lei 11.101/05.

Consoante exposto anteriormente, o códex supramencionado em seu art. 1º tão somente refere-se à empresários e a sociedades empresárias, portanto silenciando sobre os grupos de sociedade — talvez pelo contexto no qual a Lei foi promulgada em que não se vislumbrava essa possibilidade — de modo que a organização da atividade empresarial atual não deve ser pensada sem levar em consideração o impacto dos grupos de sociedades, pois a prática da atividade econômica estrutura-se comumente através de sociedades controladoras e controladas.⁴⁴

⁴⁰ MUNHOZ, 2013, p. 270.

⁴¹ COMPARATO, Fábio K.; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho**. – 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 402

⁴² MUNHOZ, 2013.

⁴³ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Capítulo VIII. In. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005** / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 584.

⁴⁴ CEREZETTI, 2015, p. 735.

O legislador pátrio optou por positivar a concepção mais estrita do termo, inspirado pela orientação germânica⁴⁵, cuja nova lei acionária distingue os grupos de fato, os grupos de direito e a “subsidiária integral”. A Lei nº 6.404/76, apesar de fazer menção às “sociedades coligadas, controladoras e controladas” (arts. 243 e ss.), e outro aos “grupos de sociedades” (arts. 265 e ss.), “ignora, quase que por completo, a questão da responsabilidade do grupo perante os terceiros credores”⁴⁶

6 Grupos de Direito

Os ditos grupos de direito são o conjunto de sociedades cujo controle é efetivamente feito por uma sociedade brasileira através de uma convenção⁴⁷ que versa sobre a combinação de esforços ou participação em atividades ou empreendimento comuns.

O grupo em si não possui qualquer personalidade jurídica, ou seja, trata-se de elemento formal que apenas atesta a relação interempresarial, a fim de manter suas personalidades jurídicas e sua autonomia.⁴⁸

Decorrencia disso e de extrema importância para a configuração *per se* dos grupos (de direito), tem-se no art. 266 da Lei das S.A os objetivos da convenção, que versará sobre as relações, as estruturas e a coordenação do grupo. Contudo, o trecho mais relevante para o presente trabalho, é o trecho final do referido artigo, o qual preceitua que “cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos”. Isso implica dizer que, geralmente, a responsabilização das sociedades integrantes do grupo permanece restrita a si mesma.

Em sentido oposto, as sociedades integrantes do mesmo grupo serão responsabilizadas solidariamente, a depender do caso, frente às autoridades antitruste (LIOE, art. 17), por dívidas trabalhistas (CLT, art. 2º, § 2º) e previdenciárias (lei n. 8.212/91, art. 30, IX). Subsidiariamente,

⁴⁵ “No modelo alemão, a celebração de um dos contratos típicos previstos na lei, leva à formação dos grupos e legitima a subordinação dos interesses das sociedades que o integram ao interesse do conjunto. Em contrapartida, são previstos mecanismos específicos de tutela a acionistas minoritários e a credores. Quanto aos grupos societários que não se baseiam na celebração de um dos contratos típicos (grupos de fato - *faktische Konzern*), não se admite a subordinação de interesses, devendo cada sociedade agrupada atuar como se fosse uma sociedade isolada.” (MUNHOZ, 2013)

⁴⁶ COMPARATO; FILHO, 2014, p. 403.

⁴⁷ COELHO, 2011, p. 225

⁴⁸ *Ibidem*

as sociedades de um mesmo grupo responderão quanto às obrigações advindas de contratos de consumo (CDC, art. 28, § 2º).⁴⁹

Obrigatoriamente, para que se possa ser definido como grupo de direito, é necessária a alcunha de “grupo” ou “grupo de sociedades” (art. 267 da LSA), aliado a seu compulsório registro na junta comercial.

O que se evidencia diante desses dispositivos legais é que a intenção do legislador com a criação dos chamados grupos de direito, além de respeitar a autonomia jurídica e econômica de cada sociedade, na mesma medida em que a responsabilização não afetaria todo o agrupamento — excetuado os casos legais —, foi de criar um ambiente favorável a esse tipo de organização societária.

Apesar disso, as integrantes do grupo, mesmo que juridicamente autônomas e desvinculadas, a inevitável integração ocorre entre si, resulta, em grande parte das vezes, na interdependência administrativa e até mesmo econômica.

Na lição de José Antunes:

Aqueles cuja criação resulta da utilização de um dos instrumentos jurídicos que a lei previu taxativamente para tal efeito (...), e a cuja organização e funcionamento se fez associar um regime jurídico excepcional, derogador dos cânones gerais do direito das sociedades – regime esse traduzido, por um lado, na legitimação do exercício de um poder de direcção da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas e da subordinação dos interesses sociais individuais destas ao interesse geral do grupo (em derrogação do princípio fundamental segundo o qual a sociedade deve conduzir os negócios sociais à luz da sua vontade e interesse social próprios) e, por outro, no estabelecimento de contrapartidas especiais de protecção para estas últimas sociedades, seus sócios minoritários e credores sociais.⁵⁰

Ademais, o que se constata com a ausência de normas mais contundentes em relação à responsabilização das sociedades integrantes do grupo e de protecção aos acionistas minoritários é que a adoção das empresas por esse tipo de estrutura é muito baixa⁵¹, frente a importância que o legislador lhe concedeu⁵².

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ ANTUNES, José A. Engrácia. **Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, pg. 73.

⁵¹ “Embora os grupos de fato existam em grande número, praticamente não há, em nossa prática de negócios, grupos de direito, cuja disciplina legal é raramente utilizada; pode-se dizer que as disposições legais que tratam do grupo de direito, na realidade, ‘não pegaram’” (EIZIRIK, 2011)

⁵² Nesse sentido, José Bulhões Pedreira: “É cediço que a intenção do legislador da Lei das S.A foi o fortalecimento da economia do Brasil. "A criação de macroempresas como capital pulverizado somente seria possível a longo prazo e a lei procurou facilitar e aumentar a eficiência de todos os instrumentos

Fábio Konder Comparato não poupou críticas ao modelo:

Sepultadas pela prática ou pelo legislador, as principais regras conformadoras do direito grupal (grupo de direito) como originariamente idealizado não têm aplicação. Os grupos de direito são letra absolutamente morta na realidade empresarial brasileira, em função sobretudo da inexistência de definição de regras de responsabilidade e da possibilidade de retirada em massa dos minoritários da sociedade quando da celebração da convenção de grupo.⁵³

Em síntese, a suposta autonomia jurídica e econômica decorrente de uma organização grupal, encontra óbice na ausência de dispositivos normativos de responsabilização perante credores, que como se verá adiante, reflete fortemente nos casos de recuperação judicial.

7 Grupos de fato

Os grupos de fato, nada mais são do que grupos societários estabelecidos faticamente, mas que não observam os fundamentos legais. Em outros termos, apesar de ser constituída a relação sociedade controladora-sociedade controlada, há a ausência da convenção.

Na verdade, esses grupos podem ser identificados por um conjunto de elementos que indicam a integração das sociedades sob um objetivo ou comando comum. Outras características do grupo de fatos incluem *joint ventures*, integração de atividades, objetos societários complementares, enfim, características pelas quais seja possível perceber participação expressiva entre sociedades juridicamente independentes e autônomas.⁵⁴

Uma das principais diferenças entre os grupos de direito e os grupos de fato está no modo como as sociedades são responsabilizadas⁵⁵. Naquelas, os interesses das sociedades controladas podem ser submetidos de maneira livre, respeitando-se os limites da convenção

de associação de grupos empresariais, sob formas de *holdings*, *joint ventures* e consórcios e — principalmente — acordos de acionistas, aos quais a lei buscou atribuir segurança jurídica que estimulasse os empresários a utilizá-los na formação de grupos de controle.” (PEDREIRA, 2009)

⁵³ COMPARATO; FILHO, 2014, p. 460.

⁵⁴ CEREZETTI, 2015, p. 740.

⁵⁵ Conforme Exposição de Motivos de 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda: “Nas sociedades não grupadas, os administradores - como se vê do artigo 246 - são responsabilizados por qualquer favorecimento de uma sociedade a outra; e tal favorecimento - pela freqüência e facilidade com que ocorre, em prejuízo dos minoritários - está sujeito a sanções e procedimento especial (art 247 e seus §§); já no "grupo" uma sociedade pode trabalhar para as outras, porque convencionam combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns. Em suma: o grupo são sociedades associadas a caminho da integração, que se opera mediante incorporação ou fusão; mas, até lá, as sociedades grupadas conservam a sua personalidade jurídica, e podem voltar à plenitude da vida societária, desligando-se do grupo.

grupal. Portanto, não há que se falar em responsabilização dos administradores por perdas e danos ocasionados à companhia controlada (art. 245 LSA) caso a conduzam seguindo o interesse da sociedade controladora. Nesses casos, os administradores não podem optar por privilegiar os interesses da sociedade controladora, controlada ou coligada. Operações entre elas devem invariavelmente considerar as condições comutativas ou garantir o pagamento compensatório adequado à parte prejudicada”.⁵⁶

Ademais, há requisitos claros para contratações intragrupais, já que em sentido diametralmente oposto às estipulações contratuais, onde necessariamente existe a livre negociação, bem como a observância das condições de mercado, aqueles contratos realizados entre grupos sociedade apenas obedecem a vontade da sociedade controladora. Aliado a isso, a submissão dos administradores aos controladores gera a necessidade não só da responsabilização por abuso do poder de controle (arts. 117 e 246 da LSA), mas também por infração dos próprios administradores, pois estes devem exercer sua função norteando-se pelo interesse da respectiva companhia gerida e não de outrem (arts. 159 e 245 da LSA).⁵⁷

A disciplina específica sobre grupos de fato limita-se aos seguintes pontos: responsabilidade dos administradores (art. 245), relatório da administração e demonstrações financeiras (arts. 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 e 252) e incorporação de controlada por controladora (art. 264). Salvo estas normas, as sociedades que formam um grupo de fato devem observar a disciplina aplicável às sociedades isoladas. Em outras palavras, nessas relações intersocietárias continua incidindo o regime jurídico incidente nas demais sociedades por ações.⁵⁸

Essas restrições de atuação dos controladores e administradores, apenas retratam o fato de que, na verdade, cada empresa do grupo possui personalidade própria, gerando uma situação que acaba por cruzar o princípio da organização autônoma da sociedade com a existência de grupos societários. Em outras palavras, a orientação da sociedade controlada, possuidora de órgãos capazes de deliberar sobre as decisões a serem tomadas, é refreada pela própria sociedade controladora.

⁵⁶ CERZETTI, 2015, p. 743.

⁵⁷ Cf.: SKEEL, David A. Jr. and TRIANTIS, George. **Bankruptcy's Uneasy Shift to a Contract Paradigm** (2018). Faculty Scholarship at Penn Law. 1991.

⁵⁸ PRADO, Viviane Muller. **Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 005-027, jun-dez. 2005, p. 012.

8 Recuperação Judicial dos grupos

Por um lado, o grupo — como um todo — pressupõe entidades individuais dentro dele. Por outro lado, sua união em torno de um único centro é fundamental precisamente para atenuar — às vezes até mesmo superar — a individualidade de cada assunto. Essa contradição repousa no lado substancial sem realmente desconsiderar o lado legal. Como já exposto nos capítulos anteriores a empresa permanece “única” porque sua direção é centralizada, sua fonte financeira é única, as ações econômicas realizadas através de operações individuais são singulares e tomadas unilateralmente, porém a empresa é fundada na pluralidade das organizações autônomas, mesmo que elas estejam somente funcionalmente conectadas.

Os sistemas jurídicos normalmente lidam com o "problema de grupo" do ponto de vista do direito das sociedades, que se destina principalmente a regulamentar a empresa como ente único. [...] Essencialmente, o problema é o tratamento que um grupo recebe através de conceitos tradicionais, específicos para sociedades únicas⁵⁹

Apesar da grande presença no mundo prático, as empresas que se organizam através de grupos não encontram guarida na LRE, conforme já discutido anteriormente, preocupando-se a lei somente em fornecer instrumentos de recuperação para sociedades individuais⁶⁰. Em que pese ao legislador brasileiro omitir-se sobre o assunto, percebe-se essa ausência, também, em outros ordenamentos jurídicos.⁶¹

Importante destacar que, a despeito da incerteza das consequências no mundo fático dos pedidos de recuperação judicial dos grupos — de direito ou de fato —, tais grupos são plenamente admissíveis conforme Agravo de Instrumento n. 2014254-85.2016.8.26.0000:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO DE EMPRESAS INTEGRANTES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO DE FATO. POSSIBILIDADE. Interesse e legitimidade da holding para o pedido recuperacional. Balancete da empresa que demonstra que seu patrimônio líquido atual é insuficiente para saldar as dívidas decorrentes de aval prestado nos contratos firmados por outra empresa do mesmo grupo econômico. Atendimento do disposto no art. 47 da lei 11.101/05. Viabilidade do processamento do pedido recuperacional

⁵⁹ MEVORACH, 2009, p. 33. Tradução livre de: “Legal systems normally deal with the ‘group problem’ from the point of view of company law, which is primarily designed to regulate the single company. [...] Essentially, the problem is that the treatment a group receives thorough traditional concepts of single entities”

⁶⁰ Na Alemanha “Eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz” (HIRTE, 2018)

⁶¹ A saber: França e Reino Unido.

conjunto. Intenso vínculo negocial existente entre as agravadas. Celebração de diversos negócios em conjunto e estabelecimento de garantias cruzadas prestadas entre as recuperandas. Decisão agravada mantida. Recurso improvido.⁶² (grifo nosso)

Como demonstrado, a escolha por esse caminho legislativo é insuficiente em face da tamanha evolução nas relações intersocietárias, cabendo aos operadores do direito buscar soluções adequadas. Dito isso, faz-se mister compreender que desse cenário decorrem duas consequências lógicas que necessitam de um estudo mais aprofundado. A primeira delas, foco do presente trabalho, diz respeito à responsabilização das sociedades pertencentes a grupos quando do pedido de recuperação desses grupos e a segunda sobre o próprio soerguimento do grupo, de modo que esse emaranhamento de companhias não seria levado em conta na reestruturação empresarial.

Os grupos societários, por não possuírem instrumentos específicos de recuperação, transformam a relação entre credor e sociedade devedora de maneira que ela não seja considerada parte de um grupo societário. É evidente que isso facilita o tratamento injusto a credores, no sentido em que as diretrizes concursais — e as societárias — colocam as sociedades como entes autônomos, com responsabilidade limitada e patrimônio independente, ainda que, conforme demonstrado, na prática essa autonomia desvaneça pela participação ativa entre as sociedades integrantes do grupo. Essas participações sugestionam a maneira em que os planos estratégicos são engendrados, de sorte que se considera o quadro societário completo e o modo como essas organizações se colocam perante terceiros e, não obstante, a lei as trata como unidades autônomas.⁶³

A respeito da superação da dificuldade pelos grupos, é perceptível que as consequências não se limitam somente a uma empresa integrante do grupo, pois aquele organismo percebido como único é afetado do “topo à base, cenário [que] rapidamente se traduz no famoso efeito dominó”⁶⁴, de maneira que há a desestabilização financeira dos outros componentes do grupo. Nessa esteira, no intuito de que a reestruturação atinja seu fim último, é preciso que as alternativas utilizadas sejam apropriadas para que todas, ou parte das sociedades que concorrem para o devido exercício da atividade empresária, sejam amparadas.⁶⁵

⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Agravo de instrumento 2014254-85.2016.8.26.0000**. Relator: Hamid Bdine. Julgado em: 15/06/16.

⁶³ CEREZETTI, 2015, p. 743.

⁶⁴ *ibid* p. 748

⁶⁵ *ibid* p. 744.

Malgrado a carência de diplomas legislativos que tratam dessa matéria, existem aqueles que cuidam de caracterizar os grupos societários⁶⁶ e que tentam oferecer soluções para a proteção dos credores. Como já mencionado, a inspiração para a criação da Lei das Sociedades Anônimas foram as normas germânicas, as quais contam com uma solução de três níveis (“*three stage solution*”)⁶⁷ para proteção dos credores:

No primeiro nível, encontra-se a chamada *Eingliederung*. A *Eingliederung* constitui uma forma qualificada de contrato de dominação (*Beherrschungsvertrag*), sendo considerada uma forma intermediária entre contrato de dominação e fusão. Diferentemente da fusão, a sociedade mantém a personalidade jurídica; diferentemente do contrato de dominação, o patrimônio da referida sociedade encontra-se à disposição da sociedade de comando. Isso porque a administração da *eingegliederte Gesellschaft* é obrigada a seguir todas as instruções da sociedade de comando (*Hauptgesellschaft*), de acordo com o §323 AktG. Essa situação justifica-se com base nas características peculiares desse tipo de sociedade. [...] **Com relação à proteção dos credores, prevê-se a responsabilidade integral da sociedade de comando pelos débitos da sociedade subordinada, em caso de *Eingliederung*.**

[...] Em um segundo nível de integração, encontram-se as sociedades ligadas por um contrato, que pode ser um *Beherrschungsvertrag* ou um *Gewinnabführungsvertrag* (§291). Fala-se em nível mais baixo de integração porque o direito da sociedade de comando de determinar o destino da sociedade comandada está sujeito às limitações previstas no contrato de grupo e nos dispositivos dos §308-318 AktG. **Mesmo não sendo responsável pelos débitos da sociedade subordinada [...] a sociedade de comando é obrigada a repor todo ano as perdas contábeis sofridas pela sociedade subordinada (§ 302).**

Por fim, no terceiro nível encontram-se os assim chamados grupos de fato. Neles, existe apenas a **obrigação de reparar os danos ocasionados por decisões tomadas pela sociedade controladora (§311).**⁶⁸

O que se percebe da observação desses dispositivos e da evolução jurisprudencial do *Bundesgerichtshof* (BGH)⁶⁹, é o entendimento de existir uma responsabilidade grupal subjetiva e estrutural. Em outras palavras, para que a sociedade controladora seja responsabilizada é necessário que o autor demonstre a fraude (frise-se que o réu também tem o ônus de prestar

⁶⁶ Argentina e Espanha, respectivamente: MANÓVIL, Rafael M. **Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1998. QUETGLAS, Rafael S. **El Concurso de Acreedores del Grupo de Sociedades**. 2ªed., Cizur Menor, Thomson Reuter Civitas, 2013.

⁶⁷ Cf.: M. Lutter, “The law of groups of companies in Europe: a challenge to jurisprudence” in Forum international on commercial law and arbitration, vol.1, 1983, nº 1, p. 24; “Des Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung” in SAG 1976, pp. 152 ss

⁶⁸ COMPARATO; FILHO, 2014.

⁶⁹ **Caso Autokran**, decisão de 16.09.1985, BCHZ 95, p. 330.; **Caso Tiefbau**, decisão de 20.02.1989, BCHZ 107, p. 7; **Caso Video**, decisão de 23.09.1991, DB 1991, p. 2.176; **Caso TBB Urteil**, decisão de 29.03.1993, NJW 1993, p. 1.200.

esclarecimentos a respeito da *Konzern*⁷⁰), de modo que insuficientes ou não prestados, são admitidos como verdadeiros os fatos alegados, bem como a existência de uma relação grupal entre as sociedades.

Essa lógica — responsabilidade grupal subjetiva e estrutural — é que acaba perpassando por algumas das proposições que tentam fornecer soluções aos empecilhos concernentes aos direitos dos credores no direito falimentar brasileiro atual, já que, como se verá adiante, a mera aceitação do pedido de consolidação processual não implica aquiescência da consolidação substancial.⁷¹

9 Consolidação Processual

A coletividade constitui elemento precípua de qualquer sistemática falencial.⁷² Decorrente disso, mas ainda não adentrando o mérito da responsabilidade em si, uma das opções encontradas pela jurisprudência e doutrina foi a da consolidação do concurso e/ou as dívidas do grupo. Consoante o exposto no capítulo 5, apesar da lacuna jurídica quanto ao tema, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil é medida plenamente possível.

A formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, a despeito da ausência de previsão na Lei n° 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 n° 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 n° 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.⁷³

⁷⁰ Cf.: nota de rodapé n. 30.

⁷¹ Enunciado n. 98 da III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: A admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial.

⁷² “There are two necessary antecedents before [a bankruptcy] procedure of collective execution need be invoked: (a) insolvency, actual or apparent, of the debtor, and (b) plurality, actual or potential, of the creditors.” (LEVINTHAL, 1918.)

⁷³ COSTA, Ricardo Brito. **Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?**. Revista do Advogado, São Paulo, AASP, v. 29, n. 105, 2009, p. 182.

Destarte, a consolidação processual dentro do processo falimentar, em sua essência, nada mais é do que o empréstimo do conceito, em gênero, do “litisconsórcio ativo” positivado no direito processual civil.

Isto significa dizer que sua aplicação, dentro do campo do direito de recuperação das empresas em crise, se dá através da convergência de, e somente de, atos processuais⁷⁴ das devedoras em recuperação judicial, que por sua vez favorece a materialização dos princípios da celeridade e economia processual.⁷⁵

Ademais, esse processo único que decorre do litisconsórcio propicia uma maior chance de sucesso do processo recuperacional, bem como uma limitação dos gastos, ou seja, obedece também ao princípio da preservação da empresa, sendo possível perceber esse raciocínio em decisões judiciais:

Assim, a formação do litisconsórcio ativo, na hipótese, foi corretamente deferida, uma vez que restou demonstrada a existência do grupo econômico de fato, considerando-se, ainda, que o ajuizamento separado das ações de recuperação de cada uma das empresas interligadas comprometeria a própria eficiência do processo recuperacional, afetando o possível soerguimento do grupo econômico, tendo em vista que haveria a possibilidade de serem proferidas decisões conflitantes.⁷⁶

Mesmo que possível o emprego do instituto nesse cenário, faz-se mister delimitá-lo a fim de se evitar imprecisões. Em seu art. 113⁷⁷, o Código de Processo Civil atribui gênero aos tipos de litisconsórcio: nomeadamente litisconsórcio ativo e passivo, no sentido de haver expressa permissão para duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) ocuparem a posição de autor ou réu dentro do processo, respectivamente (considerados os incisos I, II e III⁷⁸). Os artigos seguintes definem as espécies desses conceitos, vejamos:

⁷⁴ Ex: “[...]atuação de apenas um administrador judicial, na reunião conjunta de comitês de credores, na simplificação da apuração de créditos, na facilitada troca de informações para que se obtenha precisa compreensão da situação societária e financeira das devedoras, e na adoção dos mesmos prazos processuais para os importantes momentos da recuperação, tais como para a apresentação das relações de credores e dos planos de recuperação judicial, bem como para a realização de assembleia de credores para deliberação sobre proposta das devedoras.” (CEREZETTI, 2015, p. 751).

⁷⁵ COSTA, 2009, p. 180-181.

⁷⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, AI 2126008-61.2018.8.26.0000, 2ª C. R. D. Emp., Rel. Des. Maurício Pessoa, julg. 27.8.2018.

⁷⁷ **Art. 113 do Código de Processo Civil Brasileiro:** Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativamente ou passivamente

⁷⁸ I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

(a) conforme possam ou não as partes dispensar ou recusar a formação da relação processual plúrima, o litisconsórcio classifica-se em:

(i) necessário: o que não pode ser dispensado, mesmo com o acordo geral dos litigantes;

(ii) facultativo: o que se estabelece por vontade das partes e que se subdivide em irrecusável e recusável. O primeiro, quando requerido pelos autores, não pode ser recusado pelos réus. O segundo admite rejeição pelos demandados;

(b) do ponto de vista da uniformidade da decisão perante os litisconsortes, classifica-se o litisconsórcio em:

(i) unitário (especial): que ocorre quando a decisão da causa deva ser uniforme em relação a todos os litisconsortes; e

(ii) não unitário (comum): que se dá quando a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes.⁷⁹

Essas qualificações são necessárias à medida que a aplicação dentro do direito falimentar ocorre, geralmente, em casos que a espécie do litisconsórcio não é necessária e nem unitária.

No primeiro caso temos a consequência da aplicação do art. 114⁸⁰ do CPC, ou seja, sua ocorrência dependerá necessariamente da verificação de dispositivos legais exigindo a sua aplicação ou do vínculo estabelecido entre os litisconsortes decorrentes da relação jurídica objeto da lide.

O caminho percorrido no presente trabalho delinea exatamente a ausência de quaisquer dispositivos que submeta os grupos societários ao litisconsórcio ativo, bem como constrói uma linha argumentativa no sentido de que as empresas integrantes desse tipo de organização societária são independentes entre si, por isso não há sentido em se falar de litisconsórcio necessário para grupos.

Já no segundo caso, na mesma linha de pensamento da autonomia das empresas, o litisconsórcio unitário não deve ser aplicado, pois são preservadas suas individualidades dentro do âmbito processualístico e, conseqüentemente, as decisões decorrentes deste processo serão específicas a cada litisconsorte.

Nessa esteira o que se depreende é que os processos, em consolidação processual, de recuperação judicial de grupos econômicos são da espécie litisconsórcio facultativos comuns.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 461.

⁸⁰ **Art. 114 do Código de Processo Civil Brasileiro** O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Essa diferenciação é importante de modo a se respeitar o princípio da independência dos litigantes.⁸¹

10 Consolidação Substancial

Em casos específicos a responsabilidade subjetiva e estrutural poderá ser constatada,⁸² desta feita, a resposta adequada a esses processos será a consolidação substancial, onde suprimida a autonomia empresarial⁸³ e a independência dos litigantes, os ativos de todo grupo responderão perante os credores.

A consolidação substancial emerge então como doutrina equitativa que permite, em circunstâncias apropriadas, a desconsideração da separação legal de uma empresa devedora integrante de um grupo, o qual pode ou não ser devedor em um processo de recuperação com o fito de unir seus respectivos ativos e passivos durante o procedimento, respondendo assim perante todos os credores. Esses efeitos — combinação de passivos e ativos em uma única entidade, extinção de obrigações intragrupo e cisão do *entity shield*⁸⁴ — derivam do que se foi convencionalizado pela comunidade internacional⁸⁵, calcados na acepção americana do conceito.⁸⁶

Traçando paralelos é possível identificar a similitude do supramencionado instituto com a desconsideração da personalidade jurídica; essa aproximação justifica-se pela (i) excepcionalidade da sua adoção, e (ii) atuação bastante específica.⁸⁷ Ainda mais, pode ser

⁸¹ Cf.: DINAMARCO, Cândido R. **Liticonsórcio (um estudo sobre o liticonsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

⁸² Essa constatação pode ser confirmada de diferentes maneiras: reconhecimento da confusão patrimonial, relações internas e garantias cruzadas por parte das empresas integrantes do grupo econômico, coincidência de diretores, relação de controle e/ou dependência entre as empresas do grupo. TJSP: Agravo de Instrumento 2009147-60. 2016.8.26.0000; Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível – 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 27/03/2017

⁸³ Para Ana Perestelo de Oliveira, não há que se falar em cessação da autonomia empresarial, já que “na fase de insolvência, as barreiras patrimoniais e financeiras entre as sociedades, antes se reconhece que, em casos determinados, elas não existiam previamente à insolvência, daí se retirando consequências do ponto de vista da realização material dos interesses dos credores”. OLIVEIRA, 2017, p. 387.

⁸⁴ DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 147

⁸⁵ UNCITRAL. **Legislative Guide on Insolvency Law - Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency**. Vienna: United Nations, 2012.

⁸⁶ Cf: *Sampell v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 (1941)

⁸⁷ CERZETTI, 2015, p. 765.

percebida com mais rigor no uso da consolidação substancial alicerçada pelas hipóteses presentes no art. 50 do Código Civil, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial⁸⁸.

Para além destas, a ausência de critérios objetivos para aplicação da consolidação substancial, fez com que o juiz Daniel Carnio Costa, da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, proferisse uma decisão na qual ele estabeleceu outros requisitos a serem observados:

No direito brasileiro, dá-se a consolidação substancial quando as empresas do grupo econômico se apresentam como um bloco único de atuação e são vistas pelo mercado como uma unidade para fins de responsabilidade patrimonial, observando-se confusão patrimonial e utilização abusiva da separação de personalidades jurídicas em prejuízo dos credores. A consolidação substancial e a desconsideração da personalidade jurídica são, na verdade, duas facetas de uma mesma moeda ou são ligadas por uma via de mão dupla. (...) Esse juízo já fixou os requisitos objetivos exigidos para a excepcional autorização da consolidação substancial na decisão de fls. 4582/4585, quais sejam: **a) interconexão das empresas do grupo econômico; b) existência de garantias cruzadas entre as empresas do grupo econômico; c) confusão de patrimônio e de responsabilidade entre as empresas do grupo econômico; d) atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico no mercado; e) existência de coincidência de diretores; f) existência de coincidência de composição societária; g) relação de controle e/ou dependência entre as empresas integrantes do grupo econômico; h) existência de desvio de ativos através de empresas integrantes do grupo econômico.** Além da presença desses requisitos objetivos, exige-se, para autorização da consolidação substancial, que os benefícios sociais e econômicos da recuperação judicial processada em consolidação substancial justifiquem a sua aplicação. Vale dizer, sua aplicação deve ser fundamental para que se consiga manter os benefícios econômicos e sociais que decorrem da preservação da atividade empresarial (empregos, riquezas, produtos, serviços, tributos etc.).⁸⁹ (grifo nosso)

Isto posto, apesar dessa afinidade entre os conceitos, eles não podem ser confundidos à medida que suas finalidades são distintas. Tratando-se da desconsideração, a autonomia da pessoa jurídica é separada dos sócios provisoriamente, de acordo com o caso concreto — usualmente pelo abuso ou fraude quando da utilização da personalidade jurídica⁹⁰ — para que o patrimônio destes possa ser alcançado e o terceiro lesado ressarcido. Seu objetivo, portanto,

⁸⁸ Percepção também compartilhada pela doutrina: “por abuso da personalidade jurídica entende-se, objetivamente, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, que se podem materializar por uma infinidade de formas fraudatórias e que causam prejuízo aos credores.” NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** - 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.39.

⁸⁹ SÃO PAULO. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. **Processo n.º 1041383-05.2018.8.26.0100**. Juiz de Direito Dr. Daniel Carnio Costa. Pedido de Recuperação Judicial da Urbplan Desenvolvimento Urbano S.a. e outros. São Paulo, julgamento 12.07.18.

⁹⁰ COMPARATO; FILHO, 2014, p. 307-309.

é de responder a um determinado credor, levando em consideração à circunstância de que se originou o pedido de desconsideração.

Nesse sentido, a consolidação implica na formação de um quadro mais favorável para a reorganização empresarial, porquanto os credores disporão dos ativos de todo o grupo para o cumprimento das obrigações e o próprio grupo que se beneficiará de uma solução única para a resolução de sua crise.⁹¹ Em outras palavras, a sua utilização só se sustenta a partir do momento em que há uma maior eficácia do princípio da *par conditio creditorum*.

Dentro dessa estrutura onde se busca o maior aproveitamento por parte dos credores, existem duas decisões que dão a assembleia geral de credores o poder de estabelecer ou não o emprego da consolidação substancial, vejamos:

Agravo de instrumento. Procedimento de recuperação judicial do grupo OSX. Existência de 03 (três) planos recuperatórios, cada um se reportando a uma empresa e com sua própria lista de credores, prevendo diferentes termos de pagamento e mencionando fontes de recursos diversas para a satisfação das dívidas. Objeção levantada pela Caixa Econômica Federal – S/A, ora 2ª agravada e credora das recuperandas, ora 1ªs agravadas. Interlocutória que a defere, determina a unificação dos planos, concede prazo para a sua apresentação e suspende irrisignação. (...) Modificação dos planos que foram unificados. Questão que deve, obrigatoriamente, ser submetida à Assembleia Geral de Credores, órgão colegiado que tem competência exclusiva para deliberar sobre as objeções e qualquer outra matéria que possa afetar o interesse dos credores (art. 35, i, ‘a’ e ‘f’, da lei federal nacional n.º 11.101/2005(...)). Agravo de instrumento prejudicado.⁹²

Não comporta, a priori, interferir materialmente sobre o tema diante da ausência de previsão legal específica sobre o instituto e da autonomia soberana dos credores em relação plano de recuperação judicial proposto pelas recuperandas, competindo ao Judiciário, por via de regra, somente o controle relativo à licitude das providências deliberadas. Em sede de cognição sumária, na ausência de elementos concretos de que houve negociação com os credores e de que estes são favoráveis ao plano unitário, depreendo que deve ser promovida a votação da consolidação substancial de esferas societárias do Grupo Oi, como questão de ordem na Assembleia Geral dos Credores – AGC⁹³

Evidenciando a questão, a possível aplicação da consolidação substancial, como visto, deve ser alvo de um escrutínio rigoroso por parte do Poder Judiciário e de seus credores, igualmente àquele praticado para a desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que,

⁹¹ CERZETTI, 2015, p.766.

⁹² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo n.º 0043183-31.2014.8.19.0000**, 14ª Câmara Cível. Relator: Gilberto Guarino. Rio de Janeiro, julgamento em 08.10.2014.

⁹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento de n.º 0048011-65.2017.8.19.0000**. 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa. Decisão interlocutória proferida em: 06 set. 2017.

ambos pretendem afastar a autonomia patrimonial. Para aqueles feitos em que se faça essencial a decisão judicial, dá-se o nome de consolidação substancial obrigatória. Nos casos em que o poder decisório do estabelecimento da consolidação substancial recai sobre os credores, dá-se o nome de consolidação substancial voluntária.

Outro ponto importante a se levantar diz respeito a classificação das consolidações substanciais, a depender se são voluntárias ou obrigatórias, dentro dos parâmetros estabelecidos no capítulo anterior que tratou sobre a consolidação processual e as definições de litisconsórcio. A obrigatória seria classificada como sendo litisconsórcio necessário e unitário, inclusive estabelecida em decisões:

Situação diversa ocorre quando, no interior do grupo, as diversas personalidades jurídicas não são preservadas como centros de interesses autônomos. 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). **Nessa segunda situação, de consolidação substancial, há verdadeiro litisconsórcio necessário. Diante da confusão entre as personalidades jurídicas dos integrantes, a reestruturação de um dos integrantes do grupo depende da reestruturação dos demais.** Por seu turno, as relações contratadas perante terceiros revelam não apenas uma pessoa jurídica contratante, mas não raras vezes evidenciam um comportamento do próprio grupo como um todo, ainda que a contratação tenha sido realizada com apenas uma das pessoas jurídicas integrantes.⁹⁴ (grifo nosso)

A voluntária encontrar-se-ia como litisconsórcio facultativo e unitário, pois, apesar de, *ab initio*, parecer se tratar de litisconsórcio simples, a aceitação ou reprovação do pedido de recuperação judicial de todo o grupo econômico, necessariamente afetaria todas as empresas. É o que se vê no seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA. Pretensão de exclusão de determinadas pessoas jurídicas do decreto falimentar. Impossibilidade. Pessoas jurídicas que, em litisconsórcio com outras empresas do mesmo grupo, deduziram pedido de recuperação judicial. Empresas que pleitearam a recuperação judicial e, assim sendo, devem sujeitar-se a todos os seus efeitos, sejam eles

⁹⁴ SÃO PAULO. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. **Processo n.º 1007989-75.2016.8.26.0100**. Juiz de Direito Dr. Marcelo Barbosa Sacramone. Pedido de Recuperação Judicial da Blue Bird Participações S.A. e outros, julgamento: 03.02.2016.

positivos ou negativos, sob pena de inegável ofensa ao princípio do "*venire contra factum proprium*" (...). Recurso não provido.⁹⁵

O liame entre a possibilidade do pedido em conjunto pelas empresas e sua aceitação reside na configuração da existência de uma relação grupal entre elas, seja ela de direito ou de fato. A jurisprudência pátria vem adotando esse entendimento:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Possibilidade. Precedentes desta Câmara que reconheceram a possibilidade, em tese, de pedido de 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. Pedido formulado por três sociedades empresárias distintas, detidas direta ou indiretamente por dois irmãos. Grupo econômico de fato configurado. Estabelecimento de uma das sociedades em cidade e estado diversos. Irrelevância no caso concreto, principalmente em razão desta empresa não possuir empregados. Ausência de credores trabalhistas fora da Comarca de Itatiba. Administrador judicial que demonstra a relação simbiótica das empresas.⁹⁶

Recuperação de empresas - Litisconsórcio ativo (requerimento feito por três empresas conjuntamente) - admissibilidade - As três empresas tem endereços diferentes, CNPJ/MFs diferentes, sócios diferentes, empregados diferentes, credores diferentes, além do que, em relação à cada uma delas, quando existe obrigação acessória, a responsabilidade e de pessoas físicas diferentes - Nada, absolutamente nada demonstra sequer a existência de um grupo de fato sendo que uma das requerentes nem tem endereço na Comarca de Itatiba, onde se pretende o processamento do benefício legal - Agravo de instrumento não provido.⁹⁷

Ao fim e ao cabo, é possível entender como a responsabilidade subjetiva e estrutural se apresenta no Brasil. Primeiramente, o caráter subjetivo decorre da “regra (legal ou jurisprudencial) que, com base em uma predeterminada configuração da estrutura grupal, “presume” a existência de um comportamento fraudulento”.⁹⁸ A característica estrutural é complemento da primeira em razão de ser necessária a comprovação da organização em grupos.

⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0080712-60.2012.8.26.0000**; Relator: Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 16/10/2012; Data de Registro: 30/10/2012.

⁹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000**. Des. Rel. Pereira Calças. J. em 26.06.2012.

⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 9065794-34.2008.8.26.0000**. Des. Rel. Romeu Ricupero. J. em 29.10.2008.

⁹⁸ COMPARATO; FILHO, 2014, p. 502.

Compreende-se que o litisconsórcio ativo no âmbito do direito de recuperação das empresas vem ganhando abertura para que possa ser aplicado, tendo em vista essa mudança paradigmática por parte do Poder Judiciário, que, influenciado por alterações legislativas, passa a levar em consideração em suas decisões princípios que norteiam não só o direito falimentar, mas também o próprio direito societário e constitucional.

11 Conclusão

Como atividade a empresa galgou certa relevância que anteriormente não possuía, isso acontece à medida que se dá como objetivo da própria atividade empresarial, além do lucro, seu fim social e econômico, princípios positivados na Constituição Federal. Contudo, apesar dessa posição alcançada os instrumentos existentes no Decreto-Lei 7.661/1945 para superação da situação da crise econômico-financeira da empresa não eram suficientes.

A Lei 11.101/2005, então, emergiu como inovação. De maneira clara trouxe seus objetivos e princípios em profunda consonância com a Constituição e que agora passam a reger, também, a própria matéria de Direito das Empresas em Crise.

O principal meio trazido para o soerguimento da empresa em crise foi o da recuperação judicial, que consiste na promoção de três princípios basilares: preservação da empresa, função social e estímulo a atividade econômica. Esses princípios ganharam importância à proporção que a ausência de dispositivos específicos dentro do âmbito recuperacional gerou a necessidade de decisões em que eles possam ser observados.

Uma das deficiências da Lei 11.101/05, diz respeito ao tratamento dos grupos societários, os quais são conglomerados de empresas que podem ser classificados em duas categorias distintas.

A primeira delas, chamada de grupos de direito, são definidos pela Lei das Sociedades Anônimas e possuem diretrizes específicas para sua formação: devem ser formalmente constituídos e o interesse do grupo deve estar a frente dos interesses das sociedades integrantes. Isso é feito através de um contrato denominado convenção.

A segunda delas, como grupos de fato, os quais não possuem uma convenção, porém estabelecem cotidianamente uma relação de sociedade-controladora e sociedade-controlada.

Não obstante, o legislador optou por manter a personalidade jurídica própria e a autonomia patrimonial das sociedades participantes do grupo, com fito de proteger as sociedades de possíveis abusos do poder de controle. Todavia, existem casos em que a autonomia patrimonial pode ser afastada.

Diante da crise econômico-financeira dos grupos a Lei 11.101/05, pela ausência de disciplinamento, vem adotando subsidiariamente o conceito de litisconsórcio ativo do Direito Processual Civil.

Observou-se sua aplicação de três maneiras distintas, quais sejam: i) litisconsórcio [ativo] facultativo e comum ii) litisconsórcio [ativo] necessário e unitário iii) litisconsórcio [ativo] facultativo e unitário.

No caso da primeira aplicação, o que se percebeu foi que não há uma quebra na autonomia patrimonial do grupo, pois sua intenção é de meramente proporcionar uma conexão processual, reduzindo custos e favorecendo uma saída mais rápida da crise. Essa situação convencionou-se chamar de consolidação processual.

A consolidação processual propicia então a economia e a celeridade processual que, conseqüentemente, acelera o soerguimento do grupo, contribuindo para que sua função social possa voltar a ser exercida de maneira plena.

Por sua vez, o segundo e o terceiro caso são aqueles que autorizam a união de ativos e passivos de empresas integrantes de um mesmo grupo, em outras palavras, a interrupção da autonomia patrimonial é permitida, a qual é chamada de consolidação substancial.

A seu turno, a consolidação substancial tem um caráter mais amplo, apesar de sua aplicação ser mais restrita, pois necessita da comprovação do abuso de sua personalidade ou que seu emprego auxiliará os credores, à medida que deixa de lado o caráter autônomo de cada sociedade e as reúne como se uma só fossem caracterizando a responsabilidade subjetiva e estrutural.

Como vimos, a consolidação processual e a consolidação substancial vêm sendo cada vez mais utilizadas, haja vista que, a depender do caso, logram êxito em contribuir na prevalência dos princípios norteadores da matéria.

Assim, pelo exposto, pôde se perceber um aumento significativo de processos recuperacionais que usaram as consolidações. Isso permitiu que em dezembro de 2020 fosse promulgada a Lei 14.112, ratificando em nosso ordenamento a consolidação processual e substancial, proporcionando uma maior segurança jurídica e previsibilidade nos processos falimentares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José A. Engrácia. **Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15.01.2021.

_____. Lei n. 11.101, 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, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 86.594/SP**. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, julgado em: 25.06.2008

_____. Exposição De Motivos Nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/em196-lei6404.pdf>. Acesso em: 27.01.2021.

BULGARELLI, Waldírio. **A reforma da Lei de Falências e Concordatas**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 85, 1992.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 3. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. **Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal**; in YARSHELL; PEREIRA; SETOGUTI (coords.). **Processo Societário - Volume II**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial: Direito de Empresa / Fábio Ulhoa Coelho**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Empresarial**. 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio K.; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima / Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho**. – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

COSTA, Ricardo Brito. **Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?**. In: Revista do Advogado – Recuperação Judicial: temas polêmicos. Ano XXIX, nº 105, AASP, São Paulo, 2009.

DINAMARCO, Cândido R. **Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

- DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. São Paulo, Quartier Latin, 2011, vol. II.
- FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- HIRTE, Heribert. **Towards a framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies**: in European Company and financial Law Review 2. (2008).
- LEVINTHAL, Louis Edward. **The Early History of Bankruptcy Law**. 66 U. Pa. L. Rev. 223 (1918). Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol66/iss3/2. Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.
- LISBOA, M. de B *et al.* **A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. In: PAIVA (coord.). Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico**. 5ª Ed. Editora Atlas, São Paulo. 2015.
- _____, Gladston. **Falência e recuperação de empresas** / Gladston Mamede. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- MANÓVIL, Rafael M. **Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1998.
- MEVORACH, Irit. **Insolvency within Multinational Enterprise Groups**. Oxford University Press 2009.
- MIRANDA, Pontes de 1892-1979. **Direito das obrigações: concordatas, crimes falenciais, liquidações administrativas / Pontes de Miranda; atualizado por Manoel Justino Bezerra Filho (coleção tratado de direito privado: parte especial; 30)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** - 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Manual de Grupos de Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2017.
- PEDREIRA, José L. Bulhões. **"Sociedades coligadas, controladoras e controladas"**. In: PEDREIRA, José L. Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy (coords.). **Direito das companhias. v. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PETITPIERRE-SAUVAIN, A. **Droit des sociétés et groupes de sociétés**. Genève: Georg, 1972.
- PRADO, Viviane Muller. **Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 005-027, jun-dez. 2005.
- QUETGLAS, Rafael S. **El Concurso de Acreedores del Grupo de Sociedades**. 2ªed., Cizur Menor, Thomson Reuter Civitas, 2013.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, **Agravo de Instrumento de n.º 0048011-65.2017.8.19.0000**. 8ª Câmara Cível. Relator: Cezar Augusto Rodrigues Costa. Decisão interlocutória proferida em: 06.09.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n.º 0043183-31.2014.8.19.0000**. 14ª Câmara Cível. Relator: Gilberto Guarino. Rio de Janeiro, julgado em 08/10/2014.

SÃO PAULO. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. **Processo n.º 1041383-05.2018.8.26.0100**. Pedido de Recuperação Judicial da Urbplan Desenvolvimento Urbano S.a. e outros, julg. 12/07/18, juiz(a) de Direito: Dr. Daniel Carnio Costa.

_____. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. **Processo n.º 1007989-75.2016.8.26.0100**. Pedido de Recuperação Judicial da Blue Bird Participações S.A. e outros, julg. 03/02/16, juiz(a) de Direito Dr(a). Marcelo Barbosa Sacramone.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0080712-60.2012.8.26.0000**. Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 16/10/2012; Data de Registro: 30/10/2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n.º 0281187-66.2011.8.26.0000**. Relator: Pereira Calças. São Paulo, julgado em 26.06.2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de instrumento n.º 2014254-85.2016.8.26.0000**. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, julgado em: 25.06.2016

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n.º 9065794-34.2008.8.26.0000**. Relator: Romeu Ricupero. São Paulo, julgado em 29.10.2008.

SKEEL, David A. Jr.; TRIANTIS, George. **"Bankruptcy's Uneasy Shift to a Contract Paradigm"** (2018). Faculty Scholarship at Penn Law. 1991.

SOUZA JR; PITOMBO (coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005** / coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**, v. 3/ Marlon Tomazette. - 5. ed. rev. e atual - São Paulo: Atlas, 2017.

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