

LUIS VASCO ELIAS

Coordenador

**10 ANOS DA
LEI DE RECUPERAÇÃO
DE EMPRESAS E FALÊNCIAS
REFLEXÕES SOBRE A REESTRUTURAÇÃO
EMPRESARIAL NO BRASIL**

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2015
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

11. Litisconsórcio Ativo e Consolidação Substancial na Recuperação Judicial

Joel Luis Thomaz Bastos

1. INTRODUÇÃO

Assunto pulsante no momento, quando a Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falências – LRF) completa 10 anos, é o que diz com o processamento de recuperação judicial de grupos de empresas reunidas em um mesmo procedimento (litisconsórcio ativo), bem como a possibilidade de apresentação de um único plano de recuperação judicial em tais situações (consolidação substancial).

Uma vez que várias discussões em torno destes temas têm ganhado força perante o judiciário pátrio, o presente artigo visa abordar, de forma perfunctória – porém, crítica – os principais pontos que gravitam em torno dos mesmos temas, analisando as situações fáticas levadas em consideração, bem como a base legal aplicada a tais situações.

2. OMISSÕES DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Embora a importância dos grupos econômicos, sejam eles de fato ou de direito¹, venha crescendo no cenário nacional e internacional desde meados do século XX, a LRF deixou de regular, de maneira específica, a sua aplicação em relação a eles, limitando-se a mencionar, no seu artigo 1º, o empresário e a sociedade empresária.

A despeito dos indiscutíveis avanços que a nova legislação falimentar trouxe, fato é que a mesma lei simplesmente não trata da questão dos grupos econômicos. Não trata de casos em que as atividades das empresas são tão interdependentes que praticamente não podem ser separadas. Não trata do problema das subsidiárias não operacionais situadas no exterior, no mais das vezes constituídas exclusivamente com a única finalidade de obter crédito internacional para financiamento das atividades realizadas no Brasil. Enfim,

¹ Expressões construídas pela doutrina, não existentes no texto da lei acionária (COMPARATO, Fábio Konder, “Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações”. In: *Revista de Direito Mercantil*, 23/94).

não trata da questão do litisconsórcio ativo ou, como preferem os puristas, da consolidação processual, sob nenhum aspecto.

No entanto, essas situações se apresentam na prática cada vez com mais frequência, notadamente nas recuperações judiciais dos grandes grupos econômicos, formados por diversas sociedades inter-relacionadas de forma complexa, tanto no âmbito societário quanto no econômico.

Valendo-se de institutos de outros ramos do Direito, de modo a encontrar soluções viáveis para esses problemas, a jurisprudência, ainda que com certa recalcitrância, vem entendendo que as diversas sociedades que compõem um grupo empresarial podem adotar procedimento de insolvência único, com vistas à superação da crise econômico-financeira que afeta a todo o grupo.

Via de consequência, a mesma omissão ocorre no que toca ao plano de recuperação judicial nos procedimentos impetrados em litisconsórcio ativo, o que se denominou consolidação substancial. Cabe apresentar um único plano de pagamentos para todas as sociedades do grupo em recuperação judicial? Há a necessidade legal de se apresentar um plano independente para cada uma das empresas? A LRF, definitivamente, não trata desse ponto. E o objetivo deste artigo, repita-se, é tentar jogar um facho de luz em tal questão.

3. LITISCONSÓRCIO ATIVO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL)

Por literal disposição legal (LFR, art. 189) aplica-se aos processos de recuperação judicial, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC). E nem poderia ser diferente, na medida em que a lei especial não pode ter o condão de subverter a natureza dos institutos jurídicos². Ao contrário, como se viu, o Direito Falimentar se relaciona com os outros ramos do Direito, interagindo com eles e tomando emprestado ou utilizando os seus conceitos.

Neste contexto, utilizando-se de conceitos de outros ramos do Direito, os tribunais têm admitido o litisconsórcio ativo em ações de recuperação judicial no caso de grupos econômicos, para abranger diversas empresas que comungam de direitos e obrigações em um só procedimento, inclusive algumas situadas fora do território nacional. Trata-se de consolidar processualmente a

2

Ver WAISBERG, Ivo. "A garantia real sobre bem de terceiro e a lei falimentar". *Revista Brasileira de Direito Comercial*, a. 1, nº 1, out.-nov. 2014, pp. 73-81.

reestruturação financeira de várias empresas de um mesmo grupo em um único procedimento, o que se afigura altamente correto e de acordo com as melhores práticas jurídico-processuais.

Vejamos:

O art. 265 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976 – LSA) prevê que a sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. O art. 266 da mesma lei, por sua vez, prevê a conservação da personalidade e do patrimônio individuais de cada sociedade.

Estes são os chamados grupos de direito, cuja estrutura organizacional permite “que as partes contratualmente disponham sobre a subordinação de interesses e tracem operações intragrupo sem observar critérios de comutatividade”³. Esses grupos, no entanto, não são comuns⁴. O que se tem, na prática nacional, são os chamados grupos de fato, os quais, na lição de Eizirik, assim se conceituam:

“(...) por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional. [...] Assim, as relações entre sociedades do mesmo grupo de fato devem, obrigatoriamente, ser estabelecidas em bases equitativas, como seriam as relações entre companhias distintas, sem favorecimento entre acionista controlador e sua controlada.”⁵

E quanto a tais grupos, que no mais das vezes – senão em todas elas – comungam sim de direitos e obrigações; que prestam entre si “garantias cruzadas” (reais e/ou fidejussórias) e que são totalmente dependentes entre si tanto na operacionalização de suas atividades sociais quanto na captação e gestão de seus recursos e ativos, a jurisprudência ainda tem sido cautelosa ao reconhecer a necessidade (e não simplesmente a faculdade) do processamento conjunto da recuperação judicial. Confira-se exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo

3 CERZETTI, Sheila C. Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Processo Societário II: Adaptado ao Novo CPC – Lei nº 13.105/2015**, p. 739.

4 Segundo Nelson Eizirik, eles são raríssimos (EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. III: Artigos 189 a 300, p. 520). Sheila Cerezetti contesta esta afirmação, ressaltando que não são tão raros quanto se imaginava (CERZETTI, Sheila, *op. cit.*, 2015, p. 739).

5 EIZIRIK, *op. cit.*, 2011, pp. 516-517.

(TJSP) fiando-se na situação cadastral (registro na junta de comércio) das empresas quando da análise da existência de grupo “de fato”.

“Na falta de elementos elucidativos definitivos de existência de um grupo econômico, há de prevalecer a situação cadastral das empresas, que são distintas, com ramos diferentes, embora complementares, com sedes em locais situados em comarcas diversas, e com sócios também diferentes.”⁶

Ou seja, embora existam robustas decisões (corretas, diga-se) admitindo o processamento de recuperação judicial dos chamados grupos econômicos “de fato”, a jurisprudência ainda claudica neste sentido, havendo premente necessidade de ultrapassar tal discussão, de modo a adequar o entendimento jurisprudencial à moderna realidade dos conglomerados empresariais do País.

Verdade seja dita, já por diversas ocasiões o TJSP esclareceu muito bem a questão do litisconsórcio ativo no âmbito da recuperação judicial, deixando claro, inclusive, a perfeita adequação da norma do art. 46, inciso I, do CPC à espécie:

“O litisconsórcio ativo entre as diversas pessoas jurídicas de um mesmo suposto grupo econômico de fato é de natureza facultativa e não necessária. Não se vê razão fática ou jurídica para determinar *ex officio* a sua inclusão no polo ativo da demanda, impondo-lhes a fôrceps regime de recuperação judicial que não desejam.”⁷

“[N]o grupo empresarial tem-se a reunião de esforços de todos os participantes na consecução do fim comum, situação que demonstra, *de per si*, a forte vinculação entre as empresas, que bem se amolda na comunhão de interesses exigida no art. 46, inc. I, do Código de Processo Civil.”⁸

E tal entendimento efetivamente se apresenta correto, de vez que, verificada a comunhão de direitos e obrigações entre as empresas componentes de um mesmo grupo, fica escancarada a utilidade/necessidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, de maneira a propiciar uma solução integral à crise econômico-financeira do grupo econômico.

Com efeito, se a crise de uma empresa pode afetar outra empresa do mesmo conglomerado econômico, parece lógico que entre elas existe comunhão

6 TJSP. Ag. Instr. 638.370-4/0-00. Rel. Des. Romeu Ricupero. J. 30.06.2009.

7 TJSP. Ag. Instr. 2067513-29.2015.8.26.0000. Rel. Des. Francisco Loureiro. J. 20.05.2015.

8 TJSP. Ag. Instr. 2094999-86.2015.8.26.0000. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. J. 31.08.2015.

de direitos ou deveres em relação à lide, o que torna evidente a conexão e a imperiosa necessidade de se evitar, ao final, destinos diferentes a tais empresas⁹.

Em uma palavra, a ideia é que a concessão da recuperação judicial (LFR, art. 58) a uma das empresas implique idêntico tratamento às demais, da mesma forma que a falência de uma conduza as demais ao mesmo destino. Mas este ponto será mais detidamente analisado adiante, eis que diz com a consolidação substancial de planos de recuperação judicial.

Importante frisar, por suposto, com vistas a evitar a utilização indistinta e espúria do utilíssimo instituto do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, que é imprescindível a existência de comunhão de direitos e obrigações entre as sociedades, não sendo dado lançar mão de tal expediente em grupos cujas sociedades que o compõem não têm relações umas com as outras, são totalmente independentes, ou atuem em ramos distintos e distantes.

Em suma, vale o litisconsórcio ativo nos casos em que a situação de crise afete a todas as sociedades, ou ao menos todas aquelas que atuam em um mesmo ramo de atividade ou em atividades relacionadas entre si, no chamado “efeito dominó”¹⁰.

4. CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Como corolário de tudo dito acima quanto à consolidação processual (litisconsórcio ativo) na recuperação judicial, faz-se oportuno analisar a questão da chamada consolidação substancial, ou seja, a possibilidade de apresentação de uma proposta única de pagamento aos credores.

Importante delimitar, para evitar confusão usual, o conceito de consolidação processual – em que ainda se insere a discussão acerca do plano único, apresentado em um só instrumento – com a ideia de consolidação substancial, esta mais abrangente, que implica a elaboração e a apresentação de proposta única de pagamento aos credores, seja em plano único, seja em planos distintos.

9 “(...) a identidade de um ponto de fato ou de direito pode levar a uma prova única ou a uma solução análoga para casos semelhantes, com economia processual e prevenção do perigo de decisões logicamente conflitantes. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1: Teoria geral do processo e auxiliares da justiça, p. 121. No mesmo sentido, ensina José Frederico Marques: “A cumulação subjetiva de lides, resultante de conexão, tem duplo objetivo: o da economia processual e o de evitar decisões contraditórias” (MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II, p. 183).

10 CERZETTI, Sheila, *op. cit.*, 2015, p. 748.

A consolidação substancial:

“(...) consiste na consolidação – total ou parcial – das dívidas concursais e ativos das sociedades, que passam a responder perante todo o conjunto de credores, desconsiderando-se o fato de que cada devedora teria gerado um específico passivo.”¹¹

Em outras palavras, temos uma situação em que uma ou mais sociedades respondem pelas dívidas de outra ou outras, em benefício do grupo como um todo. Assim, seria desconsiderada a dívida individual de cada uma, resultando em uma aglomeração dos ativos das sociedades para fazer frente às dívidas de todas¹².

Esta aglomeração pode ser manifestada em um plano único ou em vários planos interligados. Com isso, nos casos em que as atividades das várias sociedades que compõem um grupo econômico estão interligadas e, muitas vezes, se mostram interdependentes, a proposta para a solução da crise viria de forma conjunta, evitando-se medidas conflitantes.

Dentre os variados argumentos utilizados por aqueles que defendem a impossibilidade de consolidação substancial, encontra-se aquele que alega a impossibilidade de se admitir que as sociedades em recuperação respondam, em conjunto e unitariamente, pelas dívidas de todas.

Ousamos discordar de tal argumento.

Primeiro, porque quando um credor negocia com um determinado devedor integrante de um grupo econômico¹³, ele leva em consideração este fato, sendo que no mais das vezes exige garantias (reais e/ou fidejussórias) de outras empresas do mesmo grupo para o negócio. Ou seja, o próprio credor conhece e analisa a solidez do grupo como um todo antes de realizar a transação.

O que se tem, então, é que todo o emaranhado contratual que envolve o grupo econômico, a própria apresentação como grupo, as garantias cruzadas, as atividades contratadas entre si, devem ser tratadas em conjunto no âmbito de um único processo de recuperação judicial, aplicando-se a consolidação substancial.

Destaque-se que o Fisco também vê o grupo como uma entidade única, sendo que não raro o grupo como um todo é responsável pelas dívidas fiscais

11 CEREZETTI, Sheila, *op. cit.*, 2015, p. 764.

12 CEREZETTI, Sheila, *op. cit.*, 2015, p. 765.

13 Vê-se que muitas empresas se apresentam ao mercado como integrantes de grandes grupos corporativos, conforme análise do TJSP. Ag. Instr. 2094999-86.2015.8.26.0000. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. J. 31.08.2015.

de cada uma das sociedades que o compõem. O mesmo ocorre em relação aos credores trabalhistas, inclusive com o robusto aval da Justiça do Trabalho.

Em segundo lugar, porque a não consolidação pode resultar em situações no mínimo esdrúxulas. Vejamos:

Suponhamos que várias sociedades de um mesmo grupo em crise econômico-financeira apresentem vários planos de recuperação, totalmente independentes entre si. Além de eventuais ambiguidades, visto que pode haver conflitos de interesses, as assembleias de credores podem decidir de forma totalmente divergente, causando a inviabilidade do plano de uma ou mais sociedades.

Neste sentido, vale destacar a decisão do TJSP a respeito do plano único do Grupo OAS:

“Tendo sido reconhecida a integração das agravadas em parte do grupo empresarial que enfrenta crise econômico-financeira (incluindo suas causas) e reconhecida a interligação entre as empresas, configurando verdadeiro e intransponível entrelaçamento negocial, é inviável a apresentação de planos separados ante a impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora diante da pletera de credores.”¹⁴

Ou pior: uma ou mais sociedades podem ter seu plano rejeitado e sua falência decretada (LFR, art. 56, § 4º), enquanto outras, com relações interligadas a ela(s), têm os planos aprovados. Isso pode tanto inviabilizar os planos aprovados como ocasionar, por extensão, a falência destas últimas. Ou seja, sociedades com planos aprovados por seus credores podem ser atingidas pela falência de outras sociedades do grupo em decorrência da extensão dos efeitos da quebra, quando poderiam – e deveriam, pela vontade dos credores – se recuperar.

Vale mencionar que verificamos, a partir de profunda pesquisa jurisprudencial, que não há uniformidade de decisões no tocante à extensão dos efeitos da falência no caso de grupos econômicos, sendo certo dizer que costumeiramente se verifica a existência de decisões neste sentido absolutamente despidas de qualquer fundamentação.

5. CONCLUSÃO

Neste contexto, entendemos que tanto o litisconsórcio ativo como a consolidação substancial são institutos plenamente aplicáveis à recuperação judicial,

14 TJSP. Ag. Instr. 2094999-86.2015.8.26.0000. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi. J. 31.08.2015.

ambos por opção do grupo econômico em recuperação, podendo ser utilizados sempre que se vislumbrarem vantagens à consecução do plano de recuperação judicial e à solução da crise econômico-financeira que o tenha atingido.

BIBLIOGRAFIA

- CEREZETTI, Sheila C. Neder. “Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Processo Societário II: Adaptado ao Novo CPC – Lei nº 13.105/2015**, pp. 735-789.
- COMPARATO, Fabio Konder. “Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações”. In: **Revista de Direito Mercantil** 23/94.
- EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. III: Artigos 189 a 300.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1: Teoria geral do processo e auxiliares da justiça, p. 121.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. II, p. 183.
- WAISBERG, Ivo. A garantia real sobre bem de terceiro e a lei falimentar. **Revista Brasileira de Direito Comercial**, a. 1, nº 1, out.-nov. 2014, pp. 73-81.

12. Análise da Sujeição de “Créditos” Oriundos de Obrigações sob Condição Suspensiva à Recuperação Judicial

Leonardo L. Morato

Roberto Lincoln de S. Gomes Jr.

1. INTRODUÇÃO

Do início da vigência da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LRF), até os dias de hoje, constata-se um considerável lapso temporal de dez anos. Mesmo este não sendo um período substancialmente longo – ao menos em comparação com o tempo que novas legislações podem levar para se sedimentar –, este interregno já se mostrou suficiente para que, por um lado, o instituto da recuperação judicial tenha se inserido e se consolidado na realidade do empresariado brasileiro, e, por outro lado, tanto a prática, como a doutrina e a jurisprudência, tenham tornado evidentes pontos que ainda suscitam controvérsias na aplicação da legislação.

Como indicam os dados auferidos a partir de pesquisa implementada pelo Instituto Nacional de Recuperação Empresarial – INRE, desde o início da vigência da LRF até o mês de abril de 2015, foram formulados 6.938 (seis mil, novecentos e trinta e oito) pedidos de recuperação judicial perante a justiça brasileira. Tal número, importante destacar, é bastante superior ao de pedidos de falência, os quais alcançam a monta de 3.859 (três mil, oitocentos e cinquenta e nove). Todavia, a despeito do expressivo volume de pedidos de recuperação judicial, pouco se pode dizer ainda a respeito do real soerguimento e continuidade da empresa que se submete ao procedimento recuperacional, o qual giraria, segundo estimativas do estudo acima referido, em torno de uma taxa de êxito de 5% (cinco por cento)¹.

A despeito deste cenário de consolidação da recuperação judicial (ou de acesso à recuperação judicial, adotando-se como parâmetro de análise o número de pedidos formulados frente à justiça brasileira) e do decênio de vigência da LRF, uma gama de questões permanece pendente de melhor equacionamento, como a possibilidade/adequação da prorrogação do período de suspensão das

¹ Conforme informações publicadas em: <http://www.inre.com.br/noticias.php?id_noticia=4509>. Acesso em 12 ago 2015.