

diferenciado do risco contratado por cada um dos credores, os quais não podem ser assim igualados.

Como consequência da autonomia patrimonial, os planos devem ser separados para cada pessoa jurídica, ainda que integrem um único documento, e cada qual deverá ser votado por seus próprios credores, em Assembleia Geral de Credores que deverá ser instalada e ter quórum de deliberação conforme quórum obtido entre os credores de cada um dos empresários devedores.

O resultado da deliberação será apurado em face de cada uma das devedoras, de modo que é possível que um dos autores obtenha a concessão da recuperação judicial enquanto outro tenha a falência decretada⁴⁹¹. Nessa hipótese, diante da impossibilidade de coordenação dos atos processuais, o processo será desmembrado em tantos quantos forem necessários.

Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses:

I – existência de garantias cruzadas;

II – relação de controle ou de dependência;

III – identidade total ou parcial do quadro societário; e

IV – atuação conjunta no mercado entre os postulantes.

Consolidação substancial

Situação diversa da consolidação processual ocorre no litisconsórcio necessário, chamado de consolidação substancial, quando, no interior do grupo, as diversas personalidades jurídicas não são preservadas como centros de interesses autônomos. A disciplina do grupo societário não é respeitada por quaisquer dos seus integrantes, os quais atuam conjuntamente com confusão patrimonial, unidade de gestão e de empregados e com o prevalecimento de um interesse comum do grupo em detrimento dos interesses sociais das pessoas jurídicas que lhe integram.

A confusão patrimonial, a unidade de gestão e de empregados, bem como a atuação conjunta em prol de um interesse comum do grupo, em detrimento dos interesses de cada personalidade, podem ser reveladas, no caso concreto, nas circunstâncias de as sociedades integrantes do grupo possuírem um caixa único com pagamentos sem contrapartida, garantia cruzada entre seus integrantes, administrador único para todas as sociedades, semelhança ou identidade entre os sócios, atuação num mesmo ramo de atividade, utilização de bens das outras sociedades ou de empregados sem contraprestação, identificação perante os credores como grupo etc. [492](#).

A confusão entre os patrimônios e a desconsideração da autonomia de cada uma das sociedades poderão ser de tal monta que impeçam a aferição, sem grande dificuldade, do limite de responsabilidade e das obrigações de cada qual perante os terceiros. Ao não respeitarem em sua própria atuação o patrimônio separado ou a autonomia de cada uma das sociedades integrantes, nem seus respectivos interesses sociais, as sociedades se comportaram em

desconsideração à personalidade jurídica de cada qual, como uma única sociedade, um único patrimônio, uma única coletividade.

Em face dos credores, caso perceptível a esses terceiros, essa atuação conjunta das pessoas jurídicas implica que, nas relações jurídicas celebradas, não houve a mensuração do risco de recebimento apenas em razão do patrimônio individual da contratante, mas sim de todo o grupo societário que atuava unido para a tutela de seus interesses comuns.

Diante desse “intransponível entrelaçamento negocial”⁴⁹³ entre as sociedades, e de seu conhecimento pelos credores a ponto de mensurarem o risco de forma única para todo o grupo, e não apenas por integrarem grupo societário, cujas regras afinal foram desrespeitadas, deveria ser reconhecida excepcionalmente a chamada consolidação substancial, que é justamente a reprodução dessa atuação una anteriormente existente na prática no processo de recuperação judicial. Implica o tratamento unificado das pessoas jurídicas integrantes do grupo.

A providência seria absolutamente excepcional, pois feriria a disciplina legal societária, que determinava a autonomia patrimonial dos devedores. Sua excepcionalidade, aferida caso a caso, contudo, é necessária para evitar mal maior, que seria o tratamento diverso dos credores em face de cada devedora respectiva, quando os próprios a consideraram, por ocasião da contratação, as devedoras como uma só.

A alteração legal com a inclusão do art. 69-J, contudo, de forma criticável, caracteriza a possibilidade de consolidação excepcional em determinadas hipóteses, mas sem atenção à exigência de que haja conhecimento pelos credores a respeito da confusão patrimonial dos devedores e de forma a se presumir que mensuração os respectivos riscos contratuais com base nesse conhecimento.

Desta forma, estabeleceu que a consolidação substancial deverá ser reconhecida pelo Juízo quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, com a ocorrência de, no mínimo duas condições, cumulativas, dentre as quais a existência de garantias cruzadas; relação de controle ou de dependência; identidade total ou parcial do quadro societário; e atuação conjunta no mercado entre os postulantes. Pode-se assim, pela redação estrita da lei, aceitar uma consolidação substancial sem que haja qualquer conhecimento da confusão patrimonial pelos credores e diante de uma simples existência de um grupo societário com relação de controle e identidade de sócios, o que afronta a legítima expectativa dos credores.

A norma legal, todavia, deve ser interpretada.

A mera existência de garantias cruzadas pode evidenciar simplesmente maior diligência entre os credores, assim como a existência do grupo e da identidade do quadro societário é absolutamente irrelevante isoladamente para que haja a unificação.

A consolidação substancial apenas se justifica diante de uma análise casuística, a depender das circunstâncias fáticas não apenas dos devedores, mas das relações jurídicas celebradas com os respectivos credores. Para além do grupo societário e da confusão patrimonial, circunstâncias de controle absoluto pelos devedores, é imprescindível que os diversos elementos do caso revelem que essa confusão patrimonial entre os devedores seja de conhecimento dos credores a ponto de se presumir que houve mensuração dos respectivos riscos contratuais com base nesse conhecimento.

O tratamento único conferido aos devedores, com a unificação da coletividade de credores, apenas se justifica se a solução diversa,

que é a regra geral, ou seja, a consideração de cada qual como credor de cada devedor respectivamente nos termos do contrato, implicar uma situação de tratamento manifestamente injusto. A consideração do grupo como um todo pelos credores faria com que a solução judicial diversa, com tratamento individual a cada um dos devedores, em relação aos seus respectivos credores, provocasse uma inversão dos riscos pelos credores contratados, em prejuízo da própria coletividade de credores⁴⁹⁴.

Consolidação substancial obrigatória e consolidação substancial voluntária

A consolidação substancial é medida excepcional. Não é decorrência natural do litisconsórcio ativo e com a consolidação processual não se confunde⁴⁹⁵. A unificação do tratamento entre os litisconsortes exige decisão judicial e a demonstração de que presente a situação excepcional de não respeito à autonomia das personalidades jurídicas das sociedades integrantes do grupo, o que deve ser avaliado no caso a caso.

Apenas quando presente a demonstração dessa disfunção das personalidades jurídicas é que o Magistrado deverá determinar, de ofício ou mediante requerimento dos interessados, a consolidação substancial, tratamento unificado dos ativos e passivos de todas as sociedades integrantes do grupo⁴⁹⁶.

Não há possibilidade ou discricionariedade jurisdicional, mas poder dever. A desconsideração da autonomia patrimonial pelos devedores e sua consideração pelos credores implicam procedimento unificado de apresentação do plano, lista de credores única, deliberação única dos credores em face de todo o grupo, com quórum unificado.

Nessas hipóteses de confusão, a consolidação substancial é obrigatória pelo Juízo e não pode ser disponível às partes, haja vista que versa sobre quórum e, nesse aspecto, o credor poderá ter comportamento estratégico em face de um outro determinado credor que poderá ser prejudicado.

Nada impede, por outro lado, que consolidação substancial seja deliberada pelos credores. Ainda que ausentes os critérios da disfunção das personalidades jurídicas, como acima especificados, os devedores poderão pretender a unificação dos ativos e passivos dos litisconsortes. Como qualquer outro meio de recuperação judicial proposto no plano de recuperação judicial, deverão os credores aceitar por deliberação assemblear dos credores de cada um dos litisconsortes, mediante a aprovação por quórum qualificado (art. 45). Trata-se de consolidação substancial voluntária, em que não há a confusão imprescindível para sua imposição obrigatória pelo Juízo, mas em que os credores voluntariamente concordaram com o referido tratamento.

Litisconsórcio necessário

Nessa hipótese de consolidação substancial, há verdadeiro litisconsórcio necessário (art. 114 do CPC) a exigir o pedido conjunto de recuperação judicial por todos os empresários integrantes desse grupo, desde que haja a confusão entre todos e o conhecimento pelos terceiros contratantes da referida situação.

A autonomia patrimonial decorrente das personalidades jurídicas distintas é desconsiderada pelo próprio grupo societário, que trata as diversas integrantes como conjunto de ativos e passivos, simplesmente, e não como sujeito independente de direitos. Corrobora tal disposição o fundamento de que a recuperanda não pode escolher os ativos e o passivo que se sujeitarão à recuperação judicial, nos termos do art. 49 e do art. 53 da Lei n. 11.101/2005,

de forma que não poderá, logicamente, escolher as pessoas jurídicas com confusão patrimonial que ficarão fora do procedimento de recuperação judicial.

Como litisconsórcio necessário, todas as sociedades integrantes do grupo deverão integrar a relação processual, sob pena de nulidade (art. 115 do CPC), e a competência deverá ser fixada para o processamento do pedido de recuperação judicial no local do principal estabelecimento de todo o grupo (art. 3º) [497](#), o que passou a ser consagrado pela aplicação supletiva das normas da consolidação processual, nos termos do art. 69-G, § 3º.

Como consequência do litisconsórcio necessário, deve-se determinar o ingresso da pessoa jurídica que ficou fora do procedimento, sob pena de indeferimento da decisão de processamento da recuperação judicial para o restante do grupo societário [498](#).

Art. 69-K. Em decorrência da consolidação substancial, ativos e passivos de devedores serão tratados como se pertencessem a um único devedor.

§ 1º A consolidação substancial acarretará a extinção imediata de garantias fidejussórias e de créditos detidos por um devedor em face de outro.

§ 2º A consolidação substancial não impactará a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular.

Lista única de credores para todo o grupo

O tratamento uno necessário à consolidação substancial implica equalização dos credores componentes de cada classe, ainda que

apuração dos atos de desvio ou ocultação praticados e em detrimento da coletividade de credores.

Essa restrição da publicidade mesmo interna não é nova no direito brasileiro. O Código de Processo Civil previu a possibilidade de decretação de medidas cautelares sem a informação à parte adversa, ou *inaudita altera parte*, sempre que necessária para assegurar a utilidade do provimento e que poderia ser comprometida caso houvesse a ciência da parte.

Nessa hipótese, o contraditório não é suprimido, mas apenas diferido. A verificação da ocorrência de desvio de ativos da Massa Falida ou sua ocultação pode ser realizada sem a ciência imediata do devedor ou de seu patrono, nos termos do art. 300, § 2º, do CPC, desde que esse conhecimento possa obstar a efetividade da medida ou comprometer o intuito de preservar os bens da Massa Falida ou apurar eventual conduta ilícita de seus sócios ou administradores. Após as diligências necessárias para a apuração, a responsabilização civil dos infratores e as medidas de constrição sobre os ativos dela decorrentes serão realizadas sob o crivo do contraditório, respeitado o devido processo legal, e com o exercício da prerrogativa do advogado de consultar o incidente de investigação tão logo o resultado da diligência seja comunicado no feito [545](#).

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação

desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), e não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Desconsideração das personalidades jurídicas e extensão de falência

Inicialmente, o art. 81, que estabelece a extensão da falência, é norma limitadora de direitos e merece interpretação restritiva. Sua aplicação somente poderá ocorrer nas hipóteses de sociedades tipicamente com sócios de responsabilidade ilimitada e solidária, tais como as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples, quanto aos sócios comanditados, as sociedades em comandita por ações, quanto aos sócios diretores, e as sociedades em comum.

Estariam excluídos da possibilidade de extensão os sócios com responsabilidade tipicamente limitada, como o são os sócios das sociedades limitadas e das sociedades anônimas. Mesmo que, por norma específica, referidos sócios tenham responsabilidade solidária entre si e ilimitada em relação às obrigações sociais, como ocorre com diretores de instituição financeira, a norma somente é aplicável para os sócios cujos tipos societários prescrevem essa responsabilidade.

A despeito dessa aplicação extremamente restrita, nas hipóteses de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil, tem sido aplicado o instituto da desconsideração da

personalidade jurídica (art. 50 do CC) para estender a falência da pessoa jurídica aos seus sócios, ainda que possuam responsabilidade limitada pelas obrigações sociais [546-547](#).

O instituto da desconsideração não possuía previsão na Lei Falimentar até a alteração legislativa, o que motivava uma parte substancial da doutrina a entender que sua aplicação seria impossível. Para essa corrente, a LREF possui sistemas próprios de responsabilização de seus sócios, como os arts. 81 e 82, cuja disciplina é incompatível com a desconsideração.

Foi justamente esse posicionamento doutrinário que motivou a inserção do art. 82-A, que vedou a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores da sociedade falida.

O art. 82-A foi inserido na Lei n. 11.101/2005 para se tentar impedir a aplicação da extensão de falência ou de seus efeitos aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida.

A interpretação da norma deve ser realizada para que haja a compreensão de seus institutos. Diversas situações devem ser diferenciadas, portanto. Além da responsabilidade secundária dos sócios ilimitadamente responsáveis, há, ainda, a responsabilidade primária dos sócios ou administradores, os quais causam danos à sociedade.

A responsabilidade secundária dos sócios ilimitadamente responsáveis exige que estes apenas sejam responsabilizados por dívidas contraídas pela sociedade após terem sido esgotados todos os bens sociais. Pela Lei, decretada a falência da pessoa jurídica, os efeitos da falência serão estendidos a todos os sócios ilimitadamente responsáveis, quer tenham ou não participação nas referidas

obrigações e mesmo que tenham atuado regularmente, nos termos do art. 81.

Situação diversa é a responsabilidade primária, disciplinada pelo art. 82⁵⁴⁸, que determina que os administradores e sócios de responsabilidade limitada poderão ter a responsabilidade pessoal em face dos prejuízos gerados à sociedade aferida pelo próprio Juiz Universal⁵⁴⁹. Essa responsabilidade é decorrente do descumprimento de seus deveres sociais, como a utilização de recursos da pessoa jurídica para benefício próprio ou de terceiro (art. 1.017 do CC). Nesse caso, os sócios ou administradores envolvidos com o ato danoso poderão causar um prejuízo à própria pessoa jurídica e, por via indireta, à coletividade de credores diante da redução do patrimônio geral. Para que possa ser indenizada, a Massa Falida poderá pleitear a responsabilização apenas dos envolvidos pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos, mas a decretação de sua falência não implicará a extensão dos efeitos a eles.

Como poderá a Massa Falida responsabilizar seus controladores e administrações pelos prejuízos que sofreu, conferiu o art. 82-A a possibilidade de que os terceiros prejudicados possam diretamente responsabilizar seus sócios de responsabilidade limitada, os controladores e os administradores da sociedade falida beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso de personalidade jurídica.

Disciplinado no art. 50 do Código Civil, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi criado para coibir abusos da personalidade e reforçar a própria autonomia do ente coletivo. Apenas se presentes as hipóteses de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, poderiam os efeitos de certas obrigações ser estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

A interpretação a ser feita é de que, de forma técnica, a parte requerente no feito não poderá ser a Massa Falida. Isso porque, por prejuízo direto a ela causado, a Massa Falida tem a ação de responsabilização dos sócios e administradores prevista no art. 82. Não haveria qualquer necessidade de se desconsiderar sua personalidade jurídica para responsabilizar os agentes causadores do prejuízo sofrido.

A desconsideração poderá ocorrer na petição inicial de habilitação de crédito em face da Massa Falida ou em incidente de desconsideração. Por incidente, não haverá a suspensão do processo principal e a competência foi atribuída exclusivamente ao Juízo falimentar.

A despeito do interesse patrimonial e particular do credor para satisfazer seu crédito pela desconsideração da personalidade jurídica, determinou o art. 82-A que o juízo poderá determinar sua instauração de ofício. O requerimento da parte ou do Ministério Público para a instauração, entretanto, deve ser interpretado como imprescindível, em detrimento do texto legal. Isso porque se trata de interesse particular do credor, que pode renunciar ao seu direito de crédito. Outrossim, não há desconsideração para a satisfação da Massa Falida, o que justificaria a intervenção de ofício do Juízo diante da proteção da coletividade de credores, porque essa poderia ingressar com ação de responsabilização diretamente, sem que nada fosse desconsiderado.

Desconsideração da personalidade jurídica e grupo societário

Ainda que o artigo 82-A tenha vedado a desconsideração da personalidade jurídica para a extensão da falência aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, sua aplicação deve ser restrita às hipóteses em

que haja atuação única da sociedade falida perante os terceiros contratantes.

Situação peculiar, todavia, ocorre com os grupos societários que tenham abusado da personalidade jurídica não para lesionar simplesmente uma das integrantes do grupo, o que exigiria a responsabilidade primária do art. 82, mas de modo a gerar confusão com a falida em face do terceiro contratante. O raciocínio é exatamente o mesmo utilizado para a consolidação substancial no litisconsórcio ativo de empresários integrantes do grupo empresarial na recuperação judicial⁵⁵⁰.

Nos grupos societários de fato, constituídos sem nenhuma convenção, as diversas pessoas jurídicas são interligadas por relações de controle ou coligação. Ainda que possuam interesses comuns, todas as personalidades jurídicas e o patrimônio de cada um dos integrantes permanecem distintos dos demais, tanto entre si quanto em relação aos terceiros⁵⁵¹. Essa autonomia patrimonial assegura que, em regra, as obrigações contraídas por uma das pessoas jurídicas não poderão ser exigidas das demais e o terceiro contratante aferiu o risco da contratação apenas em relação ao patrimônio da sociedade contratante.

Se, no interior do grupo, o administrador favorecer sociedade em prejuízo de outro integrante, ou realizar entre as sociedades negócios jurídicos em condições não comutativas ou com pagamento compensatório adequado, responderá em face da sociedade pelo prejuízo causado (art. 245 da Lei n. 6.404/76). Também a sociedade controladora que violar essa autonomia patrimonial, mesmo que no interior do grupo societário, deverá reparar os danos causados pela violação de seus deveres. Em ambas as situações, portanto, aplicável, em conjunto com os dispositivos societários, o art. 82 da LREF.

Situação diversa ocorre quando, no interior do grupo, as diversas personalidades jurídicas não são preservadas como centros de interesses autônomos, mas não apenas para prejudicar o integrante em benefício de outro, mas como forma de atuação única do grupo perante terceiros. A disciplina do grupo societário não é respeitada por quaisquer dos seus integrantes, os quais atuam conjuntamente com confusão patrimonial, unidade de gestão e de empregados e com o prevalecimento de um interesse comum do grupo em detrimento dos interesses sociais de todas as pessoas jurídicas que lhes integram.

Nessa forma de atuação, o terceiro contratante não mensura o risco da contratação apenas em face do patrimônio individual da sociedade que com ele diretamente contrata. A existência de um caixa único de pagamento e as garantias cruzadas dos demais integrantes do grupo demonstram que o patrimônio é considerado pelo contratante como um todo.

Mas não só. A unidade de gestão implica que todas as sociedades são representadas pelas mesmas pessoas, de modo que a pessoa jurídica que efetivamente aparece revela-se apenas como uma formalidade. Tal característica é ainda mais acentuada se o grupo opera com uma única marca ou marcas semelhantes para todo o grupo, o que indica que seus produtos são desenvolvidos de forma conjunta por todos os integrantes.

Por fim, a comunhão de empregados, sem a devida contrapartida entre os integrantes, evidencia que não apenas perante terceiros o grupo é visto como uma entidade única, mas que as próprias sociedades integrantes desconsideram a personalidade jurídica entre si e não garantem sua autonomia patrimonial.

Nessa hipótese excepcional, de fraude à personalidade jurídica, os credores não podem ser tratados de forma diversa caso tenham

contratado com sociedade sem qualquer ativo ou se tiverem contratado com uma *holding* patrimonial que concentra os ativos do grupo. Ao se comportar como uma unidade, o grupo contratante deverá ser tratado dessa mesma forma na hipótese de crise econômico-financeira e de modo a não gerar uma distinção entre os diversos credores contratantes.

Por meio da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, devem-se considerar as diversas sociedades não como simples integrantes de um grupo de fato, mas como verdadeiros sócios de uma sociedade em comum, a qual desenvolve uma única atividade perante terceiros e em benefício de todos os integrantes. Como nessa hipótese os sócios integrantes respondem com os bens pessoais ilimitada e solidariamente entre si pelas obrigações sociais contraídas no exercício da empresa, a decretação da falência dessa sociedade em comum, formada pelas diversas sociedades que operam com confusão patrimonial e que exerçam perante terceiros atividade sob unidade gerencial, laboral e patrimonial⁵⁵², sem consideração aos respectivos interesses sociais, acarreta a extensão da falência a todas as suas sociedades integrantes.

Para os efeitos dessa extensão, a desconsideração da personalidade jurídica não possui prazo decadencial, mas apenas poderá ser reconhecida após regular contraditório, o qual já era exigido antes da própria alteração do Código de Processo Civil. Embora se admitisse que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica cumulado com pedido de decretação da falência por extensão ocorresse nos próprios autos falimentares, sem necessidade de ação autônoma⁵⁵³, os arts. 133 e seguintes do Código de Processo Civil disciplinaram esse procedimento. A partir da promulgação do Código de Processo Civil, o pedido de desconsideração deverá tramitar em incidente apartado e exigirá a citação da parte adversa para se manifestar e requerer as provas cabíveis.

O art. 82-A apenas excepcionou a aplicação do efeito suspensivo ao procedimento principal de falência, bem como permitiu sua instauração de ofício pelo próprio Magistrado, o que, diante da proteção de toda a coletividade de credores que seria atraída pela decretação da falência e da arrecadação dos ativos das demais falidas, extrapolariam os interesses patrimoniais e justificaria a atuação jurisdicional para instauração sem provocação.