

FLÁVIO LUIZ YARSELL  
GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA  
COORDENADORES

# PROCESSO SOCIETÁRIO II

ADAPTADO AO NOVO CPC – LEI Nº 13.105/2015

PREFÁCIO: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

ALBERTO BARBOSA JR.  
ALEXANDRE PINHEIRO DOS SANTOS  
ANA BEATRIZ MARTUCCI NOGUEIRA  
ANDRÉ ANTUNES SOARES DE CAMARGO  
ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO  
ANDRÉ GRUNSPUN PITTA  
ARNOLDO WALD  
CRISTIANO RODRIGO DEL DEBBIO  
DANIEL DE ANDRADE LEVY  
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO  
ERIK FREDERICO OIOLI  
FÁBIO ULHOA COELHO  
FELIPE DOS SANTOS RONCO  
FERNANDA DIAS DE ALMEIDA  
FERNANDA MARQUES DAL MAS  
FLÁVIO LUIZ YARSELL  
GABRIEL NOGUEIRA DIAS  
GABRIEL SAAD KIK BUSCHINELLI  
GIOVANNI BONATO  
GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA  
HEITOR VITOR MENDONÇA SICA  
IGOR BIMKOWSKI ROSSONI  
IVO WAISBERG  
JOÃO PAULO HECKER DA SILVA  
JOSÉ AFONSO LEIRIÃO FILHO  
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA  
JOSÉ ROMEU GARCIA DO AMARAL  
JULYA SOTTO MAYOR WELLISCH

LUCIANO B. TIMM  
LUÍS ANDRÉ N. DE MOURA AZEVEDO  
LUIZ VASCO ELIAS  
LUIZ GUILHERME MARINONI  
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS  
MARCELO FERNANDEZ TRINDADE  
MARIANA MARTINS-COSTA FERREIRA  
MIGUEL TORNOSKY  
MODESTO CARVALHOSA  
NANCY ANDRIGHI  
NELSON EIZIRIK  
OTAVIO YAZBEK  
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON  
RAFAEL HELOU BRESCIANI  
RENATO VILELA  
RICARDO ALEXANDRE DA SILVA  
RICARDO DALMASO MARQUES  
RODRIGO NACARATO STÊNICO  
RODRIGO TELLECHEA  
RUI PEREIRA DIAS  
SERGIO ZAHR FILHO  
SHEILA C. NEDER CEREZETTI  
TASSO DUARTE DE MELO  
THIAGO SADDI TANNOUS  
TIAGO ASFOR ROCHA LIMA  
VIVIANE MULLER PRADO  
WALFRIDO JORGE WARDE JR.

QUARTIER LATIN

## Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável Encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal<sup>1</sup>

*Sheila C. Neder Cerezetti*

### 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, não se pode pensar a organização da atividade empresarial, em especial aquela de cunho transnacional, sem que se faça referência aos grupos de sociedades. Rotineiramente, o exercício da atividade econômica organiza-se com base em estruturas que envolvem sociedades controladoras e controladas. Não obstante a centralidade dos grupos como técnica organizativa<sup>2</sup>, a Lei 11.101/2005 (LRE) a eles não dedicou especial atenção<sup>3</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro não conta com regras materiais e processuais voltadas a lidar especificamente com cenários em que os entes em crise não são somente sociedades empresárias, mas sociedades que compõem determinado agrupamento<sup>4</sup>. A realidade, contudo, demonstra que a boa estruturação de soluções a dificuldades econômico-financeiras depende, em muitos casos, da existência de instrumentos atentos às características peculiares daqueles que participam de bloco de concentração econômica.

- 1 A autora agradece ao Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, local em que a pesquisa para este artigo foi realizada, a Alexander von Humboldt Stiftung e à CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela bolsa concedida. Agradecimentos também são feitos a Tatiana Flores Gaspar Serafim, Roberto Luiz Corcioli Filho, Gabriel Saad Kik Buschinelli, Sidnei Beneti, Alexandre Serafim e Cássio Cavalli pela discussão de versão preliminar do texto. As referências encontram-se atualizadas até Dezembro de 2014.
- 2 Há tempos, aponta-se tanto a relevância dos grupos quanto a necessidade de estudos específicos que atendem aos problemas próprios por eles gerados, em especial no que se refere ao tratamento dos credores, acionistas minoritários e órgãos da administração das diversas sociedades envolvidas. Vide, por exemplo, Marcus Lutter, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, in ZGR 16 (1987), p. 324-369 (indicando ser o grupo não só uma realidade fática, mas um fenômeno jurídico, em especial p. 328-329), Fabio K. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*, São Paulo, RT, 1970, p. 4-7 (apontando a relevância do conglomerado como fenômeno empresarial).
- 3 Para uma profícua análise do tema, com especial atenção aos grupos societários multinacionais, e sugestão de estruturação de regras brasileiras, vide Paulo F. Campana Filho, *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2013.
- 4 A deficiência não é prerrogativa brasileira. A doutrina jurídica internacional bem destaca, com correto espanto, a parca regulação ou a ausência de regras sobre a insolvência de grupos. Vide, por exemplo, Christoph G. Paulus, *Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches*, in *Texas International Law Journal* 42 (2007), p. 820, e Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009, p. 583.

O assunto ora abordado constitui nítida prova de que o Direito da empresa em crise não pode ser estudado como regramento autônomo, mas deve sempre atentar para sua íntima relação com a disciplina societária. Da mesma forma, muito embora há tempos salutarmente afastado de estudos que adotavam apenas a perspectiva da ciência processual, o Direito Concursal não pode ser bem compreendido sem que considerações de Direito formal sejam tecidas. O estudo da recuperação judicial enquanto instrumento para lidar com a crise de sociedades que participam de grupo societário bem demonstrará o necessário enlaçamento entre Direitos Societário, Processual e Concursal<sup>5</sup>.

Trata-se de tema a merecer profundo estudo e que certamente não pode ser exaurido em curto artigo. Assim, as linhas abaixo não visam a tratar de todos os intrincados aspectos da relação entre Direito Concursal e grupos de sociedades, mas apenas a apresentar algumas das principais questões a serem enfrentadas em sede de recuperação judicial, cujo pedido não se refira apenas a uma sociedade devedora, mas a várias delas que, devido a vínculos societários, subordinam-se a uma direção comum<sup>6</sup>.

O presente artigo encontra-se dividido em quatro partes, sendo esta primeira destinada a introduzir o assunto e a última a apresentar considerações conclusivas. A segunda parte retoma rapidamente importantes conceitos de Direito Societário acerca do fenômeno grupal, busca extirpar preconceitos recorrentes no que tange a grupos societários e relata posicionamentos doutrinários quanto ao tema da responsabilidade intragrupal. A terceira parte, cerne deste estudo, sugere, com base no Direito brasileiro e à luz de experiências estrangeiras, formas de lidar com a recuperação judicial de sociedades unidas em grupo.

## 2. GRUPOS DE SOCIEDADES DE SUBORDINAÇÃO: BREVE RETOMADA DE CONCEITOS

Consoante construções doutrinárias, pode-se apresentar uma acepção estrita e outra ampla do termo “grupo de sociedades” de subordinação<sup>7</sup>, en-

5 Os termos “direito da empresa em crise” e “direito concursal” são aqui utilizados indistintamente. A opção é feita muito embora se reconheça que o primeiro é mais moderno e alinhado com os instrumentos legais voltados a lidar com a crise empresarial, ao passo que o segundo tem sido superado devido ao viés limitador da expressão, que atenta mais para concursos entre credores do que para a nova perspectiva de superação da crise e manutenção da organização empresarial que marca os institutos previstos na LRE.

6 Esclareça-se, desde logo, que este estudo refere-se especificamente a grupo de sociedades e não aborda questões relativas a sociedades ligadas por vínculos não societários.

7 Vide, por todos, José A. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 24. A atenção aqui volta-se aos grupos de subordinação, ou seja, aqueles em que há unicidade

quanto objeto de estudo. Sob a primeira, o grupo refere-se a sociedades que, muito embora juridicamente independentes, subordinam-se por acordo a uma direção comum e atendem um mesmo interesse. A segunda, por sua vez, diz respeito ao recorrente fenômeno em que traços de controle e coligação marcam as relações entre organizações societárias<sup>8</sup>.

Interessante perceber que, com alguma limitação, esta dupla percepção do termo reflete-se, no Direito Societário brasileiro, em conhecida bipartida disciplina sobre os grupos de sociedades. A Lei 6.404/76 (LSA), em linha com o então conhecido propósito de fortalecimento da economia nacional por meio do incentivo a esforços de concentração empresarial<sup>9</sup>, aborda a constituição e o funcionamento de grupos de sociedades em seu sentido estrito, ao que se sói chamar de grupo de direito<sup>10</sup>. Mas, além disso, ela conta com dispositivos que lidam com questões próprias a sociedades controladoras e controladas, compondo o regramento dos habitualmente referidos grupos de fato<sup>11</sup>.

de domínio e que, por esta característica, se contrapõem aos grupos de coordenação. Sobre os últimos, vide Mauro R. Penteado, *Consórcios de Empresas*, São Paulo, Pioneira, 1979, e para anotações críticas sobre o tema, ainda antes da aprovação da lei acionária, Fabio K. Comparato, *Consórcios de Empresas*, in *Revista Forense* 256 (1976), p. 5-10.

8 Sobre o tema, Ludwig Raiser fala em “das Problem von Einheit und Vielheit im Konzern” ou em “eine Polarität zwischen Einheit des Ganzen und Vielheit der Glieder”, mostrando-se que a unidade do grupo compõe-se da multiplicidade de seus participantes (*Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung*, in Ludwig Raiser, Heinz Saueremann, Erich Schneider (orgs.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, p. 54. Sobre o assunto, com destaque para os desafios postos pela “polykorporative Unternehmen”, vide Ulrich Bälz, *Einheit und Vielheit im Konzern*, in Fritz Baur, Josef Esser, Friedrich Kübler, Ernst Steindorff (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1974, p. 287-338.

9 Os redatores do projeto que resultou na lei acionária bem relatam o ideal de estímulo à macro-empresa institucionalizada: “A criação de macroempresas com capital pulverizado somente seria possível a longo prazo, e a lei procurou facilitar e aumentar a eficiência de todos os instrumentos de associação de grupos empresariais, sob as formas de *holdings*, *joint ventures*, *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.” (José L. Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, *Direito das Companhias*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 796-797). Modesto Carvalhosa censurou contundentemente o modelo da lei acionária, em especial seu estilo concentracionista, que seria contrário à democracia econômica. O autor dedicou interessante obra a analisar criticamente os propósitos da lei acionária e a apontar que os agentes por ela tutelados seriam os controladores e os grandes grupos financeiros (*A Nova Lei das Sociedades Anônimas – Seu Modelo Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977).

10 O capítulo XXI da lei disciplina, nos arts. 265 a 277, os “Grupos de Sociedades”. O regramento de grupo de forma sistematizada, tal qual encontrada na lei acionária brasileira, é raramente visto em outros ordenamentos. Referência clássica é sempre feita às regras alemãs de disciplina do *Konzern*. Com efeito, muito embora normas aplicáveis a relações entre sociedades controladas e controladoras (diretas e indiretas) abundem em praticamente todos os ordenamentos societários, elas não se confundem com o tratamento específico – ainda que distinto – conferido, por exemplo, pela LSA e pela *Aktiengesetz*.

11 O capítulo XX da lei refere-se a “Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas”.

Importa sublinhar que o fator comum a uma e outra manifestação de grupo de subordinação é a presença do poder de controle por sociedade sobre sociedade(s) capaz de garantir direção una na condução das atividades daquelas que compõem o conjunto<sup>12</sup>.

### 2.1. GRUPO DE DIREITO E GRUPO DE FATO<sup>13</sup>

O regramento legal do grupo de direito aborda seus importantes aspectos, dentre eles, a constituição, o funcionamento, a publicidade, alguns direitos e deveres dos participantes e a dissolução.

Há clara formulação de específica disciplina da técnica organizativa consistente no alinhamento entre pessoas jurídicas autônomas mas interdependentes. Designa-se, para tanto, a elaboração de convenção de grupo, a ser aprovada consoante as regras de alteração do estatuto e cuja deliberação gera, aos dissidentes, direito de recesso (art. 137, III, “c”, da LSA). Ao mesmo tempo em que tanto personalidade jurídica quanto estrutura interna de administração são mantidas em cada uma das sociedades participantes, não se pode falar na existência de plena independência dos entes filiados, na medida em que os seus administradores devem seguir as instruções advindas da gerência do grupo, desde que não importem em violação da lei ou da convenção (art. 273 da LSA).

A coordenação da atuação empresarial das diversas sociedades é, portanto, aspecto essencial ao conceito de grupo de direito. A sobreposição do interesse grupal ao interesse individual de cada sociedade, ou do interesse de uma ao de outra, é plenamente aceita e encontra parâmetros no disposto pela convenção, a qual também deverá guiar a forma de participação das sociedades nos custos, nas receitas e nos resultados dos empreendimentos. A flexibilidade de composição das partes indica a relevância do registro e da publicidade do ato constitutivo

<sup>12</sup> Acerca da ampla aceitação da unidade de direção como critério de identificação de um grupo, vide Marcus Lutter, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, in *ZGR* 16 (1987), p. 331, nota 30. Fabio K. Comparato também a destaca, afirmando que a unidade de direção é o que caracteriza os grupos em geral, ao passo que os grupos de subordinação são ainda marcados pela unidade de controle (in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 35). À luz da disciplina brasileira, Daniel A. Vio discorda da afirmação de que a unidade de direção seria o fator essencial e aponta para o poder de controle, ainda que sob o seu viés estático, como o elemento essencial do grupo (*Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014, p. 152-155). A discussão gira em torno de se valorizar o efetivo exercício do controle, gerando unidade de direção, ou a sua mera potencialidade.

<sup>13</sup> Muito embora essas não sejam expressões utilizadas pela lei acionária, mas doutrinariamente construídas, elas bem ajudam a compreender a disciplina jurídica da matéria (cf. Fabio K. Comparato, *Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in *RDM* 23 (1976), p. 94.

do grupo (art. 271 da LSA). Credores e acionistas minoritários contam com os termos da convenção para compreender os limites das condutas e das relações financeiras entre os entes agrupados.

A estrutura organizativa dos grupos de direito permite, portanto, que as partes contratualmente disponham sobre a subordinação de interesses e tracem operações intragrupo sem observar critérios de comutatividade. À luz da liberdade concedida à autocomposição, poder-se-ia imaginar que o grupo se tornaria o instrumento fundamental de organização da macroempresa. Muito embora hoje se saiba que os grupos de direito não são tão raros como se cogitava<sup>14</sup>, eles tampouco preencheram o proeminente papel a eles antevisto<sup>15</sup>.

Isso não significa, contudo, que a realidade brasileira não seja marcada pela ampla presença de outros agrupamentos ordenados de sociedades empresárias. Não há dúvida de que eles existem e que se destacam no cenário econômico nacional. Ocorre que, em vez de se utilizarem da figura grupal típica, optam por se estruturarem por meio de participações societárias ou influências externas<sup>16</sup>.

Identificam-se, assim, os grupos de fato, em que usualmente se verifica a presença de participações relevantes entre sociedades juridicamente autônomas e independentes. Deve-se ressaltar que esta realidade é legalmente amparada, constando da lei acionária não só as definições de sociedades controladora, controlada e coligada, como também regras específicas – algumas delas comuns também aos grupos de direito – de relacionamento e aprovação de operações societárias entre

<sup>14</sup> A doutrina sempre fez referência à natural percepção de que os grupos de direito são bastante raros. Vide, por exemplo, Nelson Eizirik, *A Lei das S.A. Comentada*, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 519-520, Viviane M. Prado, Maria C. Troncoso, *Análise do Fenômeno dos Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 40 (2008), p. 101, e Rodrigo R. M. Castro, *Controle Gerencial e o Grupo de Sociedades*, in Danilo B. S. G. Araujo, Walfrido J. Warde Jr. (orgs.), *Os Grupos de Sociedades: Organização e Exercício da Empresa*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 161-162 (apontando dez grupos de direito como resultado de pesquisa no site da Junta Comercial do Estado de São Paulo, em maio de 2011).

<sup>15</sup> Como resultado de raro esforço, D. A. Vio obteve a informação de que, em outubro de 2012, havia 428 inscrições ativas de grupos de direito junto à Receita Federal do Brasil (*Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014, p. 269). Este número, muito embora ínfimo se comparado com o número de sociedades empresárias no País e prova de que os grupos de direito não possuem o destaque que o legislador parece ter querido lhes atribuir, bem mostra que a técnica é mais utilizada do que sempre se pensou.

<sup>16</sup> Muito embora a lei acionária não tenha cuidado especificamente do controle externo, há tempos Fabio K. Comparato defende que “o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação, não precisa manifestar-se, necessariamente, sob a forma de participação acionária em todas as sociedades controladas” (in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 38). Também assim em *Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador*, in *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 277.

elas, de avaliação de investimento no capital umas das outras, de apresentação de demonstrações financeiras, dentre outras (art. 243 e seguintes da LSA).

Este pleno reconhecimento legal de realidade grupal disposta não só com base em convenção de grupo (grupo de direito), mas também em participações societárias (grupo de fato), não implica, contudo, a atribuição, a ambas as estruturas, da mesma liberdade de atuação. Vale dizer, se as sociedades filiadas em grupo de direito podem subordinar seus interesses de forma livre e nos termos da convenção grupal, as sociedades alinhadas por participações societárias relevantes não gozam da mesma prerrogativa<sup>17</sup>.

Os administradores destas últimas não podem, por exemplo, privilegiar interesse de sociedade coligada, controlada ou controladora. A eles são impostos os tradicionais deveres de conduta que lhes determinam atuar sempre no interesse da companhia por eles gerida. Eventuais operações entre as sociedades do grupo de fato devem necessariamente observar condições comutativas ou garantir pagamento compensatório adequado à parte prejudicada. A desobediência a este mandamento gera responsabilidade dos mesmos administradores por perdas e danos ocasionados à companhia (art. 245). Além disso, não só os administradores, mas também a sociedade controladora deve observar os deveres gerais impostos àquele que detém o poder-dever de controle. A infração do disposto nos artigos 116 e 117 acarretará o dever de reparar os danos causados à sociedade controlada<sup>18</sup>. Sobre este tema, deve-se destacar que os referidos dispositivos não contemplam abusos perpetrados apenas quando do exercício do poder de controle em sede assemblear. Neste aspecto, a disciplina legal é corretamente ampla e reprime diferentes práticas indevidas. Pelo disposto no art. 246, esta amplitude é transposta também para os ambientes de agrupamento societário.

<sup>17</sup> Esta explicação é inclusive encontrada na Exposição de Motivos 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda, utilizada para encaminhar o projeto que redundou na LSA: "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 frequência 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."

<sup>18</sup> Nos termos do art. 246, o acionista minoritário pode, por substituição processual à sociedade, propor ação de responsabilidade contra a sociedade controladora. Sobre o tema, vide Egberto L. Teixeira, José Alexandre T. Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, São Paulo, Bushatsky, 1979, p. 707-712.

Estas restrições de atuação de administradores e controladores refletem o simples fato de que cada uma das sociedades de fato agrupadas possui individualidade própria e caracteriza-se, em especial para fins de tutela de acionistas minoritários e credores, como agente dotado de patrimônio e interesse distintos daqueles detidos pelas demais. São identificados, portanto, o interesse daquele que comanda o grupo e os interesses de cada uma das sociedades agrupadas, inexistindo autorização legal para irrestrita submissão de uns ao outro.

A expressa exigência de equilíbrio das prestações em contratações intragrupo reflete, ainda, a consciência de que, ao contrário do que ocorre nas estipulações contratuais em geral, em que as partes negociam livremente e se pautam por seus próprios interesses e pelas condições de mercado, aquelas traçadas entre sociedades relacionadas distinguem-se pela presença de uma única vontade prevalente. Ao controlador comum cabe a decisão sobre os termos contratuais, inexistindo verdadeira fase de negociação de ajuste à luz de contrapostos interesses dos contratantes. Este quadro somado à pernicioso submissão de administradores a controladores, bastante comum no âmbito empresarial brasileiro<sup>19</sup>, torna indispensável a efetivação das regras de responsabilidade não apenas por abuso do poder de controle (arts. 117 e 246 da LSA), mas por infração dos administradores de sua função de gestão pautada pelo interesse da companhia gerida, sempre que houver favorecimento de outra sociedade (arts. 159 e 245 da LSA).

Vê-se, da curta exposição acima, que a disciplina de grupos de direito e grupos de fato é diversa, e apenas aos primeiros se permite a subordinação, consoante a própria manifestação da autonomia da vontade das partes em documento constitutivo do grupo, dos interesses de uma parte aos de outra. Os grupos de fato, por seu turno, não obstante legalmente admitidos, devem observar o padrão normativo de independência jurídica e autonomia patrimonial estabelecido para as companhias em geral.

## 2.2. USOS, ABUSOS E A RESPONSABILIDADE NOS GRUPOS

A apresentação panorâmica dos principais traços dos grupos de direito e de fato torna intuitiva a conclusão de que cada um deles serviria a um propósito

<sup>19</sup> Sobre o tema, vide Sheila C. Neder Cerezetti, *Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)*, in M. V. von Adamek, *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 571-593.

próprio<sup>20</sup>. Os primeiros atenderiam objetivos de plena aglomeração empresarial, em que, não obstante a manutenção de autonomia patrimonial das sociedades (art. 266), a presença de um interesse grupal seria amplamente reconhecida e poderia se sobrepor às divisões organizativas decorrentes da existência de múltiplos entes societários, sem elevadas preocupações com a responsabilidade de administradores e controladores por prejuízo eventualmente causado a uma ou mais filiadas, desde que nos termos da convenção de grupo (art. 273). Os segundos, por sua vez, seriam empregados sempre que a composição das partes não demandasse subordinação constante de interesses individuais, mas permitisse o alinhamento de condutas, decorrente do exercício do direito de voto e do poder de controle, sem que se cogitasse de pressuposto inafastável de superação da independência das sociedades envolvidas<sup>21</sup>.

Mas isto não parece encontrar qualquer reflexo prático, a ponto de se reconhecer ser característica estrutural dos grupos “a ruptura da autonomia patrimonial e organizacional da sociedade-pessoa jurídica”<sup>22</sup>. A realidade empresarial, então, demonstra que grupos de fato são utilizados não apenas para os fins bem atendidos pelo regramento legal, mas também como técnica de subordinação de interesses, sem que as sociedades prejudicadas caso a caso recebam compensação adequada pela submissão sofrida<sup>23</sup>.

- 20 Há ainda objetivos comuns que podem ser satisfeitos pelos grupos de direito e de fato. Alguns, como a limitação de responsabilidade e a acumulação de poder com investimento reduzido, são citados, por exemplo, por Daniel A. Vio, *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014, p. 20, e analisados criticamente nas p. 42 e ss.
- 21 Este parece também ter sido o propósito imaginado para o grupo de fato na Alemanha (Cf. Ulrich Immenga, *The Law of Groups in the Federal Republic of Germany*, in E. Wymeersch (Ed.), *Groups of Companies in the EC*, Berlin, Walter de Gruyter, 1993, p. 109).
- 22 Cf. Eduardo S. Munhoz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in *RDM* 134 (2004), p. 44-45. Ainda sobre o tema, o mesmo autor destrincha, em monografia, a autonomia patrimonial e organizacional da sociedade à luz do agrupamento societário (*Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002).
- 23 Práticas comumente referidas pela doutrina especializada como *tunneling* favorecem transferências de ativos entre sociedades do grupo e prejudicam tanto os acionistas minoritários quanto os credores. *Tunneling* é a expressão utilizada para se referir à indevida transferência de ativos de uma sociedade em benefício de seus acionistas controladores. Ela foi cunhada em razão da expressão utilizada em referência à expropriação de acionistas minoritários, na hoje República Tcheca, por meio da retirada de ativos por um túnel (cf. Simon Johnson, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Schleifer, *Tunneling*, in *The American Economic Review* 90 (2000), p. 22). Estudos empíricos mostram que se trata de prática especialmente comum em grupos de empresa (Marianne Bertrand, Paras Mehta, Sendhil Mullainathan, *Ferretting out tunneling: An application to Indian business groups*, in *Quarterly Journal of Economics* 117 (2002), p. 121-148, Kee-Hong Bae, Jun-Koo Kang, Jin-Mo Kim, *Tunneling or value added? Evidence from mergers by Korean business groups*, in *Journal of Finance* 57 (2002), p. 2695-2740, Jae-Seung Baek, Jun-Koo Kang, Inmoo Lee, *Business Groups and Tunneling: Evidence from Private Securities Offerings by Korean Chaebols*, in *Journal of Finance* 61 (2006), p. 2415-2449).

Esta maneira de utilizar os grupos de fato apenas se perpetua devido à indevida condescendência com as práticas ilegais de subordinação de interesses sem compensação<sup>24</sup>, às dificuldades de tutela dos prejudicados por meio de soluções reparadoras<sup>25</sup> e às próprias regras que disciplinam a administração social e que permitem seja ela faticamente concebida como representante do acionista controlador<sup>26</sup>.

Se assim é, ou seja, se a estrutura do grupo de fato atualmente se presta aos fins que deveriam caber somente aos grupos de direito, não há motivos para que organizações plurissocietárias optem pela constituição de grupos de direito, os quais garantem direitos a acionistas minoritários e mais ampla publicidade

- 24 Uma das maneiras de estudar o assunto é aferir a presença de benefícios privados do controle. Índicio de sua presença é a elevada valorização das ações de controle em comparação com as demais ações emitidas pela companhia. Sobre o tema, pesquisas demonstram ser o Brasil um dos países em que tais ações guardam valores mais altos e, portanto, refletem que o controlador consegue extrair vantagens indevidas em decorrência do exercício do poder de controle (Tatiana Nenova, *The value of corporate voting rights and controle: a crosscountry analysis*, in *Journal of Financial Economics* 68 (2003), p. 340, e Alexander Dyck, Luigi Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, in *The Journal of Finance* 54 (2004), p. 550).
- 25 Em estudo específico, Marcelo V. von Adamek destaca a baixa incidência de ações de responsabilidade (*Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as ações correlatas)*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 376. Julgados também demonstram o indevido afastamento de alegações de abuso de poder de controle com base na mera afirmação do princípio da maioria, o que termina por fazer letra morta do art. 117 da LSA (vide, por exemplo, julgado do TJRJ, Apelação Cível 1534/1997, Rel. Des. Laerson Mauro, j. 4/11/1997, em que se afirmou a ausência de abuso do poder de controle com base na importância do princípio da maioria e na limitação da atuação do Judiciário, a quem não caberia se imiscuir na política administrativa interna da sociedade). No mais, Daniel A. Vio também aponta a inefetividade da regra de conflito nos grupos de fato (*Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014, p. 276, e p. 286-287), enquanto Fabio K. Comparato já alertava para o caráter pouco dissuasório do princípio indenitário que rege os grupos de fato (in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 356) e Calixto Salomão Filho destaca que a casuística demonstra a insuficiência de regras de responsabilidade subjetiva para sancionar casos de abuso (*O Novo Direito dos Grupos: Conflito de interesses versus Regras de responsabilidade*, in *O Novo Direito Societário*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 193). Interessante destacar que também no direito alemão, ações de responsabilidade devido à ausência de compensação pelo sacrifício causado são extremamente raras (vide BGH II ZR 312/97, julgado em 1/3/1999, com comentários de Silja Maul, BGH: *Schadensersatzanspruch des abhängigen Unternehmens wegen Verweigerung der Auszahlung einer Steuerrückzahlung bei gewerbesteuerlicher Organschaft*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 14 (1999), p. 658-661, em que se indica ser esta a primeira decisão em que a corte aplicou os §§ 311 e 317 da *Aktiengesetz*).
- 26 Exemplos dessas regras constam do art. 122, II, da LSA, que permite a demissão *ad nutum* de conselheiros e diretores, e do art. 118, §§ 8º e 9º, que contempla a submissão de administrador a acordos de acionistas. Não à toa, a doutrina testemunha serem os administradores “no mais das vezes simples *longa manus* dos titulares do controle” (Eduardo S. Munhoz, *Desafios do Direito Societário Brasileiro na Disciplina da Companhia Aberta: Avaliação dos Sistemas de Controle Diluído e Concentrado*, in Rodrigo R. M. Castro, Leandro S. Aragão (coord.), *Direito Societário: Desafios Atuais*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 126. O mesmo autor destaca que, na difícil escolha entre descumprir a lei e responder pelos prejuízos e cumprir e colocar em risco o seu próprio cargo, administradores preferem, na maioria dos casos, a primeira, já que a opção raramente resulta em efetiva responsabilidade civil (*Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in *RDM* 134 (2004), p. 44).

que, muito embora limitadamente, protege a posição dos credores. A ineficácia de um sistema de controle de abusos acarreta, destarte, a reduzida serventia da disciplina dos grupos de direito e o largo uso dos grupos de fato<sup>27-28</sup>.

A utilização do grupo de fato como técnica jurídica de organização da empresa nos termos expostos acarreta, ainda, infeliz preconceito contra as estruturas legalmente previstas das sociedades controladora, controlada e coligada. Não raro se presenciavam afirmações pouco adequadas em termos genéricos, ainda que próprias a algumas situações concretas, de reprovação moral à estruturação empresarial plurissocietária. Mas, na realidade, a crítica deveria ser feita apenas aos específicos casos em que subterfúgios são empregados para descumprimento das normas que disciplinam as relações entre sociedades de mesmo grupo. Isso porque não há benefícios em se buscar apenas a estrutura empresarial atomística, e tampouco se pode fechar os olhos para a constatação de que é plenamente lícita a contratação entre sociedades que compõem grupo de fato, exigindo-se apenas que ela se dê em bases comutativas. Em outras palavras, a incapacidade de o sistema jurídico bem lidar com uma estrutura por ele mesmo criada acarreta iníquas consequências àqueles que, não obstante recorram a instrumento usualmente indevidamente empregado, dele fazem correto uso.

As dificuldades em administrar a técnica jurídica grupal ficam bastante nítidas nas discussões acerca da limitação de responsabilidade no agrupamento<sup>29</sup> e da

27 Não se pode deixar de destacar que, pioneiramente, Fabio K. Comparato previu esses exatos dois resultados. De um lado, teve a impressão de que os grupos de direito seriam raramente constituídos. De outro, previu a ausência de efetividade das regras de responsabilidade de administradores e controladores. Vide Fabio K. Comparato, *Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in *RDM* 23 (1976), p. 106-107.

28 No mesmo sentido e em adequada defesa da tese de que “a falência do modelo dos grupos de direito no Brasil deve necessariamente ser lida como um sintoma da ineficácia dos mecanismos existentes para a tutela dos conflitos de interesse nos grupos de fato”, vide D. A. Vio, *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014, p. 3 (trecho mencionado). Calixto Salomão Filho acredita existir crise do direito grupal, que seria marcada pelo baixo número de grupos de direito e, no campo dos grupos de fato, por “regras de responsabilidade mal definidas e disciplina de conflito de interesses de difícil aplicação” (in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 357, Nota de Texto 77).

29 Há tempos, aponta-se a necessidade de se atentar para o tema, em especial à luz da crescente relevância dos grupos como forma de organização das empresas multinacionais. Vide, por exemplo, Phillip I. Blumberg, *Limited Liability and Corporate Groups*, in *The Journal of Corporation Law* 11 (1986), p. 573-631. Na Alemanha, o tema é objeto de constante evolução. Ali, desenvolveu-se o conceito de “grupo de fato qualificado” (*qualifizierter faktischer Konzern*), com vistas a tutelar situações em que o controle de fato, imaginado como justificador de uma indenização por sacrifícios esporádicos a sociedades controladas, passou a ser constante e pervasivo (*andauernde und umfassende Leitungsmacht*), tornando inócua o mecanismo legal de reparação de perdas. O caminho jurisprudencialmente aceito – para casos em que a controlada se caracterizasse como *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – foi inicialmente o de aplicar analogicamente a regra de grupo de direito (§ 302) segundo a qual a controladora

aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica a sociedades que participam de grupo de fato<sup>30,31</sup>. Muito embora se saiba que a desconsideração se faz em função do poder de controle societário e que este é aspecto de destaque na estrutura grupal<sup>32</sup>, disso não decorre que a personalidade jurídica de sociedades

não deve apenas indenizar os prejuízos causados, mas assumir as perdas sofridas pela controlada (vide o famoso caso Autokran, BGH, II ZR 275/84, julgado em 16 de setembro de 1985 e disponível em *Neue Juristische Wochenschrift* 4 (1986), p. 188-192). Criou-se uma presunção de que a estrutura de controle permanente era acompanhada pelo desrespeito aos interesses da controlada, por meio da quebra de deveres dos administradores, e, caso a controladora não conseguisse comprovar o contrário, ela se tornava responsável pelas obrigações daquela. O tema foi sucessivamente tratado em outros casos, como o Tiefbau (1989) e Video (1991), que passaram a atribuir responsabilidade à controladora apenas com base na existência de uma relação de grupo qualificada, deixando de exigir a prova de que o dano à controlada teria sido causado por quebra de deveres de diligência da administração. Estes últimos casos teriam, então, passado a adotar uma *Zustandshaftung* no lugar da *Verhaltenshaftung*, anteriormente perfilhada pelo julgado Autokran. Para uma apresentação geral do assunto, vide José E. Antunes, *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-subsidary Relationships in US, German and EU Law – An International and Comparative Perspective*, Deventer; Kluwer, 1994, p. 368-379, e p. 440-455, e Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito dos Grupos: Conflito de interesses versus Regras de responsabilidade*, in *O Novo Direito Societário*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 169-197). Contudo, a jurisprudência continuou a refletir sobre o tema. Em 2001, ao se afastar deste entendimento eminentemente baseado na arquitetura do grupo societário e na sua estrutura de dependência, no caso Bremer Vulkan, o BGH propôs que a responsabilidade da controladora deve decorrer da prova de que houve dano causado à controlada por infração dos deveres impostos aos administradores. Houve, portanto, clara mudança de perspectiva, a indicar que o foco de atenção voltou-se para a conduta e não mais para a estrutura grupal (BGH, II ZR 179/99, de 17 de setembro de 2001). Sobre o tema, vide Peer Zumbansen, *Liability within Corporate Groups (Bremer Vulkan) – Federal Court of Justice Attempts the Overhaul*, in *German Law Journal*, 3 (2002), disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=124>>. Em jurisprudência posterior (casos Bremer Vulkan II e KBV), concluiu-se que a responsabilidade da controladora apenas se impõe caso reste comprovado que a intervenção dela destrói a própria existência da controlada (*existenzvernichtender Eingriff*). A aproximação deste novo paradigma com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é destacada pela doutrina (cf. René Reich-Graefe, *Changing Paradigms: The liability of Corporate Groups in Germany*, in *Connecticut Law Review* 37 (2005), p. 785-817). Em 2007, no caso Trihotel (BGH, II ZR 3/04, de 16 de julho de 2007), afirmou-se que a responsabilidade por atacar a existência da controlada é matéria de responsabilidade civil geral e deve ser apurada com base em conduta dolosa ou culposa, em ação proposta pela própria sociedade prejudicada, o que afasta o julgado da idéia de desconsideração (sobre o tema, em defesa da atribuição de responsabilidade aos administradores da sociedade controladora, vide Tobias Tröger, Stephan Dangelmayr, *Eigenhaftung der Organe für die Veranlassung existenzvernichtender Leitungsmaßnahmen im Konzern*, in *ZGR* 5 (2011), p. 558-588).

30 Referência aqui não é feita a entendimentos proferidos em sede de disputas trabalhistas, decididas com base no conceito de grupo econômico presente na Consolidação das Leis do Trabalho. O art. 2º, § 2º, da CLT, dispõe sobre a responsabilidade solidária de empresas face ao crédito trabalhista e não se confunde com a desconsideração que aqui se menciona.

31 A orientação atual do direito privado brasileiro decorre da aplicação do art. 50 do Código Civil, que prevê o abuso da personalidade jurídica, presente em casos de desvio de finalidade e de confusão patrimonial, como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. A previsão encontra acolhida inclusive nas situações que envolvem grupos: “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores” (STJ, REsp 968.564, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.12.2008).

32 Com efeito, o controle é amplamente referido como o principal argumento à desconsideração da personalidade jurídica, pois, em uma organização empresarial economicamente integrada, a controladora pode gerir os negócios das controladas não apenas nos específicos interesses

agrupadas possa ser irrestritamente afastada. A desmedida utilização do instituto afronta justamente aquela que é vista como a principal função do recurso à técnica grupal de organização da empresa plurissocietária: a limitação da responsabilidade<sup>33</sup>.

Com isso também não se está a afirmar que o respeito às barreiras impostas pelo reconhecimento de personalidades jurídicas autônomas não possa ser questionado. A apresentação de resposta ao problema da desconsideração em grupos extrapola os objetivos do presente estudo, mas cabe aqui destacar que o Direito Societário ainda precisa decidir se, ao lidar com a empresa plurissocietária, faz sentido continuar aplicando a desconsideração nos específicos casos em que a personalidade jurídica já não cumprir a sua função de criação de centro de interesses autônomo<sup>34</sup>, ou se, em especial à luz da realidade dos fatos, os quais, como visto, demonstram a completa falácia dos fundamentos da disciplina grupal bipartida, deve-se reconhecer que a autonomia societária nos grupos já não existe, o que demanda disciplina de atribuição de responsabilidade própria à realidade grupal<sup>35</sup>, que seria diferente da técnica da desconsideração, esta pensada para lidar com realidade societária atomística.

Sobre os detalhes e a escolha de um ou outro caminho, ainda debatem os estudiosos do Direito Societário no mundo todo<sup>36</sup>, inclusive com a apresentação de soluções distintas conforme se trate de grupo de direito ou grupo de fato<sup>37</sup> e conforme a característica pessoal dos credores interessados<sup>38</sup>(p.seg.).

destas. Nesse sentido, vide, por exemplo, José E. Antunes, *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-subsidiary Relationships in US, German and EU Law - An International and Comparative Perspective*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 131-133 (com especial destaque para o efetivo exercício do controle), e Ellis Ferran, Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford, 2014, p. 29.

33 Cf. Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, 5ª ed., Bologna, Il Mulino, 2010, p. 174.

34 Cf. Fabio K. Comparato, in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 309. Na mesma obra, Calixto Salomão Filho bem destaca que "quanto mais deficientes ou meramente formais essas regras [de organização interna do grupo], mais importantes e aplicadas serão as regras de desconsideração." (p. 314, Nota de Texto 66).

35 Esta é a solução proposta por Eduardo S. Munhoz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in *RDM* 134 (2004), p. 44-47.

36 No Brasil, a doutrina sobre a desconsideração é extensa, e alguns textos contam com referência expressa à atribuição de responsabilidade dentro do grupo de sociedades. Para as principais discussões sob o direito brasileiro, vide Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, em especial p. 427-432 (texto de Fabio K. Comparato) e p. 432-437, Nota de Texto 86 (texto de Calixto Salomão Filho), José L. Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, e Eduardo S. Munhoz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in *RDM* 134 (2004), p. 25-47.

37 Calixto Salomão Filho propõe que a responsabilidade estrutural, isto é, aquela que se aplica pela simples existência da estrutura grupal, seja utilizada no Direito brasileiro apenas para grupos de direito, sob pena de se colocar em xeque a autonomia patrimonial da sociedade e de se criar desincentivo à organização grupal. Aos grupos de fato, por seu turno, aplicar-se-iam critérios de responsabilidade mais rígidos, como os da responsabilidade setorial, em que se requer a confusão de esferas e em que

A dificuldade posta pelo tema agrava-se demasiadamente quando as discussões sobre responsabilidade já não se referem a situações casuísticas e a demandas propostas por um ou outro prejudicado, mas a cenário de crise empresarial cuja solução é buscada em processo de recuperação judicial que envolve inúmeros participantes e ampla miríade de interesses. Se, nas hipóteses esporádicas, dúvidas ainda subsistem sobre a melhor maneira de bem solucionar o problema da atribuição de responsabilidade, a busca de adequada resposta jurídica em ambiente de recuperação parece tarefa ainda mais complexa. A próxima parte destina-se a traçar algumas primeiras reflexões sobre esta tarefa.

### 3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS GRUPOS: UNIÃO POSSÍVEL?

A larga utilização da estrutura grupal como forma de organização da empresa plurissocietária não encontra reconhecimento na LRE, a qual cuida apenas de recuperações e falências de sociedades individuais<sup>39</sup>. Com efeito, o seu art. 1º menciona somente empresários e sociedades empresárias. A regulação não leva em consideração a interdependência entre sociedades, muito embora esta adquira relevância extrema em cenários de crise, dado que o grupo é normalmente marcado por emaranhamento contratual de que resultam responsabilidades cruzadas<sup>40</sup>.

se atinge a específica sociedade beneficiada. A proposta é apresentada na conclusão de estudo específico sobre o tema: *O Novo Direito dos Grupos: Conflito de interesses versus Regras de responsabilidade*, in *O Novo Direito Societário*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 195-196. Em texto mais recente, em que texto similar é replicado, o autor substitui o trecho sobre a diferenciação entre soluções para grupo de fato e de direito por uma opção calcada na distribuição do ônus da prova entre, de um lado, o controlador e, de outro, o credor que busca a desconsideração no caso concreto (in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 436-437). À luz da experiência alemã sobre *qualifizierte faktische Konzerne* (vide nota 28, acima), o autor defende que caberia ao controlador o ônus de prestar esclarecimentos sobre a situação interna da sociedade e de comprovar o afirmado, ao passo que o credor se desincumbiria do ônus da prova, que dada a ausência de prestação de informações sociais a terceiros, seria verdadeira prova diabólica e, no limite, impediria a responsabilização do controlador.

38 Fabio K. Comparato sustenta que regra distinta seja aplicada conforme se trate de credor contratual com largo poder econômico (como instituições financeiras) e credores contratuais mais fracos (como fornecedores) ou delituais. Vide *Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in *RDM* 23 (1976), p. 105-106.

39 Esta é situação não apenas no País, mas no Direito europeu como um todo. Com efeito, como lembra Heribert Hirte, bem adequada é ali a expressão "eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz" (*Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review* 2 (2008), p. 214.

40 Justamente por inexistir regulação própria sobre o tema, não há definição do que seja grupo para fins concursais, diferentemente do que ocorre em jurisdições que regem a matéria de forma específica, como a Argentina (Rafael M. Manóvil, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 1140-1142, abordando a expressão legal "conjunto econômico") e a Espanha (Rafael S. Quetglas, *El Concurso de Acreedores del Grupo de Sociedades*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuter Civitas, 2013, p. 53-59).

Esta opção legal gera resultados perniciosos de duas ordens, uma relacionada com os direitos de credores, e outra que diz respeito às próprias chances de sucesso de uma medida de reestruturação empresarial incapaz de levar em conta a realidade fática que envolve as devedoras.

Quanto à primeira, a inexistência de um processo concursal de grupo faz com que as relações de débito e crédito sejam aferidas especificamente entre o credor e a sociedade devedora, sem que se considere pertencer esta a um grupo societário. Não há dúvidas de que disso decorre potencial tratamento injusto a credores, dado que as regras concursais se propõem a lidar com sociedades com responsabilidade limitada e patrimônio autônomo, mesmo se, na prática, a administração das sociedades agrupadas consiga alargar as fronteiras dessa limitação e compor as atividades empresariais no interesse de uma ou outra sociedade. Assim, muito embora as organizações empresariais estejam ligadas por relações societárias que afetam diretamente a forma como os seus negócios são traçados e como elas se relacionam com terceiros, a lei as trata como unidades independentes.

Quanto à segunda, não se pode fechar os olhos para o fato de que as dificuldades financeiras da empresa plurissocietária não raro atingem toda a estrutura grupal, do topo à base, e esse cenário rapidamente se traduz no famoso efeito dominó<sup>41</sup>, em que a crise de uma sociedade facilmente influencia a idoneidade financeira de outros membros do grupo. O sucesso da reestruturação depende, então, da adoção de medida capaz de envolver muitas, se não todas, das sociedades que contribuem para o desempenho da atividade.

Três são as soluções encontradas por alguns sistemas concursais para enfrentar as dificuldades trazidas pelo concurso de sociedades que pertencem a grupo societário: (i) subordinar os créditos de sociedades do grupo aos créditos de terceiros, (ii) tornar mais rígidas as regras de deveres e responsabilidade de administradores, e (iii) consolidar o concurso e/ou as dívidas do grupo<sup>42</sup>. Em certa medida, a primeira solução encontra acolhida no ordenamento brasileiro, uma vez que o art. 83, VIII, “b”, classifica como subordinados os créditos detidos por sócios da devedora<sup>43</sup>. A segunda, que no sistema brasileiro abrangeria não

apenas deveres de administradores, mas também de acionistas controladores<sup>44</sup>, encontra respaldo na legislação acionária brasileira<sup>45</sup>, mas, como visto acima, é dotada de baixa eficácia. A terceira é justamente aquela que busca lidar com a crise de forma conjugada e será objeto de atenção nos itens que se seguem.

A extensão do alcance da medida conjunta de reestruturação empresarial pode dizer respeito apenas a uma solução meramente formal de unificação de procedimentos da recuperação judicial de cada sociedade que compõe o grupo, ou pode ser mais abrangente e representar verdadeira união de ativos e passivos na busca da manutenção da empresa. O primeiro caminho, mais simples e aceito, é aqui referido como *consolidação processual* e tem como propósito principal facilitar a estruturação do instrumento da recuperação. O segundo, excepcional e que demanda cuidado, na medida em que atinge direitos substanciais de inúmeras partes, denomina-se *consolidação substancial* e visa a compor direitos e interesses dos envolvidos<sup>46</sup>.

A opção por uma e/ou outra solução, vale dizer, a consolidação processual e/ou a consolidação substancial, deve ser precedida da compreensão de quais sociedades podem ser consideradas como participantes do grupo societário. O conhecimento dos conceitos de grupo de direito e de fato, tal qual acima referidos, faz-se, portanto, indispensável<sup>47</sup>. Também importa destacar que, se a formulação conjunta de pedido de recuperação judicial passa pela detecção da relação grupal entre as devedoras, a sua aceitação não precisa ser

41 Cf. Christoph G. Paulus, *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*, in *Texas International Law Journal* 42 (2007), p. 820.

42 Cf. Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009, p. 585 (mencionando, na terceira solução, apenas a consolidação das dívidas).

43 É bem verdade que esta previsão não diz respeito especificamente ao grupo e pode sofrer com a interpretação restritiva de que seria aplicável apenas a participações diretas no capital social da devedora.

44 Sobre a exigência de deveres fiduciários do controlador no direito brasileiro, vide Calixto Salomão Filho, *Deveres Fiduciários do Controlador*, in *O Novo Direito Societário*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 191-201. A mesma imposição é também abordada no Direito estrangeiro (vide, dentre outros, André Tunc, *The Fiduciary Duties of a Dominant Shareholder*, in Clive M. Schmitthoff, Frank Woolridge, *Groups of Companies*, London, Sweet & Maxwell, 1991, p. 1-19).

45 Faz-se aqui menção às regras gerais de deveres e responsabilidade de administradores e controladores, sendo de se ressaltar a ausência de disciplina brasileira específica sobre tais deveres em cenários de insolvência. Sobre o tema, vide Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009, p. 677 e ss.

46 A bipartição no tratamento da matéria também é perfilhada por UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, Vienna, 2012. A consolidação é medida bastante conhecida e reporta-se, já na década de 1960, o seu uso na prática norte-americana de recuperação de empresas (Asa S. Herzog, *Bakruptcy Law – Modern Trends*, in *Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy* 37 (1963), p. 20). Para apresentação de opiniões doutrinárias sobre o tema, vide Paulo F. Campana Filho, *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2013, p. 187-190.

47 A análise da situação apresentada em cada caso concreto indicará a presença de grupo de direito ou de fato. Nesse sentido, correta se encontra a decisão que afirma não se poder identificar o grupo societário apenas com base em ilações (TJSP, Agravo de Instrumento 638.370.4/0-00, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 30/6/2009).

necessariamente precedida da identificação da insolvência das demandantes<sup>48</sup>. Com efeito, sob a disciplina da LRE, nem o pedido de recuperação judicial e tampouco a decisão judicial de deferimento do seu processamento dependem da comprovação de insuficiência patrimonial ou de um estado de insolvência calcado no inadimplemento ou na impossibilidade de satisfazer obrigações, mas apenas da indicação daquilo que o legislador optou por denominar de “crise econômico-financeira” (art. 51, I). Assim, desnecessário será apurar eventual estado de insolvência ou mesmo ponderar sobre a viabilidade ou inviabilidade das devedoras, exigindo-se de cada sociedade os ordinários requisitos para o pedido de recuperação.

Por fim e antes de se passar ao tratamento específico das hipóteses de consolidação processual e substancial, não se pode deixar de mencionar que o tema guarda alguma relação com a figura da extensão dos efeitos da falência, adotada apenas nos casos de processos liquidatórios. A proximidade com a consolidação, específica para procedimentos de cunho reorganizativo, contudo, limita-se a uma de suas modalidades<sup>49</sup>. No presente artigo, muito embora alguns conceitos possam ser aplicados também a processos falimentares, as conclusões referem-se particularmente a processos de recuperação judicial. O foco no tratamento da matéria sob a perspectiva de um remédio preventivo à crise empresarial justifica-se, pois se acredita que, com frequência, este tende a perder sua eficácia caso o sistema jurídico teime em adotar uma perspectiva atomizada de cada uma das sociedades grupadas. Necessário parece reconhecer, em alguns casos, as vantagens de se admitir a prevalência da unidade econômica do grupo sobre o dado jurídico da separação de pessoas formalmente independentes<sup>50</sup>.

### 3.1. CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL: VANTAGENS E LIMITES

A consolidação processual<sup>51</sup> caracteriza-se pela condução conjunta da recuperação judicial de devedoras que compõem um grupo societário. Ela não tem o

48 À mesma conclusão chegou Berardino Libonati, que, mesmo ao estudar o tema sob legislação que exige a apuração do estado de insolvência, indica não ser necessário apurá-lo com relação a todas as sociedades do grupo (*Il Gruppo Insolvente*, 1ª ed., Firenze, Nardini, 1983, p. 209-210). Especial atenção deve ser dada ao fato de que a própria existência da articulação produtiva e financeira no grupo, ou seja, de uma união economicamente relevante entre as sociedades, faz com que a crise ganhe importância para além das fronteiras da personalidade jurídica.

49 Vide item 3.2.2.1, abaixo.

50 Sobre o tema, com especial atenção à disciplina do direito argentino, vide Rafael M. Manóvil, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 1.138.

51 O termo é traduzido a partir do original *procedural consolidation*, utilizado na doutrina internacional sobre o tema. Cogitou-se utilizar o adjetivo procedimental ao invés de processual, pois a consolidação aqui proposta não diz respeito apenas a temas da relação processual, como

condão de afetar os direitos e responsabilidades de credores e devedores, sendo apenas uma medida de conveniência administrativa e economia processual<sup>52</sup>.

Há quem defenda que a consolidação processual apenas se justifica se for acompanhada da reunião de ativos e passivos das autoras, ou seja, da consolidação substancial, abaixo abordada. Sob esta linha de raciocínio, a possibilidade de elaboração de solução financeira compartilhada para a crise empresarial seria o fim último da admissibilidade de um concurso preventivo de grupo<sup>53</sup>. Não obstante seja esta uma relevante justificativa para que se admita o processamento conjunto de múltiplos pedidos de recuperação, a opinião não parece se sustentar. Isso porque, mesmo na inexistência de consideração conjunta de ativos e passivos das devedoras, a simples possibilidade de lidar com a crise em processo único pode gerar maior chance de sucesso e redução de custos<sup>54</sup>.

Com efeito, a consolidação processual permite o alinhamento das mais diversas fases na caminhada processual da recuperação judicial das devedoras. Pode-se, assim, falar na 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,

legitimidade ativa e foro competente, mas talvez principalmente a atos e ordens sequenciais comuns, como a utilização de documento único para apresentação de plano de recuperação. Muito embora se pudesse pensar que o termo procedimento representa bem a unificação proposta, na medida em que ele se refere ao conjunto de atos ordenados que compõem o processo, acredita-se que a referência a “processo” seja mais adequada. Isso porque a categoria jurídica do processo engloba tanto procedimento quanto a relação jurídica processual e pode, portanto, abarcar corretamente todos os assuntos que aqui se propõe que possam ser objeto da consolidação. Com isso não se faz alusão ao conceitualismo superado de diferenciar rigorosamente os conceitos de “procedimento” e “processo”, que necessariamente caminham juntos. A opção pela referência ao adjetivo “processual” justifica-se, pois a opção por este tipo de consolidação está intimamente ligada às vantagens que a concomitância de atos, fases e prazos – exatamente a disciplina do procedimento – trazem para o processamento conjunto de recuperação judicial de sociedades do mesmo grupo, mas também envolve o conjunto de situações jurídicas ativas e passivas relacionadas a estes mesmos atos. O uso da expressão mais ampla, portanto, impõe-se. Sobre o tema, vide, por todos, Cândido R. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 25-32.

52 Phillip I. Blumberg, Kurt A. Strasser, Nicholas L. Georgakopoulos, Eric J. Gouvin, *Blumberg on Corporate Groups*, v. 2, 2ª ed., New York, Aspen, 2005, § 83.01, p. 83-5.

53 Sobre o tema, vide Rafael M. Manóvil, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 1154, e Christian Schmollinger, *Der Konzern in der Insolvenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, p. 292-293.

54 As vantagens do processamento conjunto são também destacadas pela UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, Vienna, 2012, p. 21.

bem como para a realização de assembleia de credores para deliberação sobre proposta das devedoras<sup>55</sup>.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento das vantagens da consolidação processual, muito embora também se possa reconhecer ser ela dotada de limitado alcance, na medida em que não tem o condão de fortemente influenciar os direitos subjetivos das partes do processo de recuperação judicial.

### 3.1.1. LITISCONSÓRCIO ATIVO E LEGITIMIDADE ATIVA

Muito embora se possa cogitar das vantagens da consolidação processual, sabe-se que a LRE não lidou nem com o pedido de recuperação pelo grupo em si, nem com aquele formulado em conjunto por diversas partes interessadas.

Ocorre que, não obstante a ausência de referência legal à formação de litisconsórcio ativo entre sociedades de mesmo grupo de direito ou de fato, a aplicação do Código de Processo Civil aos procedimentos da recuperação – expressamente prevista no art. 189 da LRE – permite que a figura seja utilizada e que favoreça o ajuizamento de processo único de recuperação judicial para lidar com múltiplas devedoras.

Como se sabe, o litisconsórcio caracteriza-se pela presença simultânea de pessoas na qualidade de partes no mesmo polo da relação processual<sup>56</sup>. O art. 113 do CPC de 2015 (art. 46 do CPC de 1973) disciplina as hipóteses em que o pólo processual pode ou deve ser ocupado por mais de uma pessoa. O ajuizamento de recuperação judicial em litisconsórcio ativo entre sociedades de mesmo grupo societário pode satisfazer o inciso II ou III do dispositivo. O primeiro apresenta-se como fundamento para a conexão entre os pedidos de recuperação judicial de sociedades agrupadas que tenham em comum a crise econômico-financeira, entendida ela como causa de pedir remota. O segundo, por sua vez, justifica-se na medida em que se presencia a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, que decorre justamente da existência de um grupo societário entre as autoras<sup>57</sup>, muito embora nessas situações não

55 Sobre as várias possibilidades de coordenação oferecidas pela consolidação processual, em especial à luz da recomendação da UNCITRAL, vide Neil H. Cooper, *Insolvency Proceedings in case of Group of Companies: Prospects of Harmonisation at EU Level*, European Parliament, 2011, p. 11.

56 Vide, por todos, Cândido R. Dinamarco, *Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)*, São Paulo, RT, 1984, p. 16.

57 Segundo a doutrina processualista, a afinidade se caracteriza como uma “conexidade degradada”, existindo alguma semelhança entre as demandas propostas, como apenas um elemento das causas de pedir ou apenas um fato-base alegado comum. Vide Cândido R. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 337-338.

esteja clara e necessariamente presente a comunhão de direitos e obrigações, nem haja compartilhamento de fundamento de fato ou de direito para os específicos direitos e obrigações discutidos.

Justamente em vista da qualidade instrumental do processo, a figura processual do litisconsórcio serve a situações em que o direito material assim a recomendar ou exigir<sup>58</sup>. À luz das relações ambientadas no grupo societário, pode-se imaginar que o fenômeno processual do litisconsórcio ativo bem se encaixa nas necessidades que o instrumento processual de solução da crise empresarial busca atender. Ora, se o processo tem por escopo atuar o direito material<sup>59</sup>, nada mais correto do que admitir, quando a situação fática apresentar verdadeira harmonia de pretensão, um polo ativo processual que abarque não só a sociedade atomizada, mas aquelas que contribuem para uma mesma organização empresarial.

Os conhecidos fundamentos do litisconsórcio parecem ser de fácil percepção nessas situações<sup>60</sup>. Estão presentes, para além da legitimidade *ad causam*, razões de economia processual e, principalmente, o temor de que o processamento separado das lides ocasione decisões conflitantes entre si, as quais, dada a matéria em discussão, têm grave potencial destrutivo sobre direitos de devedores, credores e terceiros interessados na reestruturação da empresa. Há conveniência em se permitir que o juiz e os credores formem convicção sobre um contexto jurídico e de fato<sup>61</sup> que envolve a crise da empresa plurissocietária e a busca de possível solução a ela<sup>62</sup>.

Com efeito, um dos principais motivos para que se aceite o processamento conjunto dos pedidos de recuperação judicial de diferentes devedoras é

58 Sobre o tema, vide Antônio C. de Araújo Cintra, *Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, Justitia, 1973, p. 66.

59 Sob o aspecto positivo da instrumentalidade do processo, fala-se na sua capacidade de cumprir a função a que foi destinado, a eliminar insatisfações com justiça e no cumprimento do direito. Sobre o tema, vide Cândido R. Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1990, p. 385-386.

60 Vide Antônio C. de Araújo Cintra, *Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, Justitia, 1973, p. 68.

61 Sobre a justificação do litisconsórcio e a menção a esta conveniência nos casos de conexão mais ou menos íntima entre demandas, vide Cândido R. Dinamarco, *Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)*, São Paulo, RT, 1984, p. 37.

62 Note-se que o art. 113, § 1º, do CPC de 2015 permite que o juiz limite o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença. Trata-se de dispositivo relevante para as hipóteses de recuperação judicial, lembrando-se que o suo do litisconsórcio ali, ou seja, o alinhamento das partes no mesmo pólo ativo do pedido de recuperação serve a razões de ordem instrumental, tais como celeridade e economicidade.

garantir que o *iter* percorrido na busca da solução para a crise que atinge mais de um agente empresarial encaminhe as partes para resultado concomitante e, se possível, harmônico.

Sobre este tema, cabe destacar que, a princípio, a consolidação processual refere-se a casos em que o litisconsórcio não é nem necessário nem unitário<sup>63</sup>. O primeiro aspecto significa que as devedoras poderiam ter optado pelo ajuizamento individual de ações de recuperação judicial, e estas seriam apreciadas e resultariam em provimento com efeitos apenas para as respectivas partes processuais. Há, portanto, um litisconsórcio facultativo. Dizer que o litisconsórcio não é unitário, por sua vez, é afirmar que a ação dirá respeito a partes autônomas em sentido processual, ou seja, que as devedoras serão sujeitos de posições processuais próprias e diferentes daquelas ocupadas pelas litisconsortes. Identifica-se uma pluralidade de demandas que se unem formalmente em um só processo. Pode-se dizer, então, tratar-se de litisconsórcio facultativo comum<sup>64</sup>.

Salvo situações excepcionais, as quais, como se verá abaixo, demandam não apenas a consolidação processual, mas também a substancial, a recuperação de sociedades de grupo societário não requer que o seu pedido se refira a todas as devedoras, nem tem como desfecho a determinação de que todas elas tenham que trilhar o mesmo caminho. Isso significa (i) que algumas devedoras podem ter a recuperação deferida, ao mesmo tempo em que outras não compartilharão da mesma sorte devido, por exemplo, à reprovação do seu plano, e (ii) que os termos dos ajustes que guiarão a recuperação de cada uma delas podem ser distintos, e muitas vezes devem sê-lo, já que são traçados à luz das especificidades da crise empresarial de cada devedora<sup>65</sup>.

Disso decorre que estão incorretas as afirmações peremptórias de que, ao se processar a recuperação judicial de mais de uma devedora conjuntamente, as autoras assumem o risco de que a conclusão atingida ao final do processo

63 Cf. José C. Barbosa Moreira, *O Litisconsórcio e seu duplo regime*, in *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*, Rio de Janeiro, Borsoli, 1971, p. 39-49.

64 Cf. Cândido R. Dinamarco, *Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)*, São Paulo, RT, 1984, p. 47, e p. 243-244. A inexistência de obrigatoriedade de formulação de pedido conjunto por sociedades do mesmo grupo já foi apontada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento 0134168-85.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 7/11/2013.

65 Da mesma forma, caso necessário ao bom andamento do processo, poderá haver a nomeação de diferentes administradores judiciais para as devedoras, seja desde o início da recuperação seja mediante a destituição de um administrador anteriormente indicado. Dado que a consolidação processual busca permitir que o processo de recuperação seja um adequado instrumento ao efetivo manejo da crise empresarial de multiplicidade de sociedades do grupo, nada mais correto do que permitir que seus institutos e órgãos sejam também utilizados com este propósito.

seja compartilhada por todas elas<sup>66</sup>. Isto estará correto sempre que se tratar não apenas de consolidação processual, mas também de substancial. A simples aceitação do litisconsórcio facultativo, contudo, não permite a mesma inferência. Referência é feita, então, ao princípio da independência dos colitigantes, aplicável sempre que o litisconsórcio não é unitário<sup>67</sup>.

O julgamento de mérito do pedido formulado por devedoras – ou seja, a decisão a ser proferida nos termos do art. 58 da LRE – não precisará ser unitário, em reconhecimento da autonomia das situações materiais das litisconsortes. Esta observação é especialmente relevante ao processo de recuperação judicial, em que a decisão sobre a concessão da recuperação judicial funda-se, ainda que não unicamente – já que naturalmente se permite o controle de legalidade do plano –, sobre o resultado da votação da assembleia geral de credores. Ora, se cada sociedade desfruta de situação financeira própria e se seus credores serão chamados a decidir sobre a proposta formulada, os quais podem divergir dos credores das outras devedoras, resta claro que uma autora poderá contar com resultado distinto do obtido pelas demais. Assim, muito embora a doutrina bem reconheça que o isolamento entre resultados aos litisconsortes reste normalmente atenuado, uma vez que as mesmas proposições de fato recebem uma mesma apreciação pelo mesmo julgador e tendem a levar a julgamentos iguais<sup>68</sup>, análise igual não se aplica perfeitamente à recuperação judicial.

66 Sobre o tema, vide TJSP, Agravo de Instrumento 0080712-60.2012.8.26.0000, Rel. Des. Roberto MacCracken, j. 16/10/2012, em que na ementa se afirma: “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 efeitos, sejam eles positivos ou negativos”. A leitura do acórdão não permite dizer se o caso envolveu apenas a consolidação processual ou se também houve consolidação substancial, com apresentação de apenas um plano a vincular todos e votado por todos os credores em conjunto, ou seja, sem respeito à autonomia de cada uma das sociedades. Apenas se pode concluir que o pedido de recuperação em litisconsórcio deve ocasionar o mesmo resultado a todas as devedoras (no caso falência) se e somente se não houve *mero* pedido conjunto, mas também tratamento unificado das relações obrigacionais das partes (sobre o tema, vide item 3.2.2, abaixo). Em outro acórdão sobre o tema, afirmou-se: “Aprovação do plano relativamente à empresa isolada que é irrelevante, se o pedido de recuperação foi realizado em litisconsórcio ativo por todas as pessoas jurídicas integrantes do grupo recuperando” (TJSP, Agravo de Instrumento 0585237-96.2010.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 1/3/2011). Também aqui não se sabe se houve apenas consolidação processual ou também substancial. Mas há que se tomar cuidado, pois do simples fato de que pedido fora feito em litisconsórcio ativo não deve decorrer que, em caso de decretação de falência por desaprovção do plano (e existindo aprovação com relação a uma das recuperandas), o mesmo resultado seja aplicado a todas as autoras. Como visto, segundo a doutrina processual, essa unidade de resultados impõe-se apenas em situações de litisconsórcio unitário.

67 Cf. Cândido R. Dinamarco, *Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)*, São Paulo, RT, 1984, p. 18.

68 Cf. Cândido R. Dinamarco, *Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)*, São Paulo, RT, 1984, p. 87.

Uma vez abordado o litisconsórcio, cabe dar um passo atrás e cuidar do critério de legitimação para o pedido de recuperação. Conforme mencionado acima, a legitimidade *ad causam* constitui um dos fundamentos da existência do litisconsórcio. Com efeito, apenas na presença da pertinência subjetiva da ação pode-se falar em apreciação da postulação conjunta da demanda. A legitimidade *ad causam*, por seu turno, além de constituir uma das condições da ação, tem como um de seus núcleos a legitimidade ativa.

Segundo o art. 48 da LRE, os legitimados ativos para a propositura da ação de recuperação judicial são apenas os devedores<sup>69</sup> e aqueles que (i) exerçam regularmente a atividade há mais de dois anos, (ii) não sejam falidos e, se tiverem sido, que as responsabilidades daí decorrentes estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, (iii) não tenham, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial, (iv) não tenham, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte, e (v) não tenham sido condenados ou não tenham, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na LRE<sup>70</sup>.

No caso do pedido formulado por diversas sociedades, todas elas precisam satisfazer os requisitos acima referidos. Todas devem, ainda, instruir a petição inicial com os documentos listados no art. 51 da LRE, lembrando-se que a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial deve basear-se na averiguação das exigências e na análise apenas formal<sup>71</sup> dos documentos legalmente exigidos.

Não cabe ao juiz – assim como ocorre em um feito em que apenas uma devedora consta do polo ativo – analisar a viabilidade da recuperação projetada pelas devedoras, mas averiguar se todas elas satisfazem os requisitos do art. 48 e se forneceram as informações essenciais listadas no art. 51. Destaque-se que a decisão de, por exemplo, não permitir o processamento com relação a sociedades

69 Para críticas, vide Sheila C. Neder Cerezetti, *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 256-267.

70 Este requisito merece críticas, na medida em que se declarou ter sido a LRE pautada no princípio da separação entre a sorte da empresa e do empresário. Sobre o tema, vide Parecer 534/2004, Rel. Sen. Ramez Tebet, *Diário Oficial do Senado Federal*, 10/06/2004, p. 17865. Para abordagem pioneira em sede doutrinária, em que se clamava pela atenção a esta separação, vide Fabio K. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, São Paulo, RT, 1970, p. 107-129.

71 Também assim, vide TJSP, Agravo de Instrumento 0134168-85.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 7/11/2013.

cujas demonstrações financeiras demonstram inatividade<sup>72</sup> não caracteriza análise de mérito sobre a situação da devedora – o que, como dito, está vedado –, mas apuração do requisito previsto no *caput* do art. 48, ou seja, exercício de atividade regular há mais de dois anos. Isso porque, muito embora o texto do dispositivo possa induzir à necessidade de registro a garantir regularidade da sociedade, ele também faz referência ao fato de que o devedor deve estar em atividade. Evita-se assim o processamento de instrumento de recuperação de sociedade que há tempos já não desempenha qualquer papel.

Vale recordar que as condições da ação, como a legitimidade, caracterizam-se como requisitos que o legislador considerou imprescindíveis para que se possa conferir ao autor uma decisão de mérito acerca da pretensão formulada. Note-se que as condições não representam os aspectos suficientes para que se conceda a tutela jurisdicional ao autor, mas apenas para que se permita que seja o pronunciamento judicial apresentado aos envolvidos.

Cumprido ressaltar que as condições da ação estão intimamente ligadas ao direito material e à relação jurídica apresentada ao magistrado<sup>73</sup>, sendo capazes de demonstrar a relação entre o plano do direito material e o do Direito Processual<sup>74</sup>. No caso da recuperação judicial postulada, ao magistrado é dado apreciar, para a aceitação do litisconsórcio, a existência de um grupo, já que não se trata de irrestritamente permitir que dois legitimados ativos proponham conjuntamente ação de recuperação judicial, mas de concordar com a presença de litisconsortes quando atendidos os pressupostos legais<sup>75</sup>. Mas, como já adiantado, não há na lei especial qualquer referência ao que se poderia entender, para fins de processos concursais, como agrupamento. Na ausência de conceituação

72 Como foi o caso, por exemplo, na Recuperação do Grupo Água de Cheiro, em que não se admitiu a inclusão de uma sociedade em litisconsórcio ativo, pois constatada a sua inatividade. Vide decisão de 25 de setembro de 2014, no Processo nº 1083068-31.2014.8.26.0100, Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

73 Cf. Ada P. Grinover, *Legitimidade Ordinária e a Relação Jurídica Substancial. Eficácia da Lei Processual no Tempo: A Arbitragem*, in *A Marcha do Processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 140; José R. S. Bedaque, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 102; Flavio L. Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999, p. 102.

74 No mesmo diapasão, Kazuo Watanabe afirma: “Constituem [as condições da ação], sem dúvida alguma, elementos através dos quais se visualiza a coordenação entre o processo e o direito material, vale dizer, entre o plano do direito material e o do direito processual, que são distintos, apesar do vínculo de instrumentalidade que os une.” (*Da Cognição no Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Perfil, 2005, p. 104).

75 Vide art. 113 do CPC de 2015 para as hipóteses de litisconsórcio, conforme supra referido, com destaque para a possibilidade de o magistrado limitar o número de litisconsortes, nos termos do parágrafo primeiro.

específica, faz-se necessário tomar a compreensão da expressão daquele ramo do Direito Comercial que a ele se dedicou, vale dizer, o Direito Societário.

Como visto, duas são as figuras grupais abarcadas pela disciplina societária, sendo uma delas constituída por meio de convenção grupal e raramente utilizada (grupo de direito), ao passo que a outra fundamenta-se sobre relações de controle (grupo de fato)<sup>76</sup>.

Qualquer uma das duas formas de estruturação da empresa plurissocietária parece estar abarcada pela admissão do litisconsórcio ativo, na medida em que, em ambas, se poderia concluir pela ligação entre as pretensões de utilização da recuperação judicial como mecanismo para superação da crise<sup>77</sup>.

Importante mencionar que, quando da análise do pedido de processamento da recuperação, espera-se do juiz, como abordado, a apreciação formal dos requisitos e exigências legais. Mas, nos pedidos de litisconsórcio ativo, a análise deve, além disso, passar pela averiguação da existência do grupo, seja ele de fato ou de direito. As relações societárias de controle e coligação ou a existência de convenção de grupo precisam, portanto, estar claras desde o início.

Cabe referir, ainda, que, depois de alguma hesitação inicial do Poder Judiciário, os pedidos de recuperação judicial formulados em litisconsórcio são atualmente aceitos. A justificada resistência inicial devia-se a corretas preocupações com a tutela de credores que, em recuperação de grupo possivelmente processada em comarcas distantes à da sede de algumas sociedades<sup>78</sup>, não conseguiriam, salvo com grave ônus, participar do importante processo decisório de que são atores na recuperação judicial. Por isso, os pedidos eram aceitos quando se referiam a empresas de mesmo grupo econômico e que estivessem “sediadas na mesma comarca”<sup>79</sup>.

Mais recentemente, a exigência de igualdade de sede das autoras para aceitação do litisconsórcio foi substituída pela necessidade (i) de elementos

76 Vide item 2.1, acima, para apresentação do que se pode entender por grupo de fato e de direito.  
77 Não parece correto, portanto, exigir o cumprimento do art. 265 da lei acionária (celebração de convenção de grupo) como requisito para admissão do litisconsórcio ativo, tal qual no seguinte julgado do TJSP: Agravo de Instrumento 994.09.283035-5, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 6/4/2010.  
78 Para o tema do foro competente, vide item 3.1.2, abaixo.  
79 Há julgados de 2009, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que não se aceita o pedido conjunto, pois os estabelecimentos das devedoras se localizavam em locais distantes uns dos outros e isso prejudicaria o comparecimento dos credores, em especial trabalhistas, à assembleia geral. Dada a natureza contratual da recuperação judicial, esse prejuízo foi visto como incontornável e o processo de recuperação judicial em litisconsórcio ativo foi extinto. Vide TJSP, Ap. Civ. sem revisão 625.206-4/2-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 9/6/2009, e TJSP, Agravo de Instrumento 645.330-4/4-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 15/9/2009.

que justifiquem a apresentação de plano único<sup>80</sup>, e (ii) de posterior aprovação do cúmulo subjetivo pelos credores<sup>81</sup>.

Mas, à luz do exposto, nenhuma das duas restrições se justifica. A aceitação do litisconsórcio ativo não deve depender do interesse das partes em lidar conjuntamente com a crise com base em plano conjunto e tampouco pode se sujeitar à ulterior confirmação da opção pelos credores em assembleia. Em primeiro lugar, como visto, da consolidação processual não resulta a consolidação substancial, abaixo tratada, em que o plano não apenas é único (apresentado em documento único), mas unitário (trata as relações com credores como se dissessem respeito a todo o grupo e não a pessoas jurídicas distintas). Em segundo lugar, a decisão sobre o cabimento do litisconsórcio facultativo compete ao magistrado e é tomada à luz da presença de algum dos requisitos do art. 113 do CPC de 2015<sup>82</sup>, não cabendo falar em atribuição aos credores da competência para decidir sobre essa questão processual. Não há dúvidas de que aos credores compete a decisão mais relevante da recuperação judicial – a aceitação ou não do plano – e, conforme proposto abaixo, a decisão sobre a consolidação substancial voluntária. A eles, contudo, o legislador não atribuiu a competência para decidir sobre a coexistência de partes no polo ativo da ação.

### 3.1.2. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LITISCONSÓRCIO ATIVO

A regra de competência prevista na LRE aplica-se a todos os institutos por ela regidos, isto é, à recuperação extrajudicial, à recuperação judicial e à falência. Dispõe o art. 3º que as demandas devem ser apresentadas perante o juízo do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do País. Trata-se de critério tradicionalmente referido pela legislação

80 Vide também TJSP, Agravo de Instrumento 2116130-54.2014.8.26.0000, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 13/11/2014. Nos julgados, a expressa referência à apresentação de plano único de recuperação parece significar não apenas um documento único mas a verdadeira unificação dos credores (plano unitário). Sobre a distinção entre plano único e plano unificado, vide item 3.2.2.3, abaixo.  
81 TJSP, Agravo de Instrumento 0281187-66.2011.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 26/6/2012.  
82 Há decisão do TJSP em que corretamente se aceita o litisconsórcio devido à presença de grupo de fato. Mas nela também se menciona que a aceitação do litisconsórcio se impunha pois ele atenderia, dadas as especificidades do caso, à finalidade última do instituto da recuperação judicial, entendida como a superação da crise econômico-financeira das empresas. Vide Agravo de Instrumento 0281187-66.2011.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 26/7/2012. Em outro acórdão, um dos primeiros a enfrentar a questão do litisconsórcio ativo, bem se afirma não caber aos credores a decisão sobre matéria processual (TJSP, Ap. Civ. sem revisão 625.206-4/2-00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 9/6/2009).

concural nacional<sup>83</sup> e sobre o qual a doutrina e a jurisprudência se debruçaram ao longo dos anos.

Considerando-se a frequente existência de múltiplos estabelecimentos de uma mesma sociedade, a definição de qual deles poderia ser considerado o mais importante para fins de guiar a competência jurisdicional alcança relevância extrema, mormente em país de dimensão continental como o Brasil. Sobre o tema, há quem aponte que, sendo os institutos concursais instrumentos de execução coletiva, o principal estabelecimento deveria ser entendido como o mais expressivo em termos patrimoniais, o que facilitaria a arrecadação e a venda dos bens para posterior pagamento de credores<sup>84</sup>. Ocorre que a LRE, ao prever mecanismos de recuperação de empresas, instaurou nova e distinta perspectiva acerca do direito da empresa em crise. Não mais se pode afirmar serem os institutos concursais predominantemente voltados à liquidação de ativos e satisfação dos credores, mas a permitir, em análise casuística, decisão acerca da solução mais adequada, privilegiando-se, sempre que viável, a manutenção da empresa. Assim, interpretações com foco no aspecto patrimonial nem sempre devem ser acolhidas sob o novo modelo de insolvência. Também por isso, posicionamento antigamente defendido por T. de Miranda Valverde<sup>85</sup> foi retomado e atualmente o estabelecimento principal é compreendido como aquele em que se localiza o centro decisório do devedor, ou seja, o local de onde partem as ordens e em que se organizam as relações externas traçadas entre a sociedade e terceiros<sup>86</sup>.

Uma vez que a lei não aborda o processamento conjunto de pedido de recuperação por mais de uma sociedade, não há regra sobre a definição da competência quando os principais estabelecimentos das participantes de mesmo grupo societário se situarem em locais distintos.

Os tribunais já se debruçaram sobre o tema e, depois de alguma hesitação em aceitar o litisconsórcio quando houvesse competência distinta para

83 Vide art. 7º, do Decreto-Lei 7.661/1945, Art. 7º do Decreto 5.746/1929, Art. 7º da Lei 2.024/1908 e, também, art. 4º do Decreto 917/1890.

84 Nesse sentido e com boa resenha das opiniões doutrinárias sobre o tema, vide Mauro R. Pentead, *Artigo 3º*, in Francisco Satiro de Sousa Jr., Antônio S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 116-123.

85 *Comentários à Lei de Falências*, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1948, p. 84.

86 Nesse sentido, vide, a título exemplificativo, STJ, Recurso Especial 439.965, Rel. Min. Raul Araújo, j. 20/06/2013, TJSP, Agravo de Instrumento 2170364-83.2014.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 04/11/2014, TJSP, Embargos de Declaração 2062296-73.2013.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ligia Bisogni, j. 08/10/2014, e TJSP, Agravo de Instrumento 0124191-69.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 05/12/2013.

o recebimento do pedido de recuperação de duas sociedades<sup>87</sup>, firmou-se o entendimento de que o mesmo critério aplicável para pedidos individuais deve prevalecer no caso do grupo. Assim, a competência se estabelece com base no “local de onde emanam as principais decisões estratégicas, financeiras e operacionais do grupo”<sup>88</sup>. Há que se destacar que este critério tem sido entendido como prevalente não apenas sobre o da sede estatutária de uma ou outra sociedade, mas inclusive sobre eventual comarca em que o grupo concentrar a maior parte dos ativos e o maior número de funcionários. Como fundamento aponta-se justamente o fato de que o processo de recuperação judicial distingue-se do de falência, sendo que apenas para este último caberia elucubrar sobre a vantagem de se estabelecer como competente o juízo do local em que os ativos a serem liquidados estariam localizados. A lógica da manutenção da empresa, que conduz o processo de recuperação judicial, sugere a adoção de critério ligado à efetiva atuação e vitalidade das recuperandas.

Esta conclusão não permite, todavia, que as elogiosas preocupações com a tutela de credores, em especial trabalhistas e fornecedores de menor porte, sejam olvidadas. Com efeito, a recuperação judicial fundamenta-se na participação dos credores como agentes responsáveis pela tomada de decisões em assembleia. Não parece, portanto, correto admitir que uma questão processual (competência) se mostre prejudicial ao próprio bom andamento do procedimento e aos direitos de participação das partes, direitos estes cuja proteção constitui um dos pilares do próprio instituto da recuperação judicial. Assim, de todo recomendável seria a adoção de instrumentos tecnológicos para se admitir a participação concomitante de credores nos conclaves, ainda que à distância<sup>89</sup>. Esta solução permitiria a manutenção da consolidação processual sob os critérios de competência ora aceitos e garantiria a tutela dos direitos de participação dos credores.

87 Vide nota de rodapé 78, acima.

88 TJSP, Agravo de Instrumento 0080995-45.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 21/3/2013.

89 Muito embora se reconheça a distinção entre as realidades, a admissão das assembleias virtuais de companhias abertas, em que se aceita a participação de acionistas à distância, justamente para se permitir a ampla manifestação de minoritários e se combater o elevado absentismo, poderia servir de modelo para as recuperações judiciais de grupos de empresas processadas em comarcas distantes do local em que se encontram os credores. Para as assembleias de companhias abertas, o tema é ora objeto de audiência pública para alteração da Instrução CVM 481/2009. No caso da assembleia de credores em recuperação judicial, o ideal seria a utilização de sistema de participação à distância durante a assembleia (e não apenas de uso de boletim de voto à distância), pois isso permitiria a efetiva negociação que se espera que ocorra naquele ambiente.

Sobre o tema da competência, não se pode deixar de destacar o atual entendimento de que o pedido de falência pendente contra uma das sociedades do grupo ocasiona a prevenção do juízo para pedido de recuperação em litisconsórcio ativo que inclua a mesma sociedade como autora<sup>90</sup>. Este posicionamento deve ser visto com cautela. Ele pode, inclusive, ir de encontro ao entendimento, também jurisprudencialmente aceito, de que o juízo competente para o processamento da recuperação do grupo é aquele em que se encontra a vitalidade empresarial. Ora, ao admitir que o pedido de falência contra uma específica sociedade do grupo possa tornar prevento o juízo para fins de ação de recuperação judicial de todo o grupo societário, está o intérprete justamente a afastar a correta compreensão de que mecanismos de liquidação e de recuperação possuem lógicas e propósitos distintos e que, por isso, o conceito de principal estabelecimento – fundamental para a definição da competência – deve ser lido como aquele que reflete a vida ativa da sociedade. Ademais, este posicionamento pode acarretar a prevenção de juízo para fins de recuperação, que seria competente apenas para julgar ação contra uma das sociedades do grupo, sem levar em conta a relevância da fixação de competência para o bom andamento da recuperação das devedoras, em especial a possibilidade de efetiva participação dos credores no processo. Estende-se a regra criada para lidar com a crise de sociedade individual (art. 6º, § 8º) para realidade completamente distinta – a recuperação judicial do grupo – sem atentar para os perniciosos efeitos da interpretação<sup>91</sup>.

### 3.1.3. APRESENTAÇÃO DE PLANO ÚNICO

Ainda no âmbito do que se pode chamar de consolidação processual, que envolve o encaminhamento conjunto dos diversos atos e fases da recuperação judicial, pode-se admitir que as devedoras apresentem, em um só documento, a proposta dos meios de recuperação judicial que entendam necessários para a superação da crise de todas elas.

Trata-se do que se pode chamar de “plano único”<sup>92</sup>, ou seja, um só documento a descrever os meios de recuperação que cada uma das devedoras

pretende utilizar, mas sem que isso represente qualquer afronta à autonomia patrimonial de cada uma delas. Pode-se dizer, nesse sentido, que se cuida de união formal entre as partes, na medida em que, muito embora os meios de recuperação estejam expostos em um mesmo documento, eles não compreendem a desconsideração à autonomia de cada uma das devedoras, cujos patrimônios respondem apenas perante os respectivos credores de cada recuperanda.

Esta união teria também sido precedida de atos procedimentais conjuntos, mas ainda assim independentes. Por exemplo, mesmo que o litisconsórcio ativo tenha sido aceito e que os prazos para suspensão e para apresentação de relação de credores e plano, por exemplo, coincidam, cada autora deverá fornecer suas informações de maneira a diferenciar os ativos e os passivos individuais. Em outras palavras, a consolidação processual não representa, em nenhuma medida, a confusão patrimonial das co-autoras, mas apenas instrumento a facilitar a boa solução da lide<sup>93</sup>.

Em consonância com o fato de que a consolidação processual não opera a eliminação da independência patrimonial das devedoras, mas apenas permite que elas se utilizem do mesmo documento para apresentar a proposta de reestruturação das suas atividades, a votação do plano, ainda que programada para ocorrer em assembleias convocadas para a mesma data, é feita de forma separada e em respeito à separação jurídica existente entre as sociedades do grupo. Os credores de cada devedora se reunirão e, em observância às classes e aos quoruns previstos na LRE, deliberarão sobre o plano. O resultado do conclave será, portanto, apurado com relação a cada uma das devedoras.

Disso decorre necessariamente o que já se afirmou no item 3.1.1, acima. Tratando-se de litisconsórcio facultativo comum, cada uma das autoras pode obter resultados distintos após o *iter* processual. Assim, nada impede que a recuperação de uma devedora seja concedida, enquanto a de sua litisconsorte seja negada. Dada a vinculação de atividades entre as devedoras e a possível ligação da sorte de uma ao bem-estar da outra, a adoção desta conclusão não pode prescindir de previsão contratual no plano que claramente contemple a possibilidade de ele não ser aprovado pelos credores de todas as devedoras. Isso porque, caso o plano, ainda que em respeito à autonomia patrimonial, se

90 Vide STJ, Recurso Especial 116.743, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2012, e TJSP, Conflito de Competência 0019921-57.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 26/5/2014.

91 Ainda no Recurso Especial 116.743, o voto vencido do Min. Raul Araújo, acompanhado pelos Min. Isabel Gallotti e Min. Massami Uyeda, bem considerou o centro vital do grupo como critério para a definição da competência para fins de recuperação judicial.

92 Cf. Paulo F. C. S. Toledo, *Recuperação Judicial de Grupos de Empresas*, in Erasmo Valladão A. N. França, Marcelo V. von Adamek (coords.), *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 350.

93 Exatamente nesse sentido, caminha julgado do TJSP: “muito embora se trate de recuperação judicial excepcionalmente *deferida* em litisconsórcio a empresas integrantes do mesmo grupo econômico, é imprescindível que a relação de credores discrimine qual empresa do grupo é devedora, sob pena de inevitável confusão patrimonial.” (Agravado de Instrumento 0175316-13.2012.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 30/10/2012).

fundamente na composição conjunta de todas as devedoras, ele deve abordar os efeitos de possível desaprovação por alguns credores que redunde na decretação da falência de alguma(s) delas.

### 3.2. CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL: MEDIDA EXCEPCIONALMENTE ACOPLADA À CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL

Uma vez compreendida a denominada consolidação processual, com facilidade se pode perceber não apenas a sua utilidade, mas também os seus limites. Se o processamento conjunto de pedidos de recuperação tem o condão de facilitar o alcance de bons resultados, ele peca por ser incapaz de justamente ir além de uma solução apenas formalmente una. Hipóteses há em que o bom equacionamento da crise demanda medida de agregação mais profunda.

Esta medida é comumente chamada de “consolidação substancial” e foi inicialmente desenvolvida pela jurisprudência norte-americana<sup>94</sup>. Em linhas gerais, ela 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.

A consolidação substancial toca dois temas importantes: a atribuição de responsabilidade por obrigações de uma determinada pessoa (específica sociedade devedora) a terceiros (sociedades do grupo em recuperação judicial), e a busca por tratamento justo aos credores como um todo, ainda que isso represente o sacrifício aos interesses individuais de alguns deles.

Em perspectiva superficial e à luz dos seus efeitos, ela representa remédio que, sob o instituto falimentar, acerca-se da extensão da quebra – tema já bastante conhecido da jurisprudência pátria<sup>95</sup> – e, em alguma medida, guarda proximidade com a desconsideração da personalidade jurídica. Não é aqui o local adequado para abordar com profundidade nenhuma das duas figuras, mas cabe destacar que a consolidação não pode ser com elas confundida<sup>96</sup>.

94 Para mais detalhes, vide item 3.2.1, abaixo.

95 Ampla é a jurisprudência sobre a extensão dos efeitos da falência, inclusive entre participantes de grupo de sociedades. A título exemplificativo e com indicação da relevância da prova de efetiva conduta daqueles sobre os quais os efeitos da falência são impostos, vide STJ, REsp 1125767, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9/8/2011. Deve-se anotar, contudo, que o instituto da extensão deve ser aplicado apenas a sócios com responsabilidade ilimitada, nos termos do art. 81 da LRE.

96 A opção por aqui se abordar em detalhes apenas a consolidação e não outros instrumentos utilizados em situações de insolvência de companhias grupadas não significa necessária preferência pelo emprego daquela em prejuízo destes. A título exemplificativo, pode-se mencionar, como

Uma certa aproximação entre a desconsideração e a consolidação substancial<sup>97</sup> justifica-se pela (i) excepcionalidade da sua adoção, e (ii) atuação bastante específica de uma e outra solução, sendo que a desconsideração é reconhecida apenas para o específico fim de satisfação de um determinado crédito, cuja cobrança resulta no afastamento temporário da personalidade jurídica de uma sociedade, de forma que os bens sejam utilizados para pagamento de dívida de outra, enquanto a consolidação ocorre apenas para lidar com os créditos sujeitos à recuperação judicial em que ela é adotada. Ambas, portanto, não têm o condão de extirpar a personalidade jurídica das devedoras, as quais permanecem juridicamente independentes, salvo se o plano contiver previsão de operação societária que disponha de forma distinta<sup>98</sup>. Todavia, não se pode deixar de notar que a desconsideração permite que os bens da controladora sejam utilizados para satisfação de específicos débitos da controlada (ou o contrário, em caso de desconsideração inversa), enquanto a consolidação substancial gera um aglomeração dos ativos das devedoras para fazer frente aos créditos contra elas existentes.

Ainda mais relevante é o fato de que a consolidação atende um propósito bastante distinto daquele que orienta a desconsideração, e sua adoção não pode olvidar os fins para o qual ela foi criada. A desconsideração busca momentaneamente afastar a autonomia da pessoa jurídica com relação aos sócios, com o fim de alcançar o patrimônio destes e satisfazer a demanda de um terceiro, prejudicado, no mais das vezes, por abuso ou fraude na utilização da persona-

um dos outros instrumentos aventados no Direito estrangeiro, a atribuição de responsabilidade, no próprio curso do procedimento concursal da controlada, à sociedade controladora por alguns débitos da controlada quando presentes provas de conduta inadequada em prejuízo ao interesse da controlada. Fácil perceber que esta medida se aproxima mais da clássica hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Para uma visão geral de instrumentos adotados em países como a Austrália, a Inglaterra e a Nova Zelândia, vide Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, 2009, p. 587-596.

97 A origem da consolidação substancial no ordenamento norte-americano bem indica a aproximação entre uma e outra medida (vide Asa S. Herzog, *Bakruptcy Law - Modern Trends*, in *Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy* 37 (1963), p. 21), mas o afastamento entre as duas foi posteriormente afirmado (vide Philip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, including the Law of Corporate Guaranties*, Boston, Little, Brown and Company, 1985, p. 429-432, e Judith Elkin, *Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States*, in *Texas Journal of Business Law* 45 (2013), p. 246-247.

98 O plano de recuperação pode, por exemplo, prever a fusão de duas sociedades do grupo como meio de recuperação judicial. Este foi o caso da recuperação judicial de DM Fundidos Especiais Ltda. e Delta Usinagem e Fundidos Ltda., abordado no seguinte acórdão: TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.188755-0, Rel. Des. Romeu Ricupero j. 19/10/2010.

lidade jurídica<sup>99</sup>. Trata-se de atender a um interesse creditício específico, em atenção à realidade dos fatos. Distintamente, a consolidação tem por fim garantir que a reorganização empresarial se desenrole da forma mais profícua possível, tanto em prol dos credores, que poderão contar com o patrimônio grupal para a satisfação de seus créditos, nos termos do plano, quanto em benefício da própria manutenção da organização empresarial, que potencialmente se favorecerá, caso solução uniforme para a crise grupal seja encontrada. A distinção de objetivos explica a diferença de hipóteses que justificam uma e outra medida.

Note-se que o propósito aqui não é tutelar uma ou outra devedora, nem mesmo um ou outro credor, mas preservar a organização empresarial plurissocietária que reúne diferentes interesses<sup>100</sup>. Não se trata, portanto, de valorizar a preservação de uma dada sociedade ou a satisfação de um dado crédito, mas de elaborar instrumento de solução conjunta para crise que, sem tal medida, seria de difícil ou impossível superação. Desde logo, cabe ressaltar que isso não significa dizer que a consolidação substancial deva ser admitida irrestritamente e sempre que a devedora (ou outro interessado) alegar a sua imprescindibilidade. A sua aceitação ocorre em situações específicas, conforme abaixo detalhado<sup>101</sup>.

A excepcionalidade da consolidação substancial justifica-se devido ao fato de que, muito embora agrupadas, as sociedades devedoras caracterizam-se como entes com personalidade jurídica e patrimônios autônomos. Como visto acima, a mera existência do grupo societário não conduz, no ordenamento jurídico brasileiro, ao afastamento da personalização dos seus componentes, variando o grau de independência e liberdade para o sacrifício dos interesses individuais dos entes conforme se trate de grupo de direito ou de fato.

Isso tudo condiz com a constatação de que os grupos são formados com o propósito de separação de riscos, de maneira que cada sociedade se apresenta, perante terceiros, como ente distinto das demais do mesmo grupo, respondendo juridicamente apenas pelas obrigações por ela mesma adquiridas<sup>102</sup>. Diz-se, então, ser o grupo instrumento para que a responsabilidade limitada seja usu-

99 Cf. Fabio K. Comparato, in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 307-309.

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

101 Vide item 3.2.2.

102 O benefício da limitação de responsabilidade dentro do grupo, que permite a distinção entre sociedades autônomas, ainda que mantida a unidade pessoal do controle, é bem lembrado por Fabio K. Comparato, que menciona terem os Medici aprendido esta lição após a falência de bancos nas cidades italianas do *Quattrocento*, que sofreram com a então rígida unidade

fruída na maior extensão possível<sup>103</sup>, restringindo-se a possibilidade de exigir que a sociedade controladora assuma riscos especificamente alocados sob a atividade de uma ou outra sociedade controlada. Ao se permitir a consolidação, caminha-se de encontro a este propósito, na medida em que se permite que débitos concursais sejam manejados como se inexistissem as barreiras impostas pela presença das várias personalidades jurídicas. Como se verá, uma das hipóteses de aceitação da consolidação – a consolidação substancial obrigatória – refere-se justamente ao caso em que a realidade dos fatos demonstrar que o benefício da limitação da responsabilidade não se apresenta como reflexo de verdadeira compartimentação patrimonial. Ora, na ausência desta, não há como se desejar usufruir daquela.

Em vista deste propósito de garantir a plena limitação de riscos, o legislador brasileiro afastou-se dos clamores pela previsão de responsabilidade solidária<sup>104</sup> ou subsidiária<sup>105</sup> entre integrantes de grupo societário. A Exposição de Motivos nº 196/1976 declara que a lei acionária deixou de prever a responsabilidade solidária, “pois a experiência demonstra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar”. Consoante notado pela doutrina, esta justificativa é passível de reparos, na medida em que os únicos credores que logram alcançar garantias adicionais aos seus créditos, em especial a solidariedade entre sociedades do grupo, são aqueles dotados de maior poder econômico, de que as instituições financeiras são exemplos<sup>106</sup>.

patrimonial. Vide *Na Proto-história das Empresas Multinacionais – O Banco Medici de Florença*, in *RDM* 54 (1984), p. 107.

103 Cf. Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, 5ª ed., Bologna, Il Mulino, 2010, p. 174.

104 A defesa da responsabilidade solidária é feita, por exemplo, por Jorge Lobo, “com a finalidade última de compelir o empresário – sempre acima de tudo e de todos – a honrar a palavra empenhada, não importa se empenhada através da sociedade controladora e/ou de uma ou várias de suas controladas” (*Direito dos Grupos de Sociedades*, in *RDM* 107 (1997), p. 122).

105 Cf. Fabio K. Comparato, *Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in *RDM* 23 (1976), p. 105-106. A mesma opinião foi confirmada posteriormente, afirmando-se ainda que “[c]om ou sem o estabelecimento de uma convenção de grupo, a insolvabilidade de uma sociedade controlada, caracterizada pela falência ou pela concordata, deveria acarretar a responsabilidade subsidiária da controladora. Incumbiria a esta o ônus de provar, não havendo convenção, a inexistência de um poder de controle, constituindo o grupo societário de subordinação.” (in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 432).

106 Nesse sentido, vide Fabio K. Comparato, in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 431. Apontando que a regra de responsabilidade limitada acaba por valer apenas para credores fracos, que não conseguem exigir garantias adicionais concedidas pelos sócios da devedora, vide Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, 5ª ed., Bologna, Il Mulino, 2010, p. 175.

A opção feita fecha os olhos, em alguma medida, para a realidade fática dos grupos. Isso não significa, contudo, que ela não deva ser levada em consideração na análise de cada caso concreto. Uma das funções da consolidação substancial é justamente lidar com desvios no respeito à independência societária e patrimonial de sociedades grupadas no âmbito da recuperação judicial.

Antes de se passar ao estudo das hipóteses em que a medida convém, cabem duas últimas observações sobre a limitação de responsabilidade. Em primeiro lugar, ela não deve ser vista apenas como limitadora dos direitos dos credores, na medida em que o impede de cobrar outros entes coligados à devedora, mas também como garantidora da sua posição, uma vez que afirma que os bens daquela específica sociedade com que se contratou responderá apenas e tão somente perante os seus próprios credores. Em segundo lugar, as medidas de superação das barreiras da personalidade jurídica devem ser avaliadas à luz da empresa como um todo, afastando-se considerações simplistas em tutela ao estrito interesse dos credores e tendo em vista também os efeitos sobre outros atores<sup>107</sup>. Não se pode deixar de atentar, por exemplo, para o fato de que ao falar em grupo não se está tratando apenas de sociedades controladoras e subsidiárias integrais, mas também de sociedades controladas de cujo capital participam sócios minoritários que, às vezes, são inclusive investidores do mercado. Estes agentes não podem ser esquecidos no ambiente da recuperação judicial de sociedades grupadas.

### 3.2.1. BREVE NOTA SOBRE A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANA: A SUBSTANTIVE CONSOLIDATION

Para lidar com alguns casos de *reorganization*<sup>108</sup> que envolvem grupos societários, desenvolveu-se, na jurisprudência norte-americana<sup>109</sup>, o conceito de *substantive consolidation*, tema que passou a ser discutido por estudiosos de insolvência ao redor do mundo<sup>110</sup>.

107 Sobre as preocupações com a tutela de credores e acionistas minoritários no ambiente regulatório do grupo de sociedades, vide Klaus J. Hopt, *Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies*, in Clive M. Schmitthoff, Frank Woolridge, *Groups of Companies*, London, Sweet & Maxwell, 1991, p. 88-89.

108 Trata-se de procedimento de recuperação empresarial previsto no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*. Para uma breve apresentação dos seus principais aspectos em vernáculo, vide Sheila C. Neder Cerezetti, *O Papel dos Credores no Bankruptcy Code*, in *RDM* 151/152 (2009), p. 164-186.

109 A criação desta prática, como um *equitable remedy*, se fundou no chamado *equitable power* dos juízes falimentares no sistema norte-americano (Cf. J. Maxwell Tucker, *Substantive Consolidation: The Cacophony Continues*, in *American Bankruptcy Institute Law Review* 18 (2010), p. 189).

110 Vide, por exemplo, Rafael M. Manóvil, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, Heribert Hirte, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups'*

Trata-se de construção análoga àquela designada de *disregard of the corporate entity* (a já bem conhecida desconsideração da personalidade jurídica) e aplicada especificamente para fins concursais. A sua adoção é tida como o reconhecimento judicial de que não se pode fechar os olhos para o fato de que estruturas de relacionamento intersocietário são amplamente usadas por companhias controladoras e controladas para a organização dos seus negócios<sup>111</sup>.

A consolidação substancial vai além da consolidação processual, acima referida. Ela tem o condão de reunir ativos e passivos de devedoras afiliadas e de eliminar créditos e garantias intersocietários, sem, contudo, afetar créditos garantidos.

A aceitação da consolidação substancial, já na década de sessenta do século passado, ainda sob as regras do antigo *Chapter XI*, ocorria em especial nos casos em que as devedoras efetivamente contribuíam para o exercício da mesma empresa e em que se mostrava difícil identificar verdadeira existência autônoma de sociedades controladas. Exemplos disso eram encontrados nas situações em que havia confusão entre os ativos e contas das sociedades. Para que se fizesse justiça em cenários como estes, a plena consolidação, ignorando-se as personalidades distintas, era vista como necessária<sup>112</sup>.

Cabe destacar que a consolidação substancial pode ser total ou parcial, sendo que, sob esta última, algumas prioridades podem ser respeitadas e alguns créditos podem ser mantidos em face de um determinado devedor e satisfeitos mediante a específica alocação de certos ativos. Muitas vezes, o reconhecimento da consolidação parcial, com a indicação de que alguns créditos devem ser satisfeitos de forma separada, decorreu da comprovação de que os respectivos credores lidaram com uma determinada sociedade sob a crença de que se tratava de ente verdadeiramente autônomo. Note-se, contudo, que a consolidação parcial é rara e há décadas não vem sendo aplicada, talvez devido ao fato de que cabe aos credores fazer a difícil prova de que a sua aceitação seria indispensável para evitar injustiça<sup>113</sup>.

*Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review* 2 (2008), p. 213-236, Ana P. Oliveira, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um critério unitário de solução do 'conflito do grupo'*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 632-637, Héctor J. Miguens, *El Grupo Insolvente*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 231-264, Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009, p. 583-596, Lukas Beck, *Perspektiven eines Konzerninsolvenzrechts*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 8 (2014), p. 381-388.

111 Vide *In re Vecco Constr. Indus., Inc.*, 4 Bankr. 407, 409 (Bankr. E.D. Va. 1980).

112 Cf. Asa S. Herzog, *Bankruptcy Law – Modern Trends*, in *Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy* 37 (1963), p. 21.

113 Para revisão dos casos em que a consolidação parcial foi adotada, vide Philip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary*

Algumas decisões do *Court of Appeals for the Second Circuit* nos anos entre 1964 e 1975 foram essenciais para o desenvolvimento do tema. Os casos *Soviero*, *Chemical Bank*, *Flora Mir Candy* e *Continental Vending Machine*<sup>114</sup> muito contribuíram para que os requisitos para determinação da consolidação pelo juízo se estabilizassem e, posteriormente, fossem ampliados. Interessante ressaltar que a decisão pela consolidação é dada em pleno reconhecimento de que alguns credores sofrem com a medida. Entende-se que, em situações específicas, o resultado positivo para os credores enquanto grupo bem supera o prejuízo individual e pode ser tolerado. Avalia-se, portanto, se o prejuízo decorrente da manutenção da plena separação patrimonial entre as devedoras supera aquele que adviria da consolidação substancial, cabendo, em geral, o ônus da prova àquele que solicita a consolidação<sup>115</sup>.

Muito embora sejam encontradas, especialmente na doutrina internacional, inúmeras referências à consolidação substancial, nem sempre elas fazem menção ao importante fato de que inexistente unidade de critérios jurisprudenciais para a sua adoção. As diferentes *circuit courts* desenvolveram distintos testes para avaliar a adequação da medida aos casos concretos.

Sob o teste do *D.C. Circuit*, apresentado no caso *In re Auto-Train Corp.*<sup>116</sup>, aquele que solicita a consolidação deve comprovar (i) a identidade substancial entre os entes que serão consolidados, e (ii) a necessidade da consolidação para evitar prejuízo ou garantir benefício econômico. Uma vez satisfeitos os requisitos, gera-se uma presunção de adequação da consolidação, cabendo a um credor dissidente fazer prova de que (i) ele confiava no pagamento separado do seu crédito por apenas uma devedora e (ii) será prejudicado pela consolidação. Caso o credor comprove suas alegações, a consolidação apenas pode ser aprovada se o juízo entender que os benefícios da consolidação gerados a todos em muito superam os prejuízos por ela ocasionados ao dissidente.

O teste adotado pelo *Second Circuit* (*In re Augie/Restivo Baking Co.*<sup>117</sup>) é diferente. O proponente da consolidação deve provar (i) que os credores lidaram

*Corporations, including the Law of Corporate Guaranties*, Boston, Little, Brown and Company, 1985, p. 407-408.

114 Respectivamente, *Soviero v. Franklin Nat'l Bank*, 328 F.2d 446 (2d Cir. 1964), *Chemical Bank N.Y. Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845 (2d Cir. 1966), *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060 (2d Cir. 1975), e *In re Continental Vending Mach. Corp.*, 517 F.2d 997 (2d Cir. 1976).

115 Cf. Judith Elkin, *Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States*, in *Texas Journal of Business Law* 45 (2013), p. 253.

116 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987). No mesmo sentido caminha o *Eleventh Circuit* sob o caso *Eastgroup Props. v. S. Motel Ass'n*, 935 F.2d 245 (11th Cir. 1991).

117 *Union Savings Bank v. Augie/Restivo Baking Company, Ltd.* (*In re Augie/Restivo Baking Co.*), 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988). O mesmo teste foi perfilhado pelo *Ninth Circuit*, no caso *In re Bonham* (229 F.3d 750 (9th Cir. 2000).

com as sociedades como uma unidade econômica e não se fundaram na existência de identidades jurídicas distintas, ou (ii) que os negócios das devedoras são tão intrincados que a consolidação seria benéfica a todos os credores, em especial devido aos custos em que seria necessário incorrer para esclarecer quais negócios se referem a quais sociedades. A referência a uma unidade econômica entre as sociedades grupadas demonstra ali a aproximação com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tal qual aplicada no ordenamento norte-americano<sup>118</sup>.

Mais recentemente, no caso *In re Owens Corning*<sup>119</sup>, o *Third Circuit* afastou decisão da *Delaware Bankruptcy Court*<sup>120</sup>, que perfilhou uma variação do *Auto-Train test* e, aproximando-se do que foi decidido em *Augie/Restivo*, decidiu que a consolidação depende da comprovação de (i) que antes do pedido de recuperação, as devedoras desconsideravam a separação de personalidades jurídicas de forma tão acentuada que levava os credores a tratá-las como um ente só, ou (ii) que os ativos e passivos das devedoras estão de tal forma mesclados que a separação se apresenta proibitiva e prejudicial a todos os credores.

A breve apresentação do tema demonstra que, muito embora bastante utilizada, a consolidação substancial não é, nem mesmo na jurisdição que a concebeu, dotada de clareza. As peculiaridades dos casos concretos adquirem relevância e impedem uniformidade e solidez no trato da matéria<sup>121</sup>. A incerteza quanto à futura aplicação da doutrina é também ressaltada, pois a Suprema Corte ainda não a adotou em nenhum caso<sup>122</sup>. As dúvidas quanto à adequação da consolidação como instrumento para lidar com a recuperação de grupos societários<sup>123</sup>, portanto,

118 Cf. Douglas G. Baird, *Substantive Consolidation Today*, in *Boston College Law Review* 47 (2005), p. 11-12.

119 419 F.3d 195 (3d Cir. 2005).

120 316 B.R. 168 (Bankr. D. Del. 2004).

121 J. Maxwell Tucker considera a consolidação substancial como a mais importante teoria do direito concursal e critica a ausência de clareza doutrinária e jurisprudencial no trato da matéria (*Substantive Consolidation: The Cacophony Continues*, in *American Bankruptcy Institute Law Review* 18 (2010), p. 89-190).

122 Nesse sentido, vide Douglas G. Baird, *Substantive Consolidation Today*, in *Boston College Law Review* 47 (2005), p. 19.

123 É famoso o debate entre Jonathan Landers e Richard Posner, na metade da década de 1970. Em termos gerais, o primeiro defendia a consolidação sob a perspectiva de que o grupo responde pelo exercício de uma empresa e, como tal, está preocupado com o sucesso global e não com o bem-estar de cada sociedade grupada, ao passo que o segundo, com instrumentos de análise econômica do direito, refutava a ampla adoção da consolidação, por representar ineficiente desrespeito à regra de limitação da responsabilidade. Vide Jonathan M. Landers, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, in *University of Chicago Law Review* 42 (1974-1975), p. 589-652, Richard A. Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, in *University of Chicago Law Review* 43 (1975-1976), p. 499-526, e Jonathan M. Landers, *Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy*, in *University of Chicago Law Review* 43 (1975-1976), p. 527-540.

permanecem não obstante a relevância por ela adquirida ao longo dos últimos cinquenta anos de aplicação.

### 3.2.2. A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL NO BRASIL

Tendo sido abordada a possibilidade de se reconhecer a consolidação processual no ordenamento brasileiro e uma vez conhecidas a origem e as formas de aplicação da consolidação substancial, cabe avaliar se esta última encontra fundamento, ainda que indireto, nas regras nacionais. A prática demonstra que, sem clara designação, o fenômeno da consolidação vem sendo adotado em recuperações judiciais que envolvem sociedades empresárias que participam de grupo de fato. Cabe, então, avaliar o aparato jurídico para essas ocorrências.

Conforme abaixo detalhado, duas podem ser as modalidades de consolidação substancial aplicáveis à recuperação judicial brasileira. Uma – aqui dita obrigatória – é determinada judicialmente após a apuração de dados que indiquem disfunção societária na condução dos negócios das sociedades grupadas, normalmente identificada em período anterior ao pedido de recuperação judicial. Outra – aqui denominada voluntária – é adotada em decorrência de aceitação pelos credores de proposta das devedoras neste sentido.

Deve-se desde logo destacar que a consolidação substancial busca atuar apenas no ambiente da recuperação judicial, ou seja, ela serve somente ao propósito de pagamento dos credores, e não tem o condão de alterar a estrutura legal e organizativa das devedoras, que permanecem sociedades independentes<sup>124</sup>, salvo se o contrário for previsto em plano de recuperação homologado.

#### 3.2.2.1. MODALIDADES DE CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL: CONSOLIDAÇÃO OBRIGATÓRIA

De início, parece necessário ressaltar que a consolidação substancial não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica. Muito embora existam, como afirmado no item 3.2, acima, semelhanças e não obstante referências a esta tenham sido feitas no início do desenvolvimento da consolidação substancial nos Estados Unidos, rapidamente se percebeu que as

124 Cf. Douglas G. Baird, *Substantive Consolidation Today*, in *Boston College Law Review* 47 (2005), p. 9. Não obstante a consolidação substancial produza efeitos específicos apenas no âmbito da recuperação judicial, não há dúvidas de que a determinação judicial de consolidação obrigatória, com base na constatação de abuso da personalidade jurídica (vide item 3.2.2.1), servirá de argumento para pedidos de credores extraconcursais que, fora da recuperação judicial, pretendam se beneficiar da desconsideração da personalidade jurídica da devedora e atingir o patrimônio de sociedade controladora.

teorias precisam ser diferenciadas entre si, em especial devido à disparidade de propósitos e efeitos.

Como se sabe, a desconsideração da personalidade jurídica ocorre em contextos distintos e com base em variados fundamentos legais. Ela se caracteriza conforme as finalidades que cada lei ou área do Direito pretende satisfazer. Breve estudo de sua utilização pelo Direito do Trabalho ou nas questões tributárias bem demonstra a ausência de uniformidade na aplicação da teoria, a qual resulta da específica tutela pretendida a cada tipo de interesse envolvido. Considerando o ambiente da recuperação judicial, em que créditos de diferentes naturezas são aglomerados na busca de solução para a crise empresarial, a eventual necessidade de lidar com os ativos e passivos das devedoras de forma unificada deve se afastar daquelas considerações específicas que pautam a desconsideração nas diferentes áreas do Direito, para alcançar solução orientada pelos princípios e pelas peculiaridades da própria recuperação judicial.

Disso não decorre, contudo, que a regra geral de desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, não possa ser referida<sup>125</sup>. Na verdade, é ela a dar um primeiro norte normativo para a criação da consolidação substancial obrigatória em recuperação judicial. Isso porque tal regra se insere em diploma que rege as relações civis e comerciais e, mais especificamente, no título voltado a cuidar das pessoas jurídicas como um todo. No caso de recuperação judicial, ao invés de se utilizar de uma ou outra regra criada para lidar com relações traçadas com alguns credores em específico, o intérprete pode se orientar pela norma geral. O Direito Concursal pode, então, se valer não da consequência própria da desconsideração – extensão dos efeitos de certas e determinadas relações a sócios ou administradores de outra sociedade –, mas das hipóteses ventiladas pela norma como justificadoras do afastamento temporário da personalidade jurídica devido ao seu abuso, quais sejam, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Na recuperação judicial de grupo, a consolidação, diferentemente do que ocorre na desconsideração, não busca a satisfação de um específico crédito e não atinge os administradores, mas, para os fins de saneamento da atividade e recuperação da empresa viável, visa a olhar para a empresa plurisocietária tal qual ela efetivamente se realiza. Se isso envolve, por confusão

125 Em estudo sobre recuperação de grupos multinacionais, Paulo. F. Campana Filho defende o uso, no Direito brasileiro, da desconsideração como fundamento da consolidação substancial (*A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2013, p. 205).

patrimonial ou desvio de finalidade, a atuação dessas sociedades como se só de uma se tratasse, então também assim a recuperação judicial tratará as devedoras para os específicos fins de reorganização empresarial e de reestruturação do passivo a ela sujeito.

A disfunção societária, ou seja, o comportamento que torna inútil ou ineficaz a existência de múltiplas organizações societárias, na medida em que elas não se apresentam como centros verdadeiramente autônomos<sup>126</sup>, passa a gerar, sob a recuperação judicial, o reconhecimento de que, no cenário de crise, a realidade dos fatos, ou seja, a ausência de autonomia jurídica das devedoras, se impõe.

No curso da recuperação judicial, caso uma dessas hipóteses de disfunção seja identificada, pode o credor, a devedora ou ainda o administrador judicial solicitar ao juiz a consolidação substancial das devedoras, o que importará a previsão de pagamento dos valores por elas devidos como se apenas de um ente com único passivo se tratasse. Da mesma forma, os ativos também serão considerados em sua totalidade, sem distinção de titularidade pelas específicas sociedades do grupo. Fala-se, assim, em um *pooling* de ativos e passivos das devedoras grupadas.

A decisão sobre a consolidação sob o fundamento do abuso compete exclusivamente ao juízo da causa, na medida em que se trata da averiguação de ilegalidade na forma de condução dos negócios da empresa plurissocietária, em nítido desrespeito à autonomia jurídica e patrimonial que rege a constituição de sociedades distintas, ainda que organizadas sob o grupo societário.

Cabe enfatizar que a opção interpretativa aqui lançada de utilização do fundamento legal do abuso da personalidade jurídica como critério de aplicação da consolidação substancial obrigatória não desconhece as críticas à referência à desconsideração como parâmetro de norma de responsabilidade intragrupal. Como visto na parte 2, acima, a organização da empresa por meio do grupo societário compõe realidade bastante própria e distinta daquela marcada por entes societários atomizados, e, como tal, requer regramento jurídico capaz de lidar com as suas especificidades fáticas, as quais envolvem a estruturação da atividade empresarial para além das barreiras da personalidade jurídica<sup>127</sup>.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro, consoante também abor-

126 Cf. Calixto Salomão Filho, in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 307-309.

127 Eduardo S. Munhoz, *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in RDM 134 (2004), p. 44-46.

gado na parte 2 deste estudo, não conta com um tal regramento jurídico e as regras de responsabilidade vigentes fundamentam-se, para os grupos de fato, na exigência de respeito às personalidades jurídicas, como bem indicam as determinações de compensações adequadas por eventuais sacrifícios ao interesse individual de cada sociedade. Assim, na presença do desvio de conduta, imprescindível se torna o afastamento da limitação de responsabilidade intragrupal para fins da recuperação judicial.

Importa mencionar que esta solução não considera os critérios referidos no art. 50 do Código Civil sob a perspectiva de hipóteses isoladas de abuso, que justificariam a medida pontual de desconsideração para tutela de um específico credor, mas acata a sua utilização para fins de consolidação substancial por meio não da apuração de uma ou outra conduta de desrespeito à autonomia das sociedades grupadas<sup>128</sup>, mas da constatação de uma disfunção societária estruturalmente relevante.

Note-se que isso não significa dizer que a disfunção societária justificadora da consolidação substancial ocorreria sempre que o grupo agisse de forma integrada, na medida em que esta é justamente uma das funções atendidas pela empresa plurissocietária<sup>129</sup>, mas quando o desrespeito à autonomia jurídica e patrimonial das sociedades grupadas se refletisse na inobservância duradoura de seus interesses individuais, comprovando-se o desvio de finalidade na utilização das personalidades jurídicas supostamente autônomas ou a confusão patrimonial<sup>130</sup>. Contribui-se, dessa forma, para o alinhamento entre regramento societário, realidade dos fatos e busca de solução à crise empresarial.

Nesse sentido, o Direito da empresa em crise bem observa as normas societárias e cria, por via doutrinária ou jurisprudencial, uma solução de consolidação substancial em consonância com a disciplina geral da matéria. Justamente conforme indicado na introdução, o Direito Concursal precisa conhecer

128 Sob a perspectiva da sociedade, o remédio previsto para lidar com essas condutas indevidas é a responsabilidade de administradores e sociedade controladora, prevista, como visto, nos arts. 245 e 246 da LSA.

129 O clamor pelo estudo dos grupos societários com necessária atenção à integração empresarial por eles lícitamente promovida é bem apresentado por Eduardo S. Munhoz, *Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administradores e Interesse do Grupo*, in Rodrigo R. M. Castro, Walfrido J. Warde Júnior, Carolina D. T. Guerreiro, *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 290-291.

130 As hipóteses justificadoras da desconsideração são, portanto, distintas daquela prevista no art. 245 da Lei 6404/76, que se refere ao desrespeito ao dever de compensação por perdas nas operações intragrupo e que possuem o condão de ocasionar a responsabilidade de administradores e controladoras por danos causados à sociedade.

o Direito Societário e a regulação de grupos ali presente para corretamente lidar com este fenômeno nos cenários de crise. Ao juiz, então, será dado decidir sobre a existência de abuso de personalidade que gerará a consolidação substancial.

Disso decorre que não é dado ao juiz concursal acatar pedidos de consolidação em que não se comprovem presentes as hipóteses de abuso de personalidade jurídica entre as devedoras. Como corretamente abordado em acórdão sobre recuperação judicial de sociedades agrupadas, o grupo de fato é plenamente lícito, e a sua existência não permite qualquer presunção de confusão patrimonial ou de uso indevido das personalidades jurídicas para perpetrar fraudes<sup>131</sup>. As decisões judiciais de consolidação substancial obrigatória devem, portanto, isentar-se de preconceitos para com a estrutura grupal.

Pode-se debater se a mesma disfunção societária – ou ao menos os seus efeitos – estaria presente em situações em que os ativos e os passivos das devedoras se encontram de tal forma mesclados que não se pode desmembrá-los sem que gastos e demoras desproporcionais sejam admitidos. Esta se caracteriza como uma das hipóteses que, caso bem comprovada, é internacionalmente aceita<sup>132</sup> como fundamento para a consolidação substancial. Sob o ordenamento brasileiro, a mistura de ativos e passivos poderia ensejar consolidação obrigatória ou consolidação voluntária, conforme o caso. Explica-se. A primeira seria declarada caso a combinação de bens fosse tal a ponto de caracterizar a confusão patrimonial prevista no art. 50 como abuso da personalidade jurídica. Se este não fosse o caso, ou seja, se não houvesse efetiva confusão, mas apenas obstáculos em se diferenciar os patrimônios, esta circunstância poderia ensejar o pedido de consolidação voluntária pelas devedoras. Neste caso, os credores, caso julgassem conveniente evitar o desperdício de tempo e recursos envolvidos na identificação de ativos e passivos de cada recuperanda, poderiam, nos termos indicados no item 3.2.2.2, abaixo, aprovar a consolidação substancial.

Não se pode deixar de mencionar, todavia, que a consolidação substancial obrigatória aqui aventada esbarra no fato de que a recuperação judicial brasileira é instrumento cuja utilização depende da vontade do devedor (art.

131 Vide TJSP, Agravo de Instrumento 0134168-85.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 7/11/2013.

132 Como visto no item 3.2.1, este é um dos requisitos utilizados em dois dos testes adotados nos Estados Unidos para a admissão da consolidação substancial. Também a UNCITRAL, na *Recommendation 220* do seu *Legislative Guide on Insolvency*, menciona esta hipótese como critério para a consolidação (UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three: Treatment of Enterprise groups in insolvency*, Vienna, 2012).

48 da LRE)<sup>133</sup>. Na hipótese aqui referida, a vontade do devedor pode vir a ser suprimida, decorrendo a recuperação de determinação do Poder Judiciário quando presentes os requisitos do art. 50 do Código Civil<sup>134</sup>. Ainda assim, a admissão da consolidação obrigatória parece ser o caminho capaz de tutelar maior número de envolvidos e de equacionar com justiça situações em que se verifica o abuso de personalidade jurídica. Se, com fundamento na ausência de interesse do devedor, ela não for admitida, casos de desconsideração no curso da recuperação podem ocasionar cenários bastante incongruentes em que os bens de uma sociedade são atingidos para a satisfação de créditos concursais de outro ente, representando franco prejuízo aos credores da sociedade atingida, que, na ausência da recuperação conjunta, acompanharão a redução (possivelmente drástica) do patrimônio da devedora sem se ampararem em qualquer mecanismo de compensação. Nestes casos, os credores da sociedade objeto da desconsideração se beneficiariam do mecanismo sem que qualquer proteção fosse estendida aos da sociedade que teve seus bens alcançados.

Por fim, cabe referir que a consolidação substancial pode bem lidar com as soluções doutrinariamente aventadas de tipificação da desconsideração conforme as características dos credores<sup>135</sup>, em que se avalia a conveniência de se reconhecer o afastamento temporário da personalidade jurídica conforme a capacidade de o específico credor obter informações sobre a confusão patrimonial da devedora e atuar de forma a proteger seus interesses. Um credor financeiro, por exemplo, ciente da disfunção societária do grupo e que exige garantias pessoais para proteger seu crédito, após precificar o risco de negociar com determinada devedora, não pode ser considerado como uma vítima do abuso da personalidade jurídica. Diferente é a situação do credor involuntário

133 Para críticas à legitimidade ativa apenas de devedores, vide Sheila C. Neder Cerezetti, *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 256-267.

134 Não se pode deixar de notar que esta dificuldade não seria encontrada nas situações em que as próprias devedoras formulassem pedido de consolidação. A experiência até o momento sugere que boa parte das discussões judiciais sobre apresentação de plano unitário foi iniciada a requerimento das devedoras (vide, por exemplo, TJRJ, Processo 009371569.2015.8.19.0001 (Galvão Engenharia), TJSP, Processo 0067341-20.2012.8.26.0100 (Rede Energia), TJSP, Processo 0152612-70.2007.8.26.0100 (Grupo Três), TJSP, Processo 0009372-23.2011.8.26.0281 (São Manoel Participações), TJSP, Processo 0188041-64.2008.8.26.0100 (Agreco)).

135 Cf. Calixto Salomão Filho, in Fabio K. Comparato, Calixto Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 423-424. A mesma preocupação com a diferença entre as capacidades de os credores protegerem seus interesses face ao grupo, na medida em que alguns são economicamente mais relevantes do que outros, foi apontada por Fabio K. Comparato, *Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in RDM 23 (1976), p. 105-106.

ou fraco, que é incapaz de conhecer ou negociar riscos. A possibilidade de se aprovar uma consolidação parcial, ou seja, aquela que não atinge todos os credores<sup>136</sup>, bem atende esta diferenciação entre as habilidades dos mais distintos detentores de créditos. No exemplo, isso poderia acarretar a impossibilidade de o credor financeiro se beneficiar da consolidação.

### 3.2.2.2. *SEGUE*: CONSOLIDAÇÃO VOLUNTÁRIA

A conclusão de que a consolidação substancial pode ser declarada judicialmente apenas em situações de abuso de personalidade jurídica não significa que ela só possa ocorrer nesses casos. No exercício da autonomia da vontade e da livre vinculação contratual<sup>137</sup>, podem as partes optar pela consolidação substancial voluntária, caso esta venha a ser proposta pelas devedoras e aceita pelos credores. No âmbito da recuperação judicial podem credores e devedoras reconhecer a consolidação substancial como o melhor caminho para aumentar as chances de sucesso e superação da crise<sup>138</sup>. Dado que a LRE optou por atribuir aos credores a decisão acerca da viabilidade da empresa, ao conceder a eles o poder de determinar a aprovação ou desaprovação do plano, correto também a eles permitir que, face a uma realidade grupal, aceitem a proposta das devedoras de que o plano envolva os ativos e os passivos de todas elas como se de apenas uma se tratasse<sup>139</sup>. A consolidação processual será, então, acompanhada da consolidação substancial.

Mas se esta decisão dos credores é necessária e prévia à consolidação, ela precisa ser tomada em efetiva consideração das personalidades jurídicas das devedoras, vale dizer, em assembleias gerais de credores de cada uma das devedoras<sup>140</sup>. Não podem os credores decidir sobre a consolidação em assembleia

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

Nesse cenário, interessante questão diz respeito ao quórum de aprovação da consolidação substancial voluntária. Sabe-se que a LRE conta com o quórum geral do art. 42, segundo o qual, salvo decisões sobre o plano de recuperação, sobre a composição do comitê e sobre a realização de ativos na falência, as deliberações de credores são tomadas com base em votos favoráveis de mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia geral.

Mas uma das importantes exceções a esta regra refere-se à deliberação sobre aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação proposto pela recuperanda (art. 35, I, “a”). Neste caso, a decisão é tomada mediante o quórum especial do art. 45, ou seja, por meio do consentimento das quatro classes de credores, quais sejam, classes formadas por (i) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, (ii) titulares de créditos com garantia real, (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados, e (iv) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. A concordância da primeira e da última classe é obtida mediante a anuência da maioria simples dos credores presentes à assembleia, independentemente do valor do crédito (art. 45, § 2º). Nas demais classes, exige-se dupla maioria: aprovação da maioria simples dos presentes e de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia (art. 45, § 1º).

A decisão sobre a consolidação substancial deve ser tomada com base no quórum especial previsto para aprovação do plano. A opção por esta via mais rígida justifica-se pela excepcionalidade da consolidação substancial e, em especial, pelos graves efeitos que ela pode gerar sobre os direitos dos credores. A deliberação pela consolidação não se confunde com uma decisão qualquer dos credores, a qual o quórum geral bem atende, mas se constitui em resolução da mais acentuada importância para o deslinde da recuperação e da satisfação dos créditos. Ela se aproxima muito mais da decisão sobre o plano do que de qualquer outra. Motivo

Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Guarino, j. 8/10/2014, e Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 0043183-31.2014.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Guarino, j. 5/11/2014.

136 Vide item 3.2.1.

137 Os instrumentos de recuperação regidos pela LRE fundam-se exatamente na possibilidade de as partes encontrarem solução negociada à crise. Sobre o tema, vide, por exemplo, Mauro R. Penteado, in Francisco Satiro de Sousa Jr., Antônio S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 84-86.

138 Este é um dos fatores levados em consideração pela jurisprudência norte-americana quando da análise de pedidos de consolidação por devedoras que compõem grupo societário. Para apresentação dos casos em que o tema foi debatido, vide Philip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, including the Law of Corporate Guaranties*, Boston, Little, Brown and Company, 1985, p. 428.

139 Nesse sentido de que a decisão sobre a consideração unitária de componentes do grupo cabe aos credores, vide TJSP, Agravo de Instrumento 595.741.4/1, Rel. Des. Lino Machado, j. 1/4/2009.

140 Na Recuperação Judicial da OSX Brasil S/A, OSX Construção Naval S/A e OSX Serviços Operacionais Ltda., o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que aos credores caberia a deliberação acerca da consolidação. Todavia, não se indicou, mesmo após a interposição de Embargos de Declaração, se a apuração dos votos deveria ser feita em consideração à separação dos credores de cada devedora. Vide Agravo de Instrumento 0043183-31.2014.8.19.0000, 14ª

ainda mais relevante para a adoção do quórum do art. 45 é o fato de que a decisão sobre a consolidação afeta diretamente a organização dos credores em classes e, caso aprovada, muda por completo a composição dos credores quando da votação do próprio plano de recuperação. Não se pode admitir que a tomada de decisão sobre tema de tão elevada importância se dê com base em maiorias menos rígidas do que aquelas exigidas para a decisão sobre a viabilidade da empresa em crise. Na verdade, ao decidirem sobre a consolidação, estão os credores deliberando sobre um meio de recuperação judicial. Os meios de recuperação são geralmente previstos no próprio plano (art. 50), mas, como no caso, este meio de recuperação é estruturante dos demais e, inclusive, define como os credores devem ser organizados para a tomada de decisão sobre os demais meios de recuperação, ele deve ser decidido anteriormente e, portanto, sob o mesmo quórum que os demais.

Também por conta desta aproximação entre a decisão sobre a consolidação substancial e aquela sobre o plano de recuperação, adequada se apresenta a utilização do mecanismo do *cram down* (art. 58, §§ 1º e 2º) para a eventual superação do veto de alguma classe de credores quando da deliberação sobre a conveniência de tratamento unitário dos passivos e ativos das devedoras.

É bem verdade que a decisão de consolidação substancial tem o condão de atingir – ainda que indiretamente – não apenas os próprios credores que a tomaram, mas também terceiros interessados, em especial os chamados credores extraconcursais. Isso porque a previsão, em sede de recuperação judicial, de que uma devedora não responderá apenas perante os seus próprios credores mas, nos termos do plano, perante dívidas do grupo societário como um todo, tem o condão de limitar a capacidade financeira desta mesma devedora perante os credores que não participam obrigatoriamente da recuperação judicial e que não contam com específico ativo para satisfação de seus créditos.

Mas este potencial prejuízo a credores extraconcursais não parece ser motivo para que a consolidação substancial voluntária não seja adotada. Ela será, na verdade, nada mais do que um meio de recuperação judicial pré-aprovado pelos credores e, como tantos outros, pode afetar a situação financeira da devedora como um todo. No mais, ela pode inclusive contribuir para o sucesso da recuperação judicial, na medida em que pode servir de incentivo para que credores extraconcursais espontaneamente se submetam aos termos do plano, eliminado o já conhecido malefício causado pela previsão legal da exclusão, da recuperação judicial, de tantos credores.

Deve-se, ainda, destacar que a decisão dos credores deve ser precedida da apresentação de informações adequadas pelas devedoras a justificar a proposta de consolidação. Não se pode esperar que os credores deliberem sobre assunto fundamental sem que contem com dados capazes de lhes permitir fundada formação de vontade<sup>141</sup>.

### 3.2.2.3. EFEITOS: O PLANO UNITÁRIO E A SUA VOTAÇÃO

Uma vez adotada a consolidação substancial, seja por decisão judicial em caso de abuso da personalidade jurídica (consolidação obrigatória), seja por deliberação dos credores reunidos em assembleia geral (consolidação voluntária), as devedoras apresentarão plano de recuperação unitário, ou seja, um único documento a reger conjuntamente o pagamento dos passivos e a reestruturação das devedoras, sem consideração aos distintos patrimônios e passivos de cada uma delas. Note-se aqui a distinção entre o plano unitário – existente na consolidação substancial – e o plano único – possivelmente adotado na mera consolidação processual. Enquanto aquele suscita um *pooling* de ativos e passivos de todas as devedoras e contempla o adimplemento comum dos débitos, este representa simples reunião formal das propostas de reestruturação das devedoras.

Uma vez aprovada a consolidação substancial, os credores devem ser organizados, na assembleia-geral para apreciação do plano, nas quatro classes previstas no art. 45, mas sem que haja obrigatória divisão conforme possuam créditos perante uma ou outra devedora. Por exemplo, a princípio, todos os credores trabalhistas comporão uma classe I, ao passo que todos os quirografários comporão uma mesma classe III. Não há dúvidas, contudo, de que a construção doutrinária<sup>142</sup> refletida no Enunciado 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal<sup>143</sup> e jurisprudencialmente

<sup>141</sup> Sobre a importância da apresentação de informações vide Emanuelle U. Maffioletti, Sheila C. Neder Cerezetti, *Transparência e Divulgação de Informações nos Casos de Recuperação Judicial de Empresas*, in Newton de Lucca, Alessandra A. Domingues, Nilva M. L. Antonio (coord.), *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*, v. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 79-105, e, em consonância com esse posicionamento, vide Processo 0023743-16.2012.8.26.0100, Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, decisão de 12/12/2014.

<sup>142</sup> O texto do Enunciado 57 originou-se de estudo específico sobre o tema (Sheila C. Neder Cerezetti, *As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial*, in P. F. C. S. Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 365-385).

<sup>143</sup> O Enunciado 57 conta com a seguinte redação: "57. O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado".

aceita<sup>144</sup> também pode ser aqui utilizada para fins de criação de subclasses de credores. Assim, se houver critério de similaridade que justifique a criação de subclasses, inclusive com base, por exemplo, na pessoa da devedora original, os credores poderão ser alocados em distintas subclasses. O tratamento igualitário deverá ser apurado, por via de consequência, entre aqueles que compõem as mesmas subclasses, desde que devidamente criadas em atenção aos interesses homogêneos existentes entre eles.

Solução mais justa seria alcançada caso o Direito brasileiro adotasse regime de flexibilidade na criação das classes, tal qual existente em outros ordenamentos. Caso houvesse autorização legal para a criação de tantas classes quanto necessárias para a composição dos grupos de interesses, poder-se-ia dizer que classes deveriam ser formadas para créditos distintos dos grupos de credores de cada sociedade devedora<sup>145</sup>. Assim, haveria uma classe de credores trabalhistas da sociedade X, outra classe de credores trabalhistas da sociedade Y, e assim por diante. Todavia, tendo optado o legislador brasileiro pela rigidez na organização de classes, a solução possível parece ser admitir a composição de subclasses de créditos, conforme a uniformidade de interesses. Esta é, inclusive, solução que também se alinha com o modelo de *cram down* previsto na LRE, o qual leva em consideração apenas as classes legalmente previstas<sup>146</sup> e não seria apto a lidar com a hipótese de criação de múltiplas classes que seguissem o critério subjetivo das devedoras.

A principal desvantagem dessa rigidez consiste na impossibilidade de se apurar a votação dos credores com base nas subclasses<sup>147</sup> – estas sim formadas por interesses homogêneos –, de forma que as deliberações permanecem restritas às manifestações das classes, que, devido à ausência de flexibilidade, reúnem tanto créditos similares quanto distintos.

A aprovação do plano unitário se dará em consonância com o art. 45 da LRE e, como não poderia deixar de ser, ele também poderá contar com

homologação com base no *cram down*, desde que presentes os requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º.

Para concluir, cabe destacar que, ao contrário do que se afirmou ocorrer em caso de consolidação processual, há, uma vez declarada a consolidação substancial, a decisão de se atribuir a todas as devedoras o mesmo destino. Assim, caso o plano seja reprovado pelos credores reunidos em uma única assembleia e com créditos apurados perante as devedoras em geral, a consequência será aquela que decorre da reprovação do plano – em geral, a falência – para todas as devedoras. A nenhuma delas será dado alegar, por exemplo, que a maioria dos seus próprios credores teria aprovado a recuperação e que ela estaria, portanto, livre dos efeitos da falência. Os efeitos da decisão de consolidação substancial – obrigatória, pelo juiz, ou voluntária, a pedido das devedoras e aceito pelos credores – podem, destarte, resultar em sucesso das devedoras como um todo, caso os credores aprovelem o plano de recuperação judicial, ou em falência também de todas elas, caso o plano não seja homologado<sup>148</sup>. Trata-se, neste caso, de mero reconhecimento do efeito do litisconsórcio unitário<sup>149</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

O grupo societário, utilizado como forma de organização de relevantes atores da economia global, permite que a atividade empresarial seja estruturada por meio da constituição de variados entes societários que, muito embora dispostos sob direção una, usufruem de autonomia jurídica e limitação de responsabilidade.

Sob a lei acionária brasileira, a figura é tratada sob perspectiva dúplice, a do grupo de direito e a do grupo de fato. O estudo das características de um e outro, bem como a atenção à realidade, demonstram que a ausência de efetividade de regras de responsabilidade de administradores e sociedades controladas faz com que, de um lado, se torne pouco útil o regramento dos grupos de direito e, de outro, sejam reiterados os abusos da personalidade de sociedades controladas de fato. Destaca-se, assim, a importância de regras de responsabilidade intragrupal, de difícil elaboração devido à disjunção entre

144 Vide TJSP, Agravo de Instrumento 019370-56.2012.8.26.0000, Rel. Des. José Reynaldo, j. 8/4/2013, e TJSP, Agravo de Instrumento no 0271407-68.2012.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 13/6/2013. Esta é justamente a posição adotada quanto a jurisdições que corretamente aceitam a flexibilidade na composição das classes. Nesse sentido, vide Robert van Galen, *Insolvent Groups of Companies in Cross Border Cases and Rescue Plans*, Report to the Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law, 2012, p. 41.

145 Com a observação de que a alteração das classes promovida pela Lei Complementar 147/2014 não se refletiu na regra do *cram down* prevista no art. 58, §§ 1º e 2º, da LRE.

146 Um importante passo para a aceitação da apuração de votos nas subclasses, mas que infelizmente parece não ter encontrado eco, foi dado no voto do Des. Ricardo Negrão, no TJSP, Agravo de Instrumento 0235130-87.2011.8.26.0000, j. 4/12/2012.

148 Também assim acontece na Argentina, em que o concurso conjunto com proposta comum, admitido pela *Ley de Concursos y Quiebras* (Ley 24.552, de 20 de julho de 1995), pode ocasionar a recuperação ou a quebra de todas as devedoras. Vide Rafael M. Manóvil, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 1153.

149 Para discussão do litisconsórcio, vide item 3.1.1, acima. Destaque-se que, na hipótese de litisconsórcio unitário, o CPC de 2015 inovou ao prever que os atos e omissões de um dos litisconsortes poderão beneficiar o outro (art. 117).

a realidade da vida comercial da empresa purissocietária e os imperativos de limitação da responsabilidade.

Se o fenômeno grupal já é por si só complexo, o cenário torna-se ainda mais intrincado ao se pensar em como lidar com a crise empresarial de grupos societários. Trata-se de dificuldade que enseja estudos no mundo todo e para a qual o ordenamento brasileiro – mas não só ele – não encontra resposta específica.

O caminho atualmente perfilhado na prática internacional refere-se à integração dos mecanismos judiciais de recuperação das diversas sociedades grupadas. Fala-se assim em consolidação processual e consolidação substancial, sendo que aquela se caracteriza pela reunião em um só processo das demandas de recuperação de diferentes autores, ao passo que esta diz respeito ao efetivo tratamento conjunto da tentativa de reerguimento empresarial das sociedades grupadas, mediante a integração dos ativos e também dos passivos concursais<sup>150</sup>.

À luz do Direito brasileiro, a consolidação processual foi acima abordada, em especial com vistas a avaliar a possibilidade de litisconsórcio ativo em ação de recuperação judicial, a competência para o processamento da demanda e a possibilidade de as devedoras apresentarem, em apenas um documento – o plano único – suas propostas de reestruturação.

A consolidação substancial, por seu turno, foi inicialmente estudada sob a perspectiva da construção jurisprudencial norte-americana, que pioneiramente cunhou a *substantive consolidation* como forma de lidar com a recuperação de sociedades grupadas, mas falhou em criar critérios de aceitação unânime para aplicação desta importante teoria. Como bem indica a doutrina especializada, a opção pela consolidação substancial, em reconhecimento ao profundo entrelaçamento entre sociedades grupadas, é em geral aquela que traz justiça aos credores e que busca refletir, no ambiente concursal, a realidade fática que envolve as devedoras. Todavia, a sua adoção irrestrita ainda é vista com ressalvas, em especial devido à elevada estima pela tutela da personalidade jurídica e da separação patrimonial<sup>151</sup>. Enquanto inexistir disciplina própria e abrangente acerca da responsabilidade intragrupal, a

150 O assunto toca a mais ampla discussão quanto à adoção, pelo direito comercial, de uma teoria fundada na noção de organização empresarial – em contraste com aquela que adota a sociedade como *discrimen* (vide Adolf A. Berle Jr., *The Theory of Enterprise Entity*, in *Columbia Law Review* 47 (1947), p. 343-358). Caso a ênfase da regulação seja colocada sobre a primeira, a consolidação processual e substancial torna-se mais fácil entre aqueles que contribuem para a formação de uma mesma empresa, ainda que sob o formato organizativo fundado sobre uma multiplicidade de entes societários.

151 Cf. Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009, p. 595-596.

qual também deveria abranger regras aplicáveis aos casos de recuperação e falência, cabe à doutrina e à jurisprudência encontrar caminhos que, atentos às especificidades de cada caso concreto, possam trazer justiça a credores, devedoras e demais *stakeholders* interessados na solução da crise empresarial.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar que, sob o Direito brasileiro, duas podem ser as modalidades de consolidação substancial. A primeira, chamada de consolidação substancial obrigatória, decorre da comprovação, perante o juízo, de disfunção societária no grupo. A consolidação decorre, assim, da apuração de abuso da personalidade jurídica das sociedades do grupo, em demonstração de que a empresa plurissocietária é sede de desrespeito estrutural à autonomia patrimonial e jurídica das sociedades, sendo responsável por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A segunda, denominada consolidação substancial voluntária, advém, como o nome indica, de deliberação dos credores no sentido de acatar a proposta de consolidação formulada pelas recuperandas. Os detalhes relativos à aprovação da medida e à formulação de plano unitário foram também objeto de considerações.

Com a classificação proposta, bastante nítida resta a distinção entre o papel do juiz e o papel dos credores na apreciação da consolidação substancial. Assim como ocorre em todo o processo de recuperação judicial, ao magistrado compete juízo de legalidade, ao passo que aos credores são atribuídas decisões de conveniência. Na consolidação substancial, ocorre o mesmo, sendo de se caracterizá-la como (a) obrigatória, quando decorrente de juízo de legalidade acerca da presença estrutural de desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre sociedades grupadas, ou (b) voluntária, quando, em juízo de conveniência acerca de pedido formulado pelas devedoras neste sentido, os credores, em apurações distintas da maioria prevista no art. 45 da LRE, considerarem a medida adequada à superação da crise.

Por fim, cumpre destacar que a diversidade das situações que afligem os grupos, justamente por se fundarem em relações contratuais traçadas com terceiros e entre as sociedades, torna a regulação do tema bastante intrincada. Há ainda muito a se fazer no campo doutrinário e jurisprudencial. Novas propostas interpretativas parecem se beneficiar de especial atenção à relevância da mútua compreensão dos regimentos societário, concursal e processual, buscando a consistência entre o Direito das empresas em crise e outras áreas a ele afeitas. O presente artigo pretendeu dar um passo neste sentido.

## BIBLIOGRAFIA

- Marcelo V. von Adamek, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as ações correlatas)*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- Antônio C. de Araújo Cintra, *Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, Justitia, 1973.
- Kee-Hong Bae, Jun-Koo Kang, Jin-Mo Kim, *Tunneling or value added? Evidence from mergers by Korean business groups*, in *Journal of Finance* 57 (2002), p. 2695-2740.
- Jae-Seung Baek, Jun-Koo Kang, Inmoo Lee, *Business Groups and Tunneling: Evidence from Private Securities Offerings by Korean Chaebols*, in *Journal of Finance* 61 (2006), p. 2415-2449.
- Douglas G. Baird, *Substantive Consolidation Today*, in *Boston College Law Review* 47 (2005), p. 5-22.
- Ulrich Bälz, *Einheit und Vielheit im Konzern*, in Fritz Baur, Josef Esser, Friedrich Kübler, Ernst Steindorff (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1974, p. 287-338.
- José C. Barbosa Moreira, *O Litisconsórcio e seu duplo regime*, in *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 39-49.
- Lukas Beck, *Perspektiven eines Konzerninsolvenzrechts*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 8 (2014), p. 381-388.
- José R. S. Bedaque, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
- Adolf A. Berle Jr., *The Theory of Enterprise Entity*, in *Columbia Law Review* 47 (1947), p. 343-358.
- Marianne Bertrand, Paras Mehta, Sendhil Mullainathan, *Ferretting out tunneling: An application to Indian business groups*, in *Quarterly Journal of Economics* 117 (2002), p. 121-148.
- Philip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups: Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, including the Law of Corporate Guaranties*, Boston, Little, Brown and Company, 1985.
- Phillip I. Blumberg, *Limited Liability and Corporate Groups*, in *The Journal of Corporation Law* 11 (1986), p. 573-631.
- Phillip I. Blumberg, Kurt A. Strasser, Nicholas L. Georgakopoulos, Eric J. Gouvin, *Blumberg on Corporate Groups*, v. 2, 2ª ed., New York, Aspen, 2005.
- José L. Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho, *Direito das Companhias*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 796-797.
- Paulo F. Campana Filho, *A Recuperação Judicial de Grupos Societários Multinacionais: Contribuições para o Desenvolvimento de um Sistema Jurídico Brasileiro a partir do Direito Comparado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2013.
- Modesto Carvalhosa *A Nova Lei das Sociedades Anônimas – Seu Modelo Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.
- Rodrigo R. M. Castro, *Controle Gerencial e o Grupo de Sociedades*, in Danilo B. S. G. Araujo, Walfrido J. Warde Jr. (orgs.), *Os Grupos de Sociedades: Organização e Exercício da Empresa*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 151-175.
- Fabio K. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*, São Paulo, RT, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in *RDM* 23 (1976), p. 91-107.
- \_\_\_\_\_. *Consórcios de Empresas*, in *Revista Forense* 256 (1976), p. 5-10.
- \_\_\_\_\_. *Na Proto-história das Empresas Multinacionais – O Banco Médici de Florença*, in *RDM* 54 (1984), p. 105-111.
- \_\_\_\_\_. *Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador*, in *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 270-291.
- Fabio K. Comparato, C. Salomão Filho, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- Neil H. Cooper, *Insolvency Proceedings in case of Group of Companies: Prospects of Harmonisation at EU Level*, European Parliament, 2011.
- José L. Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979.
- Cândido R. Dinamarco, *Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo)*, São Paulo, RT, 1984.
- \_\_\_\_\_. *A Instrumentalidade do Processo*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1990, p. 385-386.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- Alexander Dyck, Luigi Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, in *The Journal of Finance* 54 (2004), p. 537-600.
- Nelson Eizirik, *A Lei das S.A. Comentada*, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2011.
- Judith Elkin, *Lifting the Veil and Finding the Pot of Gold: Piercing the Corporate Veil and Substantive Consolidation in the United States*, in *Texas Journal of Business Law* 45 (2013), p. 241-255.
- José A. Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-subsidiary Relationships in US, German and EU Law – An International and Comparative Perspective*, Deventer, Kluwer, 1994.
- Eilis Ferran, Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford, 2014, p. 29.
- Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge, 2009.
- Robert van Galen, *Insolvent Groups of Companies in Cross Border Cases and Rescue Plans*, Report to the Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law, 2012, p. 41.
- Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, 5ª ed., Bologna, Il Mulino, 2010, p. 174.
- Ada P. Grinover, *Legitimidade Ordinária e a Relação Jurídica Substancial. Eficácia da Lei Processual no Tempo: A Arbitragem*, in *A Marcha do Processo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.
- Asa S. Herzog, *Bakruptcy Law – Modern Trends*, in *Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy* 37 (1963), p. 20-22.
- Heribert Hirte, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review* 2 (2008), p. 213-236.
- Klaus J. Hopt, *Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies*, in Clive M. Schmitthoff, Frank Woolridge, *Groups of Companies*, London, Sweet & Maxwell, 1991, p. 81-110.
- Ulrich Immenga, *The Law of Groups in the Federal Republic of Germany*, in E. Wymeersch (Ed.), *Groups of Companies in the EEC*, Berlin, Walter de Gruyter, 1993, p. 85-121.
- Simon Johnson, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Schleifer, *Tunnelling*, in *The American Economic Review* 90 (2000), p. 22-27.
- Berardino Libonati, *Il Gruppo Insolvente*, 1ª ed., Firenze, Nardini, 1983.

- Jonathan M. Landers, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, in *University of Chicago Law Review* 42 (1974-1975), p. 589-652.
- \_\_\_\_\_. *Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy*, in *University of Chicago Law Review* 43 (1975-1976), p. 527-540.
- Jorge Lobo, *Direito dos Grupos de Sociedades*, in *RDM* 107 (1997), p. 99-122.
- Marcus Lutter, *Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa*, in *ZGR* 16 (1987), p. 324-369.
- Emanuelle U. Maffioletti, Sheila C. Neder Cerezetti, *Transparência e Divulgação de Informações nos Casos de Recuperação Judicial de Empresas*, in Newton de Lucca, Alessandra A. Domingues, Nilva M. L. Antonio (coord.), *Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos*, v. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 79-105.
- Rafael M. Manóvil, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Silja Maul, *BGH: Schadenersatzanspruch des abhängigen Unternehmens wegen Verweigerung der Auszahlung einer Steuerrückzahlung bei gewerbesteuerlicher Organschaft*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 14 (1999), p. 658-661.
- Héctor J. Miguens, *El Grupo Insolvente*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 231-264.
- Eduardo S. Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in *RDM* 134 (2004), p. 25-47.
- \_\_\_\_\_. *Desafios do Direito Societário Brasileiro na Disciplina da Companhia Aberta: Avaliação dos Sistemas de Controle Diluído e Concentrado*, in Rodrigo R. M. Castro, Leandro S. Aragão (coord.), *Direito Societário: Desafios Atuais*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 119-155.
- \_\_\_\_\_. *Estrutura de Governo dos Grupos Societários de Fato na Lei Brasileira: Acionista Controlador, Administradores e Interesse do Grupo*, in Rodrigo R. M. Castro, Walfrido J. Warde Júnior, Carolina D. T. Guerreiro, *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 267-291.
- Sheila C. Neder Cerezetti, *O Papel dos Credores no Bankruptcy Code*, in *RDM* 151/152 (2009), p. 164-186.
- \_\_\_\_\_. *Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)*, in M. V. von Adamek, *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 571-593.
- \_\_\_\_\_. *A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012.
- \_\_\_\_\_. *As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial*, in P. F. C. S. Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 365-385.
- Tatiana Nenova, *The value of corporate voting rights and controle: a crosscountry analysis*, in *Journal of Financial Economics* 68 (2003), p. 325-351.
- Ana P. Oliveira, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um critério unitário de solução do 'conflito do grupo'*, Coimbra, Almedina, 2012.
- Christoph G. Paulus, *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*, in *Texas International Law Journal* 42 (2007), p. 819-830.
- Mauro R. Penteado, *Consórcios de Empresas*, São Paulo, Pioneira, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Artigo 3º*, in Francisco Satiro de Sousa Jr., Antônio S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 116-123.
- Richard A. Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, in *University of Chicago Law Review* 43 (1975-1976), p. 499-526.
- Viviane M. Prado, Maria C. Troncoso, *Análise do Fenômeno dos Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 40 (2008), p. 97-120.
- Rafael S. Quetglas, *El Consurso de Acreedores del Grupo de Sociedades*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuter Civitas, 2013.
- Ludwig Raiser, *Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung*, in Ludwig Raiser, Heinz Saueremann, Erich Schneider (orgs.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, p. 51-56.
- René Reich-Graefe, *Changing Paradigms: The liability of Corporate Groups in Germany*, in *Connecticut Law Review* 37 (2005), p. 785-817.
- Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito dos Grupos: Conflito de interesses versus Regras de responsabilidade*, in *O Novo Direito Societário*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 169-197.
- \_\_\_\_\_. *Deveres Fiduciários do Controlador*, in *O Novo Direito Societário*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 191-201.
- Christian Schmollinger, *Der Konzern in der Insolvenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.
- Egberto L. Teixeira, José Alexandre T. Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, São Paulo, Bushatsky, 1979.
- Paulo F. C. S. Toledo, *Recuperação Judicial de Grupos de Empresas*, in Erasmo Valladão A. N. França, Marcelo V. von Adamek (coords.), *Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 336-357.
- Tobias Tröger, Stephan Dangelmayr, *Eigenhaftung der Organe für die Veranlassung existenzvernichtender Leitungsmaßnahmen im Konzern*, in *ZGR* 5 (2011), p. 558-588.
- Maxwell Tucker, *Substantive Consolidation: The Cacophony Continues*, in *American Bankruptcy Institute Law Review* 18 (2010), p. 89-190.
- André Tunc, *The Fiduciary Duties of a Dominant Shareholder*, in Clive M. Schmitthoff, Frank Woolridge, *Groups of Companies*, London, Sweet & Maxwell, 1991, p. 1-19.
- Trajano de M. Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1948.
- UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law – Part Three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, Vienna, 2012.
- Daniel A. Vio, *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014.
- Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Perfil, 2005.
- Flavio L. Yarshell, *Tutela Jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999.
- Peer Zumbansen, *Liability within Corporate Groups (Bremer Vulkan) – Federal Court of Justice Attempts the Overhaul*, in *German Law Journal*, 3 (2002), disponível in <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=124>>.