

Inspere – Instituto de Ensino e Pesquisa

LL.M. em Direito Societário

VICTOR DIAS VIEIRA CLEMENTINO

A Consolidação Substancial no Brasil: Uma Análise Prática

SÃO PAULO

2018

Inspere – Instituto de Ensino e Pesquisa

LL.M. em Direito Societário

VICTOR DIAS VIEIRA CLEMENTINO

A Consolidação Substancial no Brasil: Uma Análise Prática

Artigo apresentado ao Programa de LL.M em Direito Societário do Inspere – Instituto de Ensino e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduação em Direito.

Área de concentração: Societário

Data da aprovação: __/__/____

Prof^a. Ana Cristina von Gusseck Kleindienst
Orientadora

SÃO PAULO

2018

Clementino, Victor Dias Vieira.

A Consolidação Substancial no Brasil: Uma Análise Prática/ Victor Dias Vieira Clementino. – São Paulo, 2018.

LL.M. Direito Societário – Insper, 2018.

Orientadora: Ana Cristina von Gusseck Kleindienst

1. Consolidação Substantiva 2. Recuperação Judicial 3 Grupo de Sociedades. 4. Desconsideração da Personalidade Jurídica. I. Victor Dias Vieira Clementino. II. A Consolidação Substancial no Brasil: Uma Análise Prática

“Do you wonder why the world is collapsing around us? That is what I am fighting... Until men learn that of all human symbols, Robin Hood is the most immoral and the most contemptible, there will be no justice on earth and no way for mankind to survive.”

-- Atlas Shrugged, 1957

RESUMO

Tema quase sempre presente nas maiores recuperações judiciais do país, a consolidação substancial pode ser definida como a unificação dos ativos e passivos das diversas sociedades devedoras integrantes do mesmo grupo econômico em uma só “entidade devedora”, que terá a prerrogativa de propor aos credores daquele grupo uma solução universal para o seu passivo conjuntamente considerado. O presente trabalho pretende analisar os precedentes judiciais relacionados ao tema e comentar as tendências que vêm moldando esse instituto que carece de regramento legal.

Palavras-chave:

Recuperação Judicial – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Grupos de Sociedade – Consolidação Substancial – Litisconsórcio Ativo -

ABSTRACT

Almost always present in the country's largest judicial reorganizations, substantial consolidation can be defined as the unification of the assets and debts of the various debtor companies that are members of the same economic group into a single entity, which has the prerogative of proposing to the creditors of that group a universal solution for their jointly considered debt. The present work intends to study the judicial precedents related to the issue and comment on the trends that have been shaping this institute that lacks legal regulation.

Keyword:

Judicial Reorganization – Disregard of legal entity – Corporate Groups – Substantive Consolidations – Joint filing request

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. Grupos de Sociedade no Direito Brasileiro	12
3. Desconsideração da Personalidade Jurídica	17
4. Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial	20
5. A Consolidação Substancial no Brasil	26
6. Conclusão	36
REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUÇÃO

Tema quase sempre presente nas maiores recuperações judiciais do país, a consolidação substancial pode ser definida como a unificação dos ativos e passivos das diversas sociedades devedoras integrantes do mesmo grupo econômico em uma só “entidade devedora”, que terá a prerrogativa de propor aos credores daquele grupo uma solução universal para o seu passivo conjuntamente considerado.¹

Na prática, a consolidação substancial resulta na apresentação pelas sociedades devedoras de um plano de recuperação judicial unificado, contemplando uma proposta de pagamento comum para as dívidas das diversas sociedades componentes do grupo econômico. Tal plano é então geralmente submetido a uma assembleia de credores também unificada, em que os credores das diversas sociedades são congregados para votar, em conjunto, pela aprovação ou rejeição de tal plano de recuperação.

O fundamento comumente utilizado para se desconsiderarem, nas recuperações judiciais, as relações bilaterais entre credores e devedores, amontoando-se as dívidas das diversas sociedades devedoras numa só “entidade devedora”, é permitir às sociedades recuperandas uma reestruturação coerente, ordenada e alinhada com o princípio da preservação da empresa.

De fato, em um grupo econômico, em que as atividades das diversas sociedades integrantes são interdependentes, é possível que o destino de cada sociedade do grupo esteja fatalmente relacionado ao destino do grupo econômico como um todo. A existência de garantias cruzadas, a utilização de sociedades-veículo para a captação de recursos no mercado externo (as chamadas “FinCo”) e a verticalização da cadeia de produção contribuem para um potencial e irremediável “efeito dominó”. Práticas menos ortodoxas,

¹ CERZETTI, S.C. Neder; Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flavio L; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) Processo Societário. v.11. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

que resultem em confusão patrimonial ou abuso da personalidade jurídica, também geram esse efeito.

Dado o entrelaçamento das atividades, muitas das vezes, a falência de apenas uma sociedade do grupo econômico pode comprometer a continuidade das atividades de empresa do grupo como um todo, o que, em teoria, traria a reboque efeitos nocivos à coletividade, como a perda de empregos, a diminuição da arrecadação e a redução dos níveis de atividade econômica.²

Sob essa ótica, a votação conjunta de um plano de recuperação judicial unitário concebido para resolver a situação financeira do grupo econômico conjuntamente considerado pode fazer todo o sentido. Se as atividades de empresa desenvolvidas pelo grupo econômico merecem ser preservadas, que sejam preservadas todas as sociedades que a desenvolvem, evitando-se a perda de sinergias e a mais-valia decorrente do desenvolvimento organizado das atividades do grupo. Se não merecem, que essas mesmas sociedades tenham também um destino comum e que sejam liquidadas na falência.

Apesar de coerente do ponto de vista do devedor, esse discurso utilitarista e pragmático desconsidera por completo os interesses dos credores das diversas sociedades e as prerrogativas estruturais e privilégios inerentes aos créditos dos credores existentes. Na prática, a consolidação substancial equivale a uma desconsideração da personalidade jurídica dos devedores; porém, diferentemente do que ocorre na legislação civil, na hipótese em questão, a desconsideração da personalidade jurídica se dá em benefício dos devedores e, potencialmente, em prejuízo de seus credores.

O prejuízo aos credores decorre essencialmente da possibilidade de que, com a votação unificada do plano de recuperação judicial, o quórum da assembleia geral de credores seja viciado, na medida em que credores de

² CERZATTI, S.C. NEDER. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 203-216.

diversas sociedades, com expectativas diferentes de retorno sobre os seus respectivos créditos, ficam vulneráveis a manipulações por parte das devedoras, que podem colocá-los em posições de franco antagonismo entre si, com o objetivo reprovável de angariar os votos necessários para obter o quórum de aprovação do plano. A situação fica mais clara com um exemplo.

Imagine-se um cenário de consolidação substancial em que um único credor quirografário de sociedade operacional (com ativos suficientes para arcar com a integralidade de seu passivo) seja obrigado a votar num plano unificado em conjunto com credores da sociedade holding pura que a controla (e cujo único ativo seja a participação na sociedade operacional). Ainda que o plano preveja um deságio de 90% (noventa por cento) do valor de face de todas as dívidas – i.e., tanto das dívidas da operacional quanto as da holding –, como medida de recuperação judicial, os credores da holding ainda assim tenderiam a votar pela aprovação do plano, pois estariam numa posição mais favorável do que em eventual falência da holding, em que sua recuperação seria próxima a zero.

Por outro lado, o credor da sociedade operacional, que teria uma pretensão de recuperação integral na falência – e que, portanto, teria uma fortíssima tendência a votar contra tal plano – se veria forçado a aceitar um deságio aviltante caso os credores da holding prevalecessem na votação unificada do plano de recuperação judicial, bastando, para isso, que tivessem, somados, créditos superiores ao seu.

A estratégia do devedor nesses casos é parecida com aquela adotada por Robin Hood, o herói de Sherwood: tirar dos credores com privilégios estruturais para dar aos credores subordinados. Se estes forem em número superior e tiverem créditos suficientes para prevalecer em relação àqueles na votação do plano, o devedor fora-da-lei triunfa na recuperação judicial.

No Brasil, o fato é que a lei é completamente omissa quanto à possibilidade de se processar a recuperação judicial em consolidação substancial (o que faz mesmo do devedor Robin Hood um fora-da-lei). A

jurisprudência, por outro lado, até a presente data não apresentou uma solução definitiva para esses problemas.

Assim, o objetivo deste trabalho será analisar, a partir de uma análise prática, os efeitos da consolidação substancial nas recuperações judiciais, bem como propor critérios específicos para sua utilização, contribuindo para uma maior segurança jurídica quanto ao tema, sobretudo do ponto de vista dos credores.

2. Grupos de Sociedade no Direito Brasileiro

No Brasil, a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“LSA”), permite a existência de grupos de sociedades de direito ou de fato. Os primeiros são tratados no Capítulo XXI da LSA, intitulado “Grupos de Sociedades”, mais precisamente nos arts. 265 a 277. Os últimos, no Capítulo XX, que trata das sociedades coligadas, controladoras e controladas. Em nenhum dos casos, há a constituição de uma personalidade jurídica diversa e independente para o grupo, mas tão somente o reconhecimento do vínculo empresarial entre as diversas pessoas jurídicas que o compõem.

Eduardo Munhoz ensina que a finalidade econômica do grupo de sociedades advém da combinação de unidade empresarial e diversidade jurídica³, o que possibilita a adoção de estruturas organizativas diversas, por meio da união de sociedades empresárias com personalidades jurídicas distintas, que visem à combinação de seus recursos e esforços para alcançar, sob direção unitária, objetivos comuns⁴. Os grupos societários, representam, portanto, importante mecanismo organizacional, que contribui para a geração de riqueza em sociedade.⁵

Para ilustrar melhor os benefícios dessa ficção social de segundo grau (sendo as próprias sociedades as ficções de primeiro grau), veja-se o exemplo dado por Hansmann e Kraakman⁶: determinada companhia aérea decide fornecer aos seus clientes serviços de aluguel de carros, apostado suas fichas nas sinergias existentes entre as atividades. Ainda que tais sinergias de fato existam, os negócios de aviação civil e aluguel de carros são, em essência, completamente distintos.

³ MUNHOZ, Eduardo. "Arbitragem e Grupos de Sociedades", in Aspectos da Arbitragem Institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996, (org.) Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174."

⁴ Ibidem. p. 157

⁵ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier, Organizational Law as Asset Partitioning, Working Paper, Number 252, September 1999, p. 6.

⁶ Ibidem, p. 8.

Assim, deveriam os serviços de aluguel de carros ser estruturados como uma divisão independente, mas integrante da companhia de aviação, ou melhor seria a criação de nova pessoa jurídica, cujas ações seriam detidas pela companhia de aviação ou por uma holding comum a ambas?

De acordo com Hansmann e Kraakman, ainda que, em qualquer dos cenários, o total de ativos das empresas seja o mesmo (ativos dos serviços de aviação + ativos dos serviços de locação de carros) e a administração das atividades seja compartilhada, a separação das empresas em pessoas jurídicas distintas pode significativamente reduzir os custos de captação de crédito. É como explicam os referidos autores:

“The reason is that the firms that extend credit to the car rental business – such as the auto manufacturers who sell or lease cars to them – often will be in a good position to assess the state of the overall car rental business, as well as the ability with which this particular car rental firm is managed, while at the same time they are largely ignorant of the prospects of the airline business. And the reverse is likely to be true of the creditors of the airline company (such as the airplane manufacturers that supply their planes).”⁷

Assim, o pressuposto de se organizarem as atividades empresariais em pessoas jurídicas distintas, com direitos e obrigações próprias, é uma questão que se relaciona com a própria razão de existir dos grupos societários. Segundo Nelson Eizirik, “embora exista um comando do grupo, as empresas que o compõem são pessoas jurídicas distintas, cada uma delas com responsabilidade limitada aos seus próprios débitos.”⁸

Em outras palavras, mesmo nos casos de constituição formal e legal de "Grupos de Sociedades", nos termos do artigo 265 da LSA, são preservados a personalidade jurídica das sociedades agrupadas e respectivos patrimônios, por expressa determinação da LSA.⁹

⁷ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier, op. cit., p. 8.

⁸ EIZIRIK, Nelson, A Lei das S.A. comentada, v. III: artigos 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011, com. Ao art. 243, n1. P. 372

⁹ VIO, Daniel A. Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

De fato, preocupada com a confusão conceitual, a LSA teve o cuidado de especificar que são preservadas as personalidades jurídicas das sociedades componentes de um grupo societário, ainda que seja um grupo formalmente constituído como tal. É o que reza expressamente o art. 266 da LSA, seguindo-se ao art. 265 da mesma lei, em que o grupo de sociedades é previsto:

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

Com muito mais razão, portanto, a inexistência de solidariedade quando não há sequer formação e registro de um grupo de sociedades. Com efeito, tendo em vista a separação das personalidades jurídicas, a LSA prevê que "os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada"¹⁰, respondendo perante a companhia pelas perdas e danos resultantes em caso de violação. Tal dispositivo tem por objetivo evitar a confusão patrimonial entre as sociedades do grupo econômico de fato. Novamente, é o que explica Nelson Eizirik:

"[A] sociedade controladora não pode utilizar o seu poder em detrimento de alguma controlada, a pretexto de beneficiar o grupo como um todo, devendo cada sociedade buscar o seu próprio interesse na consecução de seu objeto social."¹¹

Entender de forma diferente violaria desde as regras acerca da personalidade jurídica (conforme acima mencionado), até o direito de propriedade (no sentido de direito à inviolabilidade do patrimônio sem o

¹⁰ Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.

¹¹ EIZIRIK, Nelson. Op.cit, p. 332.

devido processo legal) protegido pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, caput¹², e incisos XXII¹³ e LIV¹⁴.

Nas recuperações judiciais, tais princípios constitucionais não se alteram ou deixam de se aplicar – a recuperação judicial não é um terreno baldio em que as regras jurídicas são relegada ao segundo plano ou possam ser simplesmente afastadas com fundamento no “super-trunfo” comumente invocado pelas recuperandas da “preservação da empresa”. As recuperandas são sociedades diferentes, com riscos de crédito próprios em razão das suas qualidades individuais e autonomias patrimoniais.

A autonomia patrimonial de cada sociedade de um grupo econômico é levada em consideração por credores – instituições financeiras, fornecedores de bens e serviços, parceiros, sociedades participantes de consórcio, etc. – no momento em que contratam com tais sociedades ou precificam o crédito que a elas concedem.

De forma pertinente, a Exposição Justificativa do projeto de lei que resultou na LSA afastou a solidariedade entre as sociedades integrantes de grupo econômico, “pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção de seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariamente quando o desejar”.¹⁵ Em linha com esse princípio, quando uma dívida é

¹² "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (g.n.)

¹³ "XXII – é garantido o direito de propriedade"

¹⁴ "LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"

¹⁵ "O grupo de sociedades é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante aprovação pelas assembleias gerais de uma "convenção de grupo" dão origem a uma "sociedade de sociedades". Nas sociedades não grupadas, os administradores - como se vê do artigo 246 - são responsabilizados por qualquer favorecimento de uma sociedade a outra; e tal favorecimento - pela freqüência e facilidade com que ocorre, em prejuízo dos minoritários - está sujeito a sanções e procedimento especial (art. 247 e seus §§); já no "grupo" uma sociedade pode trabalhar para as outras, porque convencionam combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns. Em suma: o grupo são sociedades associadas a caminho da integração, que se opera mediante incorporação ou fusão; mas, até lá, as sociedades grupadas conservam a sua personalidade jurídica, e podem voltar à plenitude da vida societária, desligando-se do grupo. No artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se

efetivamente assumida por mais de uma sociedade de um grupo, essas sociedades dão, cada uma, a chamada "garantia corporativa" de pagamento dessa dívida, ou assumem esta obrigação de maneira solidária. Não poderia ser diferente, afinal, cada sociedade tem autonomia patrimonial e a solidariedade não se presume, deve ser contratada ou decorrer de lei.

Nesse ponto tem pertinência o princípio da segurança jurídica, dado que os credores de cada uma das sociedades não podem ter seus direitos sobre o patrimônio de suas respectivas devedoras afetados por dívida de outra sociedade, exceto nas situações específicas previstas em lei.

E, especificamente no tocante às recuperações judiciais, como já dito acima, não há nenhum dispositivo que permita que sociedades recuperandas sejam transformadas em um amálgama societário indistinguível. Entender de outra forma afetaria a própria razão de existir dos grupos econômicos, os quais, sob a perspectiva do direito econômico moderno, existem como forma de facilitar os processos organizacionais e de captação de crédito por meio da segregação das estruturas de produção e gestão de cada entidade do grupo em núcleos isolados, evitando-se a contaminação empresarial e facilitando-se a gestão (sobretudo sob a ótica da governança corporativa) e o crédito.

Afastada, assim, a presunção de solidariedade das sociedades integrantes de grupo societário nas recuperações judiciais pelo só-fato de fazerem parte de grupo de sociedades, cabe indagar se tal solidariedade poderia se dar ou ser determinada na recuperação judicial como decorrência do conhecido instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos." Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>

3. Desconsideração da Personalidade Jurídica

Tradicionalmente associada a uma disfuncionalidade do uso da pessoa jurídica, a teoria convencional afirma que a desconsideração é “o mais agudo sintoma de crise de *função*” da pessoa jurídica¹⁶ e resulta em “não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios”.¹⁷ É o que afirma Rubens Requião, primeiro jurista a tratar do assunto no Brasil:

"Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso".¹⁸

Ainda que o tema tenha se desenvolvido e ganhado maior amplitude, sobretudo na doutrina alemã, que cataloga outros tipos de desconsideração (atributiva, em sentido inverso, em benefício do sócio e para fins de responsabilidade)¹⁹, sua função permanece inalterada: suprimir, em determinados contextos, o privilégio da limitação da responsabilidade daqueles que cometem abusos ou fraudes. É como explica Sergio Campinho, para quem “a *‘disregard doctrine’* representa uma salvaguarda dos interesses de terceiros contra fraudes e abuso praticados por via da utilização indevida da autonomia de personalidade da sociedade em relação à de seus sócios.” Segundo o autor, “sua aplicação exige do magistrado imprescindível zelo e parcimônia, de modo a não vulgarizar sua utilização nos casos concretos que se apresentem”.²⁰

¹⁶ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 392.

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)". Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, 1969, n. 410, p. 15.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 244-251.

²⁰ CAMPINHO, Sérgio. O Direito de Empresa, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82

Como regra, portanto, é necessário se respeitar no Direito brasileiro os limites da autonomia patrimonial das sociedades, aplicando-se a exceção a tal regra (a desconsideração da personalidade jurídica) tão somente nos casos especificamente previstos na lei civil, “sob pena de impor a destruição do instituto da pessoa jurídica”.²¹

Nas relações civis e empresariais em geral, o legislador adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de certos elementos objetivos, previstos no art. 50 do Código Civil de 2002, para que seja possível a desconsideração da personalidade jurídica de determinada sociedade:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “[o] mero fato de pessoas jurídicas pertencerem a um mesmo grupo econômico não enseja, por si só, a responsabilidade solidária dessas entidades”²², sendo necessária a comprovação da ocorrência de abuso da personalidade jurídica ou demonstração de confusão patrimonial, esta última podendo ser “caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas”.²³

Ainda que os elementos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica sejam verificados, é preciso ter-se sempre em mente a finalidade precípua do instituto: a salvaguarda dos interesses dos credores.²⁴ Seria por demais absurdo imaginar-se que o sócio comum de um

²¹ CAMPINHO, Sérgio. O Direito de Empresa, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82

²² AgRg no AREsp 549.850/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 15/05/2018.

²³ AgInt no REsp 1337956/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 07/02/2017

²⁴ MUNHOZ, Eduardo S. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedade. RDM, n. 134, p. 25-47, 2004.

grupo de sociedades poderia valer-se da desconsideração da personalidade jurídica não somente em benefício próprio, mas em prejuízo de seus credores. A ideia do instituto, como dito acima, é preservar os interesses de *terceiros* potencialmente prejudicados pela adoção de expedientes ilegais e fraudulentos pelas sociedades devedoras, jamais prejudicá-los ainda mais.

Assim, com todas as vênias, não nos parece possível que, quando do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, o grupo de sociedades, invocando abusos e ilegalidades que ele próprio cometeu, pretenda impor a seus credores – e em benefício próprio – uma desconsideração da personalidade jurídica à fórceps (a chamada consolidação substancial), como se tal fosse seu direito. Não o é.

Tal expediente seria contrário aos mais comezinhos princípios do Direito, inclusive o princípio segundo o qual a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*).

Retomando a analogia à história do herói medieval Robin Hood, seria como se o “Príncipe dos Ladrões” estivesse agora querendo convencer o nobre xerife de que, dada sua qualidade confessa de ladrão, teria um suposto direito de roubar os cidadãos abastados da velha Inglaterra.

Como se verá nos próximos tópicos, o entendimento ora manifestado de que o devedor não pode impor a consolidação substancial aos seus credores não impede que o juiz possa, em certos casos excepcionais, determinar a desconsideração da personalidade jurídica do grupo devedor na recuperação judicial.

4. Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial

A ausência de disposição específica no Direito brasileiro prevendo a recuperação judicial de grupos societários e o fato de que, como explicado alhures, estes não possuem personalidade jurídica própria – carecendo, portanto, de legitimidade ativa para a proposição da ação de recuperação judicial – fez com que certos grupos societários, impulsionados pela força da necessidade, inovassem na ordem jurídica e ajuizassem recuperações judiciais em litisconsórcio ativo, reunindo todos os membros do grupo (ou uma parte deles) nos autos de um mesmo processo de recuperação judicial – é o que se convencionou chamar de “consolidação processual” da recuperação judicial.²⁵

O litisconsórcio é conceituado pela doutrina como sendo um “fenômeno de pluralidade de pessoas em um só ou em ambos os polos conflitantes da relação jurídica processual – isto é, ele constitui fenômeno de pluralidade de sujeitos parciais principais do processo”.²⁶ Dentre as hipóteses de litisconsórcio previstas no atual CPC, a hipótese em comento, de consolidação processual, poderia, em tese, encontrar respaldo na previsão do inciso II do artigo 113: a existência de conexão entre causa de pedir ou pedido.²⁷

Na prática, porém, a discussão raramente se aprofunda em tal aspecto técnico. A partir da análise empírica de diversos processos de recuperação judicial, os Professores Sheila Neder e Francisco Satiro, em artigo especializado, descrevem que “muito embora se tenha autorizado a consolidação processual em 32 processos, apenas em nove deles há

²⁵ ABRÃO, Carlos, Henrique. ANDRIGHI, Fátima Nancy. BENETI, Sidnei. 10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência. Ed. Saraiva, 2015, pp. 162-169.

²⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Ed. Malheiros Editores, 2014, pp. 368/369.

²⁷ Art. 113 - Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

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

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

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

expressa análise sobre a admissibilidade do litisconsórcio ativo”.²⁸ Na grande maioria dos casos, segundo os professores, o litisconsórcio ativo é autorizado “como consequência simples e automática da declaração de vinculação das requerentes”.^{29,30}

²⁸CEREZETTI, S.C. Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa "consolidação" da consolidação substancial. Revista do Advogado, São Paulo, v. 36, n. 131, 2016, p. 220.

²⁹Idem.

³⁰ Um caso de em que a questão foi analisada foi a recuperação judicial da OAS. S.A. e outras, na qual o e. TJSP admitiu o litisconsórcio ativo nos seguintes termos: “(...) O litisconsórcio ativo também está bem justificado, na medida em que todas as empresas atuam de forma sistêmica e integram um mesmo grupo econômico. Nesse sentido, a preservação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes da atividade empresarial saudável (que é o objetivo do presente processo), será melhor atendida se enfrentada a situação de crise de maneira global, considerando as empresas integrantes do grupo econômico, e não isoladamente. A questão relacionada à incorporação da OAS Investimentos pela OAS S/A (que é objeto de discussão judicial em andamento) é irrelevante para os fins do presente procedimento, na medida em que tanto o patrimônio, quanto o passivo de ambas estão sujeitos ao processo de recuperação judicial. Confirmando-se ou não a incorporação, o fato é que os credores de ambas estarão sujeitos à recuperação judicial do grupo econômico e o patrimônio de ambas estará integralmente sujeito ao cumprimento dos objetivos do presente feito. Assim, pelo exposto, nos termos do art. 52 da Lei 11.101/2005, DEFIRO o processamento da recuperação judicial das empresas (...)” TJSP, Recuperação Judicial n.º 1030812-77.2015.8.26.0100, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível do Estado de São Paulo, Exmo. Dr. Juiz de Direito Daniel Cárnio Costa, em 1/4/2015. A decisão foi objeto de diversos recursos de agravo de instrumento interpostos pelos credores da OAS S.A. e outras, mas o Exmo. Des. Rel. Carlos Alberto Garbi manteve a decisão de 1ª instância “(...) Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Dez empresas do mesmo grupo empresarial que integram o polo ativo do pedido. Omissão na Lei nº 11.101/2005. Previsão de aplicação subsidiária do CPC. Litisconsórcio ativo na recuperação judicial. Doutrina omissa. Jurisprudência nacional escassa. Admissibilidade, todavia, no Tribunal. Tendência de sedimentação da questão nas Câmaras Especializadas de Direito Empresarial do Tribunal. Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo facultativo (art. 46, inc. I, do CPC). Comunhão de interesses e obrigações entre as agravadas. Reconhecimento no caso. Agravadas integram grupo econômico de fato. Setor da construção civil do grupo empresarial. A integração das empresas agravadas num mesmo grupo empresarial, de forte atuação na área de infraestrutura do país, certamente foi considerada como fator relevante pelos credores nos contratos por eles celebrados, inclusive naqueles envolvendo a concessão de créditos, como é o caso do recorrente. Empresas que têm a finalidade social em comum. Identidade de endereço. Negócios vinculados. Celebração de contratos com garantias cruzadas. Interligação subjetiva e negocial. Caracterização. Litisconsórcio ativo. Divisão de massas. Empresas entrelaçadas. Massa única. Possibilidade. Contudo, o plano de recuperação judicial foi apresentado, mas ainda não foi objeto de deliberação. Não se tem conhecimento da opção eleita pelas agravadas. Incorporação da coagravada OAS Investimentos S/A pela coagravada OAS S/A. Impugnação. Questão levantada em ação autônoma, sem decisão definitiva. Questão, ademais, que ficou prejudicada pela admissibilidade do litisconsórcio ativo e da apresentação de plano único..” (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2094959-07.2015.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Exmo. Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, julgamento em 5/10/2015.)

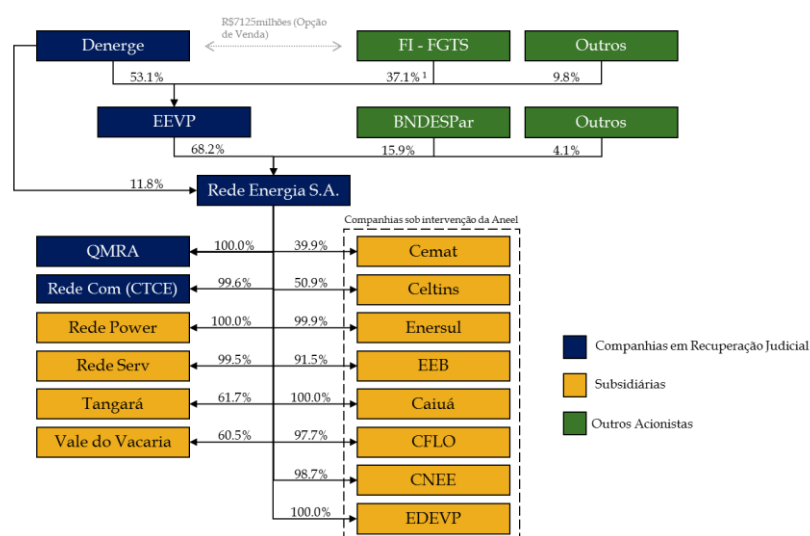
Um dos efeitos deletérios da aceitação do litisconsórcio ativo é a prática censurável adotada por alguns grupos societários conhecida por “cherry picking”. Por tratar-se o litisconsórcio em questão de meramente facultativo, o expediente consiste na escolha pelo controlador de apenas algumas sociedades do grupo para integrar o processo de recuperação judicial. Ao sabor da conveniência do controlador,³¹ as sociedades mais saudáveis do grupo são deixadas de fora do concurso, enquanto aquelas mais endividadas, que deveriam ter o destino imediato da falência, são incluídas no polo ativo da recuperação judicial de sociedades recuperáveis.

Nesse jogo censurável, os indicadores financeiros e patrimoniais do grupo podem ser facilmente manipulados pelo controlador, de modo a justificar a necessidade de imposição de deságios mais expressivos contra os credores das sociedades recuperandas.

Isso ocorreu, por exemplo, na recuperação judicial do caso Rede Energia. O organograma abaixo ilustra que apenas 5 (cinco) sociedades

³¹ 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.

(não por acaso, as mais endividadas) foram selecionadas dentre todas as sociedades do grupo para apresentarem o pedido de recuperação:³²



Admitida a possibilidade de litisconsórcio na recuperação judicial, outras dúvidas fatalmente surgem: o processamento das recuperações judiciais se dará nos mesmos autos? Haverá a apresentação de uma só lista de credores e de um só plano de recuperação judicial? Em caso positivo, como se dará a votação deste plano pelos credores?

A resposta à primeira pergunta parece ser mais fácil: está previsto na própria letra do art. 113 do CPC que o litisconsórcio permite às pessoas que litiguem “no mesmo processo”, o que, naturalmente, autorizaria que a recuperação judicial de todas as sociedades do grupo se processasse nos mesmos autos. Mas por se tratar de litisconsórcio facultativo, como já dito, nada impede que por questões organizacionais o administrador judicial recomende, e o juízo da recuperação judicial determine, que as recuperações judiciais se processem em autos diferentes.

Com relação à apresentação da lista de credores e do plano de recuperação judicial, a questão ganha ares bem mais complexos. Ainda que o litisconsórcio (ou consolidação processual), por si só, não traga maiores prejuízos aos credores, tal expediente inofensivo carrega em si o potencial

³² Organograma extraído do Agravo de Instrumento n.º: 2060533-37.2013.8.26.0000.

de subverter de forma grave as relações bilaterais entre credores e devedores, pervertendo as legítimas expectativas de recuperação de crédito dos credores. Isso porque, como demonstram Neder e Satiro, “o simples deferimento do processamento em litisconsórcio (...) direciona o procedimento à consolidação substancial, com a aceitação de que uma recuperanda [responda] pelas dívidas de outra, em violação à autonomia patrimonial dos entes personalizados”.³³

Sem maiores considerações sobre o assunto, e, “em geral, por inércia dos envolvidos”, as consequências da consolidação substancial “se solidificam aos poucos ao longo do decorrer do processo, sem que as partes afetadas se deem conta antes de ser tarde demais”.³⁴ De acordo com os ilustres professores, com a aceitação do litisconsórcio ativo, a consolidação substancial (com a reunião dos ativos das diversas pessoas jurídicas em uma só entidade fictícia) acaba por se tornar uma mera consequência natural, um fluxo inevitável, fruto da “lei do menor esforço”, que contagia os participantes da recuperação judicial.³⁵

Isso se dá, principalmente, por meio da apresentação pelo devedor de listas de credores consolidadas (confirmadas, num segundo momento, pelo próprio administrador judicial) e de um plano de recuperação judicial unitário, sem que haja oposição de quem quer que seja:

“[A] partir do deferimento da consolidação processual (litisconsórcio ativo), a consideração dos interesses dos credores (e seus conflitos), o tratamento separado dos créditos contra cada devedora, a conciliação dos bens e fluxo de caixa em comparação com suas relações de crédito, a divisão das atividades econômicas, e mesmo a realização de atos processuais (como assembleia geral de credores e tratamento de objeções, por exemplo) demandam muito mais custos, trabalho e atenção do que a simples consolidação substancial”³⁶

Dos casos analisados pelos professores Neder e Satiro, somente na recuperação judicial do Grupo Schahin o “administrador judicial apresentou voluntariamente lista de credores individualizada segundo o passivo de cada recuperanda, providencia imprescindível para que a autonomia patrimonial

³³ Op.cit, p.222.

³⁴ Idem

³⁵ Idem

³⁶ Idem

das autoras fosse respeitada”.³⁷ De fato, a individualização da lista de credores por sociedade devedora é medida essencial para que os credores tenham a exata dimensão do endividamento das sociedades. Somente assim, podem avaliar de maneira informada suas opções e decidir fundamentadamente seu voto. O direito à informação e fiscalização é um direito essencial do credor na recuperação judicial, não devendo jamais ser sonegado, sobretudo pelo administrador judicial.

Assim, a consolidação substancial, em muitos casos, se torna a consequência malfazeja da falta de cuidado ou indolência daqueles encarregados de zelar pelo bom andamento da recuperação judicial, aí incluídos o administrador judicial, o Ministério Público, os credores, além, principalmente, do próprio juízo que processa o feito.

Em outros tantos casos, porém, credores diligentes se insurgiram contra esse expediente *robinhooiano* e os tribunais foram obrigados a se pronunciar sobre o assunto. É o que será analisado no próximo tópico.

³⁷ Op.cit., p. 220.

5. A Consolidação Substancial no Brasil

A chamada consolidação substancial tem origem na prática de insolvência norte-americana, onde se desenvolveu a partir de precedentes. A lei não trata especificamente da questão, limitando-se a, genericamente, outorgar à corte de falência o poder de “issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this [law]”. A partir dessa previsão genérica, o instituto foi sendo moldado pela prática falimentar, até adquirir as seguintes dimensões:

“Substantive consolidation is the judicially crafted mechanism by which affiliated entities, though legally separate, are treated as if they comprise a single economic unit. As a general rule, when substantive consolidation is ordered, assets of such related entities are pooled, interentity obligations are extinguished, and the resulting common pool of assets is subjected to the claims of creditors of the consolidated entities.”³⁸

A consolidação substancial também não tem previsão legal no Brasil, mas vem sendo admitida pelos tribunais em determinadas situações. Mercê da ausência de regramento positivo, a insegurança jurídica que orbita o instituto é enorme, especialmente porque até a presente data não foram definidos, de forma minimamente consistente, nem os critérios nem a forma pela qual a consolidação substancial deve ser ordenada em uma recuperação judicial.³⁹ Não é de se causar espanto, afinal, tentar importar, sem a necessária inovação legislativa, um instituto originário do direito norte-americano para a prática forense brasileira não é tarefa fácil, sobretudo para nossos tribunais, tão pouco familiarizados que são, por razões históricas óbvias, com a mecânica de precedentes que molda o direito consuetudinário.

No Brasil, a consolidação substancial somente começou a ser mais especificamente compreendida e debatida no processo de recuperação judicial do Grupo OGX⁴⁰, ajuizado em 2013 perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – a maior recuperação judicial da história da América Latina

³⁸ GREBER, Michael A. Business Reorganizations, The University of Tennessee College of Law – Third Edition., p. 702 e ss.

³⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. Ed. Saraiva, 2012, pp. 39 e 318-320.

⁴⁰ Recuperação Judicial nº 0377620- 56.2013.8.19.0001

até então.⁴¹ Naquele processo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em atuação de gala, apresentou parecer detalhado, analisando a questão nos seguintes termos:

"No caso, é suficiente para embasar a decisão de deferimento do processamento das duas sociedades nacionais o fato de que a OGX PARTICIPAÇÕES é holding controladora e co-devedora da OGX PETRÓLEO E GAS em relação a praticamente todo o passivo, bem como quase não possui "passivo próprio", dada à sua condição de holding "pura".

No entanto, é bom que se frise que o Ministério Público entende que é possível o processamento em conjunto, mas não único, ou seja, cada uma das recuperandas deverá apresentar seu próprio plano de recuperação judicial, mesmo que sejam idênticos ou interdependentes, e que eles sejam analisados separadamente por seus respectivos credores. Deveremos, portanto, redobrar a atenção para respeitar a autonomia patrimonial de cada sociedade e, conseqüentemente, entendemos que deverão ser publicados quadros gerais de credores distintos para cada universo nuclear empresarial em recuperação".

Acolhendo a assertiva manifestação do parquet, na ocasião do deferimento da recuperação judicial, o juízo em que se processava o processo determinou que as sociedades apresentassem planos de recuperação judicial individualizados, que seriam votados por credores em assembleias de credores distintas, prestigiando-se a autonomia patrimonial de cada uma das sociedades integrantes do grupo econômico de fato. Tal decisão prevaleceu após a interposição de recursos e o plano de recuperação judicial foi aprovado pelos credores.

Na prática, os planos de recuperação judicial do Grupo OGX eram essencialmente iguais em conteúdo, com apenas algumas adaptações necessárias e, por questões práticas, as assembleias foram realizadas no mesmo dia, no mesmo local, uma em sequência da outra (sendo certo que os credores da sociedade cujo plano estava sob escrutínio puderam votar na sua respectiva assembleia).

O caso OGX foi uma exceção. Como abordado acima, na grande maioria dos casos a consolidação substancial, ainda que sem amparo legal, acaba ocorrendo nas recuperações judiciais como mera consequência de um

⁴¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, pp. 143.

pedido de processamento conjunto formulado por sociedades integrantes do mesmo grupo econômico.

Contemporânea à recuperação judicial da OGX, a recuperação judicial da Rede Energia, processada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi um exemplo de como os credores foram lesados pela consolidação substancial. Naquele caso, os ativos e passivos das 5 sociedades que fizeram o pedido de recuperação judicial foram consolidados. Ocorre que, dessas sociedades, apenas a Rede Energia S.A. possuía ativos relevantes. Com a consolidação, os credores da Rede Energia foram forçados a partilhar a sua devedora com os credores de outras sociedades sem ativos, mas que tinham dívidas gigantescas. Com isso, os credores da Rede Energia S.A. tiveram uma recuperação mínima, muito inferior à que poderiam ter obtido caso a autonomia patrimonial da sociedade tivesse sido respeitada. Passados vários anos, a discussão do caso Rede Energia ainda se arrasta no judiciário, com recursos contra a homologação do plano de recuperação judicial pendentes de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que jamais se posicionaram sobre a questão.

Malgrado o trauma do caso Rede Energia, o entendimento que vem prevalecendo no Tribunal de Justiça de São Paulo é aquele refletido no Agravo Regimental nº. 2117110-30.2016.8.26.0000, que recentemente enfrentou a questão da consolidação substancial. No referido precedente, relatado pelo Desembargador Fabio Tabosa, o TJSP decidiu que litisconsórcio ativo (ou consolidação processual), consolidação substancial e votação do plano de forma separada ou consolidada são temas jurídicos manifestamente distintos.

De forma muito coerente, o acórdão entendeu, com base no Agravo de Instrumento nº. 2123667-67.2015.8.26.0000, que “o deferimento do litisconsórcio ativo na recuperação judicial não implica automaticamente autorização para apresentação de plano recuperacional único pelas devedoras”. O acórdão também entendeu que “a determinação de apresentação e votação de planos separados, ao menos em um primeiro momento, é a solução mais adequada”.

Finalmente, o acórdão discorreu sobre o tema tratado neste trabalho, de que, em certos casos, sob o argumento coringa da “preservação da empresa”, certos devedores tentam impor situações absurdas aos seus credores, além de se valerem do expediente da consolidação substancial para influenciar a assembleia geral por meio da manipulação dos quora de aprovação do plano. Transcreve-se trecho bastante instrutivo do julgado:

“[D]eve-se também ter em mente não ser aquele [princípio da preservação da empresa] absoluto, não autorizando, ante sua mera enunciação, restrição ilimitada ao direito dos credores, inclusive com graves distorções como as que podem ocorrer mediante desconsideração de sua situação frente às empresas devedoras individualmente consideradas, com diluição do peso de suas participações na composição dos quóruns de votação e o comprometimento da legitimidade das deliberações assembleares”.

Além disso, no Agravo de Instrumento nº. 2123667-67.2015.8.26.0000 – citado pelo precedente acima analisado –, também de relatoria do Des. Fabio Tabosa, o TJSP asseverou o seguinte:

"a elaboração de plano de recuperação judicial único, justamente por propiciar confusão patrimonial entre as recuperandas e diluir o poder de voto dos credores, sujeitando-os a deliberações tomadas pelo universo de credores das agravadas independentemente de qual era efetivamente a devedora originária, não deve em princípio ser aceita pelo Poder Judiciário, somente podendo ser deferida se aprovada pelos credores próprios de cada uma das recuperandas”.

Em conclusão, o acórdão afirmou que as recuperandas deveriam, "em princípio, elaborar planos recuperacionais individuais e apresentá-los em juízo; caso, em assembleia, os credores entendam que a superação do momento de crise econômico-financeira será alcançada mais facilmente através da adoção de medidas conjuntas por parte das devedoras, aí então se abrirá a possibilidade de formulação de um único plano de recuperação judicial”.

De fato, não se pode confundir um "plano conjunto" – apresentado aos credores de todas as sociedades ao mesmo tempo e no mesmo documento – com "plano unitário", que causa absoluta e indevida confusão patrimonial entre elas, que tem o potencial de subverter o processo de votação. Esse também é o entendimento dos professores Satiro e Cerezetti:

“Isto demonstra que, mesmo em casos de litisconsórcio ativo, o comportamento padrão deve ser o tratamento, individualizado por devedora, dos credores, bens e planos de recuperação. A não ser que se tenha decidido, em assembleias

separadas ou por decisão judicial, que a autonomia patrimonial das autoras deve ser superada no caso concreto - isto é, que a consolidação substancial deve ser aplicada a separação de informações e de organização dos credores para a tomada de decisão há que se impor.”⁴²

Além dos acórdãos da 2ª Câmara Empresarial do TJSP, é de se notar que a mesma orientação foi recentemente adotada na maior recuperação judicial do país, que, por sua relevância, constitui importante precedente na matéria. A solução para a AGC do Grupo Oi⁴³ foi possível, porque o Desembargador relator do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que a consolidação “não é a regra e se contrapõe à consolidação substancial voluntária, que se sujeita à aprovação dos credores em homenagem à soberania de suas decisões”. Assim, caberia aos credores “deliberar sobre o interesse e aceitação do uso de plano unitário do grupo ou de planos individuais por empresa como estratégia das recuperandas para soerguimento do empreendimento econômico, aprovando voluntariamente a consolidação substancial ou rejeitando-a.”⁴⁴

⁴² Op.cit., 221.

⁴³ Processo n.º 0203711-65.2016.8.19.0001, em trâmite perante a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

⁴⁴ "As recuperandas formam litisconsórcio ativo na ação em questão, meio pelo qual o processamento da recuperação judicial das sociedades do grupo Oi se dá em conjunto por mera conveniência processual, através do que se denomina consolidação processual. Tal processamento conjunto não afeta a autonomia patrimonial das sociedades recuperandas, que conservam suas personalidades jurídicas distintas. Por outro lado, a consolidação substancial (ou material) pressupõe a confusão patrimonial das empresas em recuperação que compõem o grupo empresarial, o que justificaria, em tese, a unificação de passivo e ativo das entidades e o afastamento da autonomia patrimonial e independência das companhias, com apresentação de plano unitário de recuperação. Sendo, pois, instrumentos com finalidades diversas, a consolidação processual não enseja automaticamente a consolidação substancial na recuperação de grupos. Ao revés, a consolidação material é medida excepcional já que afasta a regra da conservação da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial das empresas, não prescindindo de comprovação da identidade substancial entre as sociedades, da confusão patrimonial e da extrema necessidade da medida. No caso, trata-se de recurso contrário à consolidação substancial das recuperandas, uma vez que a decisão judicial atacada não afastou a forma consolidada do plano de recuperação apresentado pelo grupo em recuperação, decidindo por seu cabimento. A adoção da medida através de análise judicial enseja a chamada consolidação substancial de natureza obrigatória (ou forçada). Essa modalidade, entretanto, não é a regra e se contrapõe à consolidação substancial voluntária, que se sujeita à aprovação dos credores em homenagem à soberania de suas decisões. Ordinariamente, cabe a eles deliberar sobre o interesse e aceitação do uso de plano unitário do grupo ou de planos individuais por empresa como estratégia das recuperandas para soerguimento do empreendimento econômico, aprovando voluntariamente a consolidação substancial ou rejeitando-a. Não comporta, a priori, interferir materialmente sobre o tema diante da ausência de previsão legal específica sobre o instituto e da autonomia soberana dos credores em relação plano de recuperação judicial proposto pelas recuperandas, competindo ao Judiciário, por via de regra, somente o controle relativo à licitude das providências deliberadas. Em sede de cognição sumária, na ausência de elementos concretos de que houve negociação com os credores e de que estes são favoráveis ao plano unitário, depreendo que deve ser promovida a votação da consolidação substancial de

Novamente, são precisas nesse sentido as lições de Sheila Cerezetti:

"[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"⁴⁵

A Recuperação Judicial pressupõe uma supressão involuntária de patrimônio do credor. O único mecanismo estabelecido na lei para que o credor tenha algum tipo de controle/soberania sobre a adequação entre a viabilidade econômica da empresa e o esquema de pagamento proposto chama-se "regra da maioria". É a regra da maioria que garantiria aos credores de cada uma das sociedades, descontos em seus créditos e esquemas de pagamento compatíveis com os elementos descritos acima. Propostas não compatíveis com as legítimas expectativas poderiam ser rejeitadas. Se a regra da maioria é corrompida, a única defesa do credor é suprimida e sobra o puro e simples confisco privado, escamoteado sob as vestes de processo legal.⁴⁶

Mais recentemente, alguns passaram a diferenciar duas hipóteses de consolidação substancial: a consolidação obrigatória e a voluntária. No campo da consolidação voluntária, estaria a hipótese acima narrada, em que os próprios credores teriam a faculdade de decidir pela consolidação das devedoras, sendo certo que a decisão deveria ser tomada individualmente pelos credores de cada sociedade recuperanda. Com relação à consolidação obrigatória, tratar-se-ia daquela que poderia ser determinada pelo juízo da recuperação judicial em

esferas societárias do Grupo Oi, como questão de ordem na Assembleia Geral dos Credores – AGC."

⁴⁵ Cerezetti, Sheila C. Neder,, Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal, in Processo Societário II - Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira coord., São Paulo,Quartier Latin, 2015 , p. 763)

⁴⁶ Aires, Antonio; Xavier, Celso e Fontana, Maria Isabel in "Recuperação Judicial e Falência do Grupo Econômico" in 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências - reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil, Elias, Luis Vasco, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2015, p. 75

situações excepcionais, observados os requisitos ordinários da legislação civil para a desconsideração da personalidade jurídica, já declinados alhures neste trabalho. Veja-se, por exemplo, a decisão abaixo, proferida no caso Schahin:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL Insurgência contra decisão que determinou que a Assembleia Geral de Credores deveria ser única, com votação de um plano único por quadro de credores consolidado e sem distinção entre os credores da mesma classe, ainda que titulares de créditos em face de pessoas jurídicas distintas e integrantes do mesmo grupo, sob o argumento de que se tratava de litisconsórcio necessário das sociedades integrantes do Grupo Schahin, vez que as sociedades possuem participação recíproca, que as relações jurídicas contraídas com terceiros pelas sociedades foi em grande parte garantida pelas outras pessoas jurídicas do mesmo grupo, que os bens contratados pelas sociedades beneficiavam outras sociedades do grupo, que havia um caixa único e comum a todas as referidas empresas, que se beneficiaram da sociedade operacional. Em suma, há um único contrato existente em que todas as demais sociedades do grupo gravitam sobre ele. [...] Nessa hipótese, há confusão patrimonial em sua atuação conjunta e as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem "suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial" (STJ, ROMS 14168/SP, rel. Min. Nancy Andrighi). Desse modo, a Assembleia Geral de Credores deve ser única, com votação de um plano único por quadro de credores consolidado e sem distinção entre os credores da mesma classe, ainda que titulares de créditos em face de pessoas jurídicas distintas e integrantes do mesmo grupo. Confirmação da decisão agravada Evidência de caixa único nas operações empresariais - Recurso improvido.”⁴⁷

Aparentemente encampando essa posição, o juiz Daniel Carnio, na recuperação judicial da Urbplan (recuperação judicial nº. 1041383-05.2018.8.26.0100) consignou seu entendimento de que, existindo confusão patrimonial entre duas sociedades de grupo econômico, o que poderia levar à desconsideração da personalidade jurídica por qualquer credor, caso uma dessas sociedade “ajuiz[e] recuperação judicial, também terá o direito de impor aos credores a consolidação substancial”.

De acordo com o juiz, os requisitos para que a consolidação substantiva obrigatória possa ser imposta pelo juízo da recuperação judicial seriam os seguintes:

- a) interconexão das empresas do grupo econômico;
- b) existência de garantias cruzadas entre as empresas do grupo econômico;
- c) confusão de patrimônio e de responsabilidade entre as empresas do grupo econômico;
- d) atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico no mercado;

⁴⁷ Recuperação Judicial nº. 1037133-31.2015.8.26.0100, em trâmite perante o TJSP.

- e) existência de coincidência de diretores;
- f) existência de coincidência de composição societária;
- g) relação de controle e/ou dependência entre as empresas integrantes do grupo econômico;
- h) existência de desvio de ativos através de empresas integrantes do grupo econômico.”

Além desses requisitos, o juiz também aponta ser necessário “que os benefícios sociais e econômicos da recuperação judicial processada em consolidação substancial justifiquem a sua aplicação”. De acordo com o juiz, isso se revelaria por meio da preservação da empresa, o que se traduziria em preservação de empregos, riquezas, produtos, serviços, etc.

O magistrado ainda justifica sua posição invocando que a corrente teórica adotada pelo juiz “assemelha-se à *liberal trend* que vem sendo aplicada no direito norte-americano”, em que “também não existe regulação legal expressa da consolidação substancial”.

A despeito da crítica de se importar, sem maiores considerações, para o Direito brasileiro, alegada tendência do direito consuetudinário americano, a consolidação substancial nos Estados Unidos também é sujeita a críticas, sobretudo caso não seja relegada à sua posição de exceção. De acordo com o eminente Juiz Posner, “if consolidation becomes routine, the concept of limited liability will be forfeited and with it the inclination of investors to invest”.

Ademais, para que seja deferida a consolidação substancial nos Estados Unidos, duas questões estabelecidas no precedente conhecido por “Augie/Restivo” devem ser avaliadas pelo magistrado:

- (i) Os credores contratam com as sociedades como se fossem uma única unidade e não se fiaram em sua autonomia?; e
- (ii) Os negócios do devedor são tão irremediavelmente entrelaçados que a consolidação beneficiaria a todos os credores?

Somente caso a resposta aos dois testes acima sejam positivas, pode o juiz determinar a consolidação substancial nos Estados Unidos. E,

diferentemente dos critérios legislados pelo juiz brasileiro, dentre os testes estabelecidos no direito americano há um fundamental: o de que os credores sejam *beneficiados* pela consolidação substancial.

Trata-se de abordagem completamente diferente daquela adotada pelo juiz Carnio, para quem o devedor “terá o direito de impor aos credores a consolidação substancial”. Com as devidas vênias, trata-se, como afirmado mais acima, de uma evidente subversão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e, por que não, do próprio instituto da recuperação judicial.

O entendimento do juiz desconsidera por completo a estrutura de capital das sociedades e, no final das contas, acaba por permitir ao controlador do devedor se beneficiar da própria torpeza, além de ser um claro e evidente estímulo para que haja baderna societária nos grupos empresariais. Se a consequência da falta de controles, do abuso da personalidade jurídica, da confusão patrimonial e da fraude é um prêmio para o controlador, por que não se fazer?

Em nosso entendimento, a própria premissa adotada pelo juiz de que por meio da consolidação substancial se atingiria a preservação da empresa nos parece equivocado. O juiz desconsidera por completo que uma solução que de fato preserve a empresa, assim entendida a atividade desenvolvida pelas sociedades do grupo, pode ser alcançada na falência, por meio da venda da empresa, na modalidade de falência continuada, para um terceiro mais hábil à gestão que o controlador desonesto que tenta se beneficiar das fraudes que ele próprio cometeu e que às barras do judiciário encontra abrigo para sua pretensão.

Em conclusão, não se nega nesse trabalho a possibilidade de que ocorra a chamada consolidação substancial obrigatória, que seria aquela imposta pelo juiz ao grupo devedor. O que se defende, porém, é que tal consolidação seja resultado de um processo crítico que leve em consideração os benefícios que tal imposição traria aos credores, que são os verdadeiros lesados pelos atos dos devedores e seus controladores em abuso da personalidade jurídica e desvio de

finalidade. Além disso, nesses casos, é mister o afastamento da administração do devedor, conforme autorizado pela lei, em dispositivo raramente utilizado.⁴⁸

⁴⁸ Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas: a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do **caput** do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.

6. Conclusão

A falta de critérios claros e bem definidos na jurisprudência e a sedimentação na prática forense de um expediente contrário ao princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, sem mesmo muita consideração aos efeitos deletérios que dele podem advir, impõem que o debate sobre o tema seja fomentado na academia e que soluções efetivas sejam propostas.

Como mencionado acima, trata-se de tema que gera insegurança jurídica enorme e que contrapõe interesses legítimos. De um lado, o grupo de sociedades em recuperação judicial e sua estrutura, que muitas das vezes apresenta sinergias de tal forma complexas e complementares que recomendam um tratamento conjunto do passivo.

Por outro lado, a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades sem que haja qualquer consideração aos pressupostos, na forma do art. 50 do Código Civil, gera insegurança jurídica, sobretudo para os credores, que ao concederem crédito (e, portanto, ao precificarem o crédito) a determinada sociedade partem do princípio de que a autonomia da personalidade jurídica será respeitada pelo judiciário brasileiro

A mudança da regra no meio do jogo espanta credores e encarece sobremaneira o custo do crédito no Brasil, o que, na atual conjuntura econômica é altamente indesejável. Além disso, frise-se que, até o momento, as cortes superiores ainda não se manifestaram quanto ao tema.

Ademais, o tema também é objeto do anteprojeto de lei de reforma da Lei 11.101/05, elaborado pelo grupo de trabalho criado pelo Ministério da Fazenda, e capitaneado pelos professores Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo e Francisco Satiro, da Universidade de São Paulo.

Com esse trabalho, pretende-se contribuir para a evolução da discussão, sobretudo ao categoricamente afastar-se a possível tendência do judiciário de imposição da consolidação substancial contra os credores,

que, a bem da verdade, são os grandes prejudicados do processo de recuperação judicial e de quem já exige a coletividade um enorme sacrifício.

REFERÊNCIAS

CEREZETTI, S.C. Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa "consolidação" da consolidação substancial. Revista do Advogado, São Paulo, v. 36, n. 131, p. 216-223, 2016.

CEREZETTI, S.C. Neder; Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flavio L; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.) Processo Societário. v.11. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CEREZATTI, S.C. NEDER. A Recuperação Judicial de Sociedade por Ações: O Princípio da Preservação da Empresa na Lei de Recuperação e Falência, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 203-216.

MUNHOZ, Eduardo S. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedade. RDM, n. 134, p. 25-47, 2004.

MUNHOZ, Eduardo. "Arbitragem e Grupos de Sociedades", in Aspectos da Arbitragem Institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996, (org.) Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174."

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier, Organizational Law as Asset Partitioning, Working Paper, Number 252, September 1999, p. 6.

EIZIRIK, Nelson, A Lei das S.A. comentada, v. III: artigos 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011, com. Ao art. 243, n1. P. 372

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 392.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disegrad doctrine)". Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, 1969, n. 410, p. 15.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 244-251.

CAMPINHO, Sérgio. O Direito de Empresa, 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82

VIO, Daniel A. Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Aires, Antonio; Xavier, Celso e Fontana, Maria Isabel in "Recuperação Judicial e Falência do Grupo Econômico" in 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências - reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil, Elias, Luis Vasco, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2015, p. 75

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.

ABRÃO, Carlos, Henrique. ANDRIGHI, Fátima Nancy. BENETI, Sidnei. 10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência. Ed. Saraiva, 2015, pp. 162-169.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. Ed. Saraiva, 2012, pp. 39 e 318-320.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Ed. Revista dos Tribunais, 2014, pp. 143.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Ed. Malheiros Editores, 2014, pp. 368 e 369.

GREBER, Michael A. Business Reorganizations, The University of Tennessee College of Law – Third Edition., p. 702 e ss.

AgRg no AREsp 549.850/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 15/05/2018.

AgInt no REsp 1337956/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 07/02/2017