



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

**EDUARDO LEMOS ALVES SARAIVA**

**OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL NOS  
PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

Análise dos Requisitos Autorizadores da Unificação dos Ativos e Passivos de Sociedades  
em Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial.

Recife-PE

2019

**Eduardo Lemos Alves Saraiva**

**OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL NOS  
PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:**

Análise dos Requisitos Autorizadores da Unificação dos Ativos e Passivos de Sociedades  
em Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial.

Monografia apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito pelo  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade  
de Oliveira Filho.

**Direito Comercial**

Recife-PE

2019

A Deus, por tudo que sou.

## RESUMO

Com o desenvolver de medidas adotadas como forma de efetivação do plano de recuperação judicial, o sistema jurídico pátrio adotou uma sistemática originada no direito norte-americano, baseada na unificação de ativos e passivos de pessoas jurídicas distintas componentes de um mesmo grupo econômico, conhecida como consolidação substancial. Tal medida não apenas enseja o litisconsórcio ativo na recuperação judicial, mas também o desenvolvimento de um plano recuperacional único, que compreenda a situação econômica de todas as sociedades que integram o grupo econômico em crise, bem como a composição de uma única lista de credores destas, de forma a objetivar a reestruturação do grupo como um todo, e não de cada sociedade individualmente. Acontece que não existe na legislação pátria previsão legal para a aplicação da consolidação substancial, tampouco dos requisitos necessários para tal, ainda que esta deva ser utilizada como exceção no que tange aos processos de recuperação, dada a complexidade e especificidade de tal medida, como se preceitua no ordenamento em que se originou a *substantive consolidation*. Em virtude do caráter excepcional da referida medida processual, para que o ordenamento jurídico brasileiro possa cumprir efetivamente a proposta da consolidação substancial, faz-se necessária a observância de requisitos autorizadores desta. O presente trabalho tem por objetivo a análise dos requisitos necessários para que se possa autorizar a aplicação da consolidação substancial nos processos de recuperação judicial, compreendendo o seu surgimento e as possíveis consequências da sua concessão ou negativa nas causas recuperacionais. Aliado a isso, busca-se entender a aplicação da consolidação como instrumento de efetivação de planos de recuperação de empresas e de uniformização e da estabilidade da jurisprudência, ainda divergente sobre o tema ora abordado.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial, litisconsórcio ativo, consolidação substancial, unificação de ativos e passivos, requisitos autorizadores.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I	
1. ORIGEM, CONCEITUAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL .....	8
1.1. O surgimento da consolidação substancial no direito norte-americano.....	8
1.2. O atual posicionamento adotado pelas cortes norte-americanas: <i>pre-petition</i> e <i>post-petition</i> .....	13
CAPÍTULO II	
2. O LITISCONSÓRCIO ATIVO EM RECUPERAÇÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
2.1. Consolidação processual x consolidação substancial.....	18
2.2. Breve análise do Projeto de Lei nº 10.220/2018 .....	25
2.3. Aplicação e análise do instituto da consolidação substancial na jurisprudência.....	29
CAPÍTULO III	
3. O DEVER DE OBSERVÂNCIA DE REQUISITOS OBJETIVOS AUTORIZADORES DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL .....	33
3.1. Confusão patrimonial. ....	33
3.2. Existência de garantias cruzadas. ....	35
3.3. Relação de controle e/ou dependência e atuação conjunta no mercado. ....	36
3.4. Identidade total ou parcial do quadro societário.....	37
CONCLUSÃO .....	40
REFERÊNCIAS .....	42

## INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, nos últimos anos, passou a adotar a consolidação substancial como medida de efetivação de planos de recuperação judicial de grupos econômicos em crise, medida esta incorporada do direito americano, precursor e de maior destaque no que se refere à matéria falimentar. O direito estadunidense sedimentou em seu ordenamento a *substantive consolidation* como forma de buscar satisfazer o interesse dos credores das empresas em crise, bem como manter estas em operação, primando pelo princípio da conservação da empresa.

É exatamente nesse contexto que surge a finalidade maior deste trabalho: analisar os critérios e requisitos a serem observados pelo magistrado, e comprovados pelas pessoas jurídicas que requeiram a recuperação judicial, que demonstrem a possibilidade de unificação de ativos e passivos. Essa medida deve ser adotada em último caso, de forma que de tal unificação decorra a melhor possibilidade de satisfação dos créditos consolidados em desfavor das empresas e de subsistência do grupo durante e após a efetivação da recuperação judicial.

Dessa forma, abordar-se-á a origem e formulação dos requisitos autorizadores da consolidação substancial no direito americano e as fases de análise destes, de forma a sedimentar as hipóteses de concessão de tal medida, estabelecendo para o direito brasileiro os critérios objetivos que a possibilitem, em face da crescente aplicação de tal instituto sem que haja entendimento consolidado acerca destes.

Deve-se demonstrar, especificamente, quais os requisitos objetivos autorizadores da consolidação substancial, estabelecendo o nexo causal que determine a necessidade de sua caracterização para que seja possível a adoção do referido instituto.

Mostra-se relevante analisar, ainda, as distinções de efeitos e dos trâmites entre a consolidação substancial e a mera consolidação processual. Esse último não infere a unificação patrimonial das empresas componentes do grupo econômico, mas apenas o processamento da recuperação judicial em um único feito. Bem como analisar a forma com que a consolidação substancial vem sendo aplicada no direito pátrio.

Tratar-se-á, também, do Projeto de Lei nº. 10.220/2018, que tramita na Câmara dos Deputados e que prevê expressamente a aplicação da consolidação

substancial, estabelecendo a viabilidade da proposta legislativa e a compatibilidade com o que vem se estabelecendo em matéria de litisconsórcio ativo na recuperação judicial.

Por fim, após o estudo dos requisitos autorizadores da consolidação substancial, demonstrar-se-ão as consequências de sua aplicação aos casos de recuperação judicial, superando o que tem se observado na jurisprudência pátria, objetivando-se dissipar as dúvidas e as incertezas que permeiam a sua aplicação.

## CAPÍTULO I

### 1. ORIGEM, CONCEITUAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

#### 1.1. O surgimento da consolidação substancial no direito norte-americano.

O instituto jurídico da consolidação substancial tem sua origem no direito norte-americano, a partir da tentativa de combate a condutas de fraude a credores ou abuso da personalidade jurídica. O *leading case* que marcou a gênese da adoção da referida medida judicial tem decisão final datada do ano de 1941, trata-se do caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*<sup>1</sup>. Neste, um administrador chamado Downey, encontrando-se em situação de insolvência, ajuizou um pedido de falência em seu nome no ano de 1938. Após este ajuizamento, Downey constituiu uma sociedade junto à sua mulher e seu filho, transferindo para esta pessoa jurídica o seu patrimônio pessoal, visando não comprometê-lo no processo falimentar, uma vez que a companhia não teria o patrimônio atingido no trâmite do pedido de falência.

Apesar da nova sociedade formada não se encontrar em situação de crise, um de seus credores, tendo conhecimento do propósito fraudulento da empresa, requereu junto a credores pessoais de Downey no processo de falência a execução daquela. A Suprema Corte dos Estados Unidos, constatando a tentativa de Downey de fraudar seus credores com a transferência do patrimônio possivelmente atingível no processo de falência, decidiu por consolidar o patrimônio de Downey e da nova sociedade por este criada, estabelecendo que os credores do administrador e da sociedade seriam unificados, negando uma possível prioridade ao credor da companhia, como este havia requerido. Assim, a partir de *Sampsell*, observa-se origem a doutrina da consolidação substancial.

Tal medida passou a ser amplamente utilizada pelo direito americano, havendo diversos registros de sua aplicação. Contudo, mesmo demonstrada a efetividade judicial do referido instituto processual, os tribunais estadunidenses se mantiveram relutantes em aplicá-lo em casos que não restasse configurada fraude ou

---

<sup>1</sup> ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corporation*, 313 U.S. 215, 28 abr. 1941. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/313/215/>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

abuso da personalidade jurídica, os quais deveriam nortear, de acordo com os precedentes estabelecidos, a aplicação da *substantive consolidation*.<sup>2</sup>

A aplicação da consolidação substancial nos Estados Unidos sofreu marcante alteração na década de 1960, tendo como marco o caso *Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel*<sup>3</sup>. Neste, oito empresas que realizavam fretes e entregas se tornaram devedoras em diversas relações obrigacionais. Todas aquelas eram controladas por um mesmo administrador, sendo operadas como uma única empresa por este, sem a devida observância às formalidades corporativas, apesar da aparente separação daquelas no mercado. Neste caso foi determinada a consolidação substancial com base na obscuridade da interconexão das empresas que compunham o grupo.

Em *Kheel*, foi assentado que os gastos econômicos e de tempo necessários para desobstruir os livros das sociedades empresárias eram tão consideráveis quanto para a realização do levantamento unificado dos ativos destas em favorecimento dos credores. Frisou-se, em sede de decisão, que a consolidação baseada na “obscuridade” da interconexão empresarial apenas deveria ser tida como último recurso. Dessa forma, priorizou-se a tentativa de se alcançar a maior aproximação possível das relações creditícias estabelecidas, preservando, especialmente, os credores que não tinham conhecimento da forma como as relações entre as empresas do grupo estavam sendo conduzidas.

Percebeu-se, portanto, uma aplicação diversa da que estava estabelecida na jurisprudência americana desde *Sampson*. A concessão da consolidação substancial não mais dependia da comprovação de uma tentativa de fraude contra os credores ou abuso da personalidade jurídica. Passou-se a tomar um caráter mais relevante a efetiva confusão patrimonial, de forma que a individualização do balanço das empresas membros do grupo econômico demandaria uma quantidade de recursos e de tempo semelhante ou superior à formulação de uma lista única, que englobasse os ativos e passivos de todas aquelas.

---

<sup>2</sup> GRAULICH, Timothy E. Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend. **American Bankruptcy Institute Law Review**, Nova Iorque, v. 14:527, p. 540-541, jan. 2006.

<sup>3</sup> ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEGUNDO CIRCUITO. *Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel*, 369 F.2d 845, 02 dez. 1966. Disponível em: <<https://casetext.com/case/chemical-bank-new-york-trust-company-v-kheel>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

Tal direcionamento das cortes se consolidou de forma que no caso *Flora Mir Candy Corporation v. R.S. Dickson & Company*<sup>4</sup> a mesma corte de apelação que havia julgado *Kheel* registrou que para a aplicação da consolidação substancial, os devedores deveriam estar incapazes de “desembaralhar” seus ativos e passivos, contudo, bastava a objeção de um credor que acreditava firmar negócio com entidade individualizada para que fosse negada a consolidação. Demonstrava-se, assim, a especialidade e a excepcionalidade da adoção da consolidação substancial.

A mesma Corte de Apelação que havia estabelecido os precedentes *Kheel* e *Flora Mir Candy* acabou por formular e sintetizar um teste, de duas etapas, hábil a definir a possibilidade ou não da aplicação da consolidação substancial aos futuros casos analisados por aquele órgão. Tal exame restou alicerçado a partir do caso *Union Saving Bank v. Augie/Restivo Banking Co.*<sup>5</sup>, que definiu como fatores determinantes para a aplicação da consolidação: i) o fato de os credores terem negociado com diferentes companhias acreditando se tratarem de um único ente econômico, sem terem contado com as diferentes personalidades jurídicas ao estabelecer a relação creditícia; e ii) o fato dos negócios e das atividades desenvolvidas pelas companhias devedoras caracterizarem tamanha confusão que a consolidação se tornaria uma medida benéfica para todos os credores.

Cumprir pontuar que o segundo fator apenas corresponderia aos casos em que houvesse a efetiva confusão dos ativos das empresas, bem como dos negócios realizados, sendo a consolidação determinada após a constatação que a totalidade dos credores seria beneficiada a partir desta, ou quando fosse impossível ou demasiadamente oneroso o levantamento dos ativos de forma destrinchada de cada empresa que compunha o grupo.

Nesse sentido, constatou-se a adoção do referido teste por outras cortes americanas, estabelecendo um entendimento assente acerca da possibilidade de aplicação da consolidação substancial:

---

<sup>4</sup> ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEGUNDO CIRCUITO. *Flora Mir Candy Corporation v. R.S. Dickson & Company*, 432 F.2d 1060, 28 out. 1970. Disponível em: <<https://openjurist.org/432/f2d/1060/flora-mir-candy-corporation-flora-mir-candy-corporation-v-r-s-dickson>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

<sup>5</sup> ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEGUNDO CIRCUITO. *Union Saving Bank v. Augie/Restivo Banking Co.*, 860 F.2d 515, 24 out. 1988. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/860/515/465764/>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

Em consideração ao primeiro fator do *Augie/Restivo*, isto é, se os credores negociaram com as entidades como um único grupo ou contando com a separação dos ativos e passivos na concessão de crédito, muitas cortes adotaram o teste de *Augie/Restivo* ou utilizaram uma exigência similar e recusaram a consolidar substancialmente se os credores contaram com a separação legal de um dos devedores na concessão de crédito.<sup>6</sup> (tradução nossa)

De igual forma, pontua-se que para a superação do referido teste e o afastamento da consolidação pelo credor, bastaria a comprovação de que não negociou-se com as companhias como se um único ente fossem, também, crendo na separação de identidades nas operações de crédito realizadas.<sup>7</sup>

Percebe-se, portanto, que a formulação do teste de *Augie/Restivo* se deu a partir da preocupação que o credor que proporia a consolidação realmente teria sido levado a crer que diversas companhias eram apenas uma, negociando com diversas pessoas jurídicas ao passo que cria se tratar de uma única sociedade empresária.

A aplicação do teste, contudo, não se deu de forma unitária no território americano. Mesmo tendo a aderência de diversas cortes, algumas optaram por não adotá-lo, aplicando outras variações de testes estabelecidos a partir da jurisprudência. Destacou-se a utilização do teste consolidado no caso *Auto-Train*<sup>8</sup>, no qual se estabeleceu a possibilidade da concessão da consolidação substancial a partir de um padrão mais “relaxado”<sup>9</sup>. Neste, a Corte de Apelação do Distrito de Columbia estabeleceu um teste de “balanceamento” para decidir se poderia ser concedida a consolidação substancial, a partir da avaliação dos benefícios obtidos com a consolidação em detrimento dos prejuízos inerentes ao referido instituto. As cortes, desta forma, deveriam determinar se os benefícios gerais da aplicação da consolidação substancial prevaleceriam sobre os possíveis danos inerentes à aplicação desta.

---

<sup>6</sup> KRAVITT, Jason H.P. **Securitization of Financial Assets**, Third Edition. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2019, p. 153. Original: “With regard to the first *Augie/Restivo* factor, i.e., whether creditors dealt with the entities as a combined group or relied on one or more entities’ separate assets and liabilities in extending credit, many courts have adopted *Augie/Restivo* or used a similar requirement and refused to substantively consolidate if creditors relied on the separate legal existence of one of the debtors in extending credit.”

<sup>7</sup> ARNHOLZ, John; GAINOR, Edward E. **Offerings of Asset-Backed Securities**, Second Edition. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014, pp. 75-76.

<sup>8</sup> ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, CIRCUITO DO DISTRITO DE COLUMBIA. *Auto-Train Corporation, Inc.*, 810 F.2d 270, 30 jan. 1987. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/810/270/356183/>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

<sup>9</sup> GRAULICH, Timothy E. *Ob. Cit.*, p. 546.

O teste de *Auto-Train* tomou destaque por permitir a aplicação da consolidação substancial a partir de uma definição menos restritiva da “identidade substancial”<sup>10</sup>, distanciando-se, portanto, da restrição comumente observada à aplicação da consolidação apenas aos casos de tentativa de fraude ou de abuso da personalidade jurídica. Levou-se, assim, como o principal critério a prevalência dos benefícios obtidos com a aplicação do mencionado instituto em relação aos possíveis prejuízos deste.

O teste de balanceamento estabelecido em *Auto-Train*, apesar de não ter sido unânime ou sequer prevalente nas cortes americanas, teve notável relevância por ter possibilitado a concessão da consolidação substancial a partir de padrões menos restritivos. Tal fato corroborou com o desenvolvimento da chamada tendência moderna. Esta tendência teve como *leading case* o *Vecco Construction Industries, Inc. v. Century Construction Company of Washington*<sup>11</sup>. Neste, a companhia em crise formulou o pedido de “recuperação judicial”<sup>12</sup>, e, logo após, suas quatro subsidiárias também adotaram, individualmente, tal medida. As sociedades, então, pugnaram pela concessão da consolidação substancial como forma de desenvolver e implementar um efetivo plano de acordos.

Em *Vecco*, apesar da companhia poder preencher os requisitos para a concessão da consolidação substancial sob padrões mais restritivos, a corte julgadora anunciou a criação de uma nova tendência “liberal”, que favoreceu a consolidação, tendo em vista que esta estava paulatinamente sendo utilizada como mecanismo para lidar com as corporações multi-interligadas a partir do escopo de reestruturação das empresas previsto no Código de Falência americano.

A tendência liberal se desenvolveu, destarte, a partir da observância de diversos fatores fáticos, não previstos ou taxados por lei, que os juízes poderiam observar para que fosse possível a consolidação. Tais fatores não se apresentavam como cumulativos ou até padronizados pelas cortes americanas, variando de caso a caso. Dentre os fatores observados para a avaliação da possibilidade de concessão da consolidação substancial destacavam-se: a presença/ausência de demonstrativos

---

<sup>10</sup> GRAULICH, Timothy E. Ob. Cit., p. 546.

<sup>11</sup> ESTADOS UNIDOS. CORTE DE FALÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS, DO DISTRITO ORIENTAL DA VIRGÍNIA. *Vecco Construction Industries, Inc. v. Century Construction Company of Washington*, 30 B.R. 945, 21 jun. 1983. Disponível em: <<https://cite.case.law/br/30/945/>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>12</sup> O procedimento de recuperação judicial não é assim denominado nos Estados Unidos. O que se tem é o pedido de falência com fins de reorganização, baseado no capítulo 11 do *Bankruptcy Code*.

financeiros unificados (consolidados) entre as sociedades “parentes”; a identidade de atuação de mercado e da composição societária das companhias; a existência de garantias cruzadas entre as “recuperandas”; a dificuldade de distinção dos ativos e passivos das companhias; a transferência de ativos entre as sociedades sem a devida observância dos requisitos formais exigidos; a confusão de funções dos ativos e dos negócios celebrados pelas sociedades; a possível lucratividade da consolidação substancial; o fato de uma das integrantes do grupo deter a maior parte das ações das demais; a identidade de diretores e altos executivos; a subcapitalização de subsidiárias; os negócios exclusivos de subsidiárias com a matriz; a ignorância dos requerimentos legais para atuação independente de subsidiárias; a existência de um único sistema integrado de controle do capital; a utilização de um nome comum pela matriz e subsidiárias; e a habitualidade da utilização de transações entre as empresas “parentes”.

Contudo, a tendência liberal não apenas deixou de fixar critérios objetivos para possibilitar a consolidação substancial. Em bem de verdade, ainda se prendeu à avaliação, por muitas vezes, de condutas empresariais comuns à rotina corporativa, principalmente no tocante aos grupos societários, que, em muitas ocasiões, se utilizam de manobras para otimizar transações, alocações ou até o controle societário. Essa avaliação subjetiva de critérios, portanto, não se mostrou como a forma mais apta a estabelecer com precisão a necessidade de concessão da consolidação substancial.

Destaca-se, ainda, que foram identificadas inconsistências e contradições entre as atuações de cortes que seguiram a tendência liberal. A sobreposição de relevância entre alguns dos fatores anteriormente mencionados acabaram por criar uma série de decisões incompatíveis e divergentes pelo território americano, haja vista a preferência de determinadas cortes pela avaliação de alguns dos fatores e suas características em detrimento de outros, muitas vezes considerados mais relevantes por outros tribunais. A utilização da tendência liberal, portanto, evidenciou um caráter mais arbitrário e impreciso em relação à consolidação substancial.

Mesmo subsistindo a ausência de expressa previsão da consolidação substancial nos casos de configuração de grupos econômicos no Código de Falência americano, esta medida, cuja aplicação antecede o referido código, sobreviveu à promulgação deste, ocorrida em 1978, se mostrando um instrumento hábil a conferir maior efetividade às reestruturações de empresas conjuntas e às quitações dos débitos que culminaram com a situação de crise daquelas.

## 1.2. O atual posicionamento adotado pelas cortes norte-americanas: *pre-petition* e *post-petition*.

A utilização da tendência liberal, em virtude da prevalência de omissão legal acerca da consolidação substancial, perdura no território americano, todavia, a sua utilização passou a ser mais precisa e limitada com os anos, criando-se nas cortes norte-americanas critérios mais apurados para a avaliação da possibilidade de concessão da referida medida e dos riscos que se pretende atenuar com a mesma.

(...) cortes de apelação têm limitado a discricionariedade das cortes de falência em determinar quando haverá a concessão da consolidação substancial. Enquanto a doutrina inicia a abordagem como uma averiguação funcional, a partir de uma lista de controle de requisitos, as cortes de apelação têm estreitado o foco da averiguação para quais interesses específicos serão atendidos.<sup>13</sup> (tradução nossa)

Nesse sentido, ainda que a averiguação de requisitos não siga um exposto direcionamento legal, levando em conta diversos fatores e estabelecendo regras de caráter exclusivo ao caso concreto, direcionando ao entendimento que a amplitude de critérios adotáveis possa facilitar a concessão da consolidação substancial, a realidade é outra. Percebe-se, em bem de verdade, que as cortes têm limitado a natureza dos prejuízos que a consolidação está apta a minimizar.

Os casos mais restritivos, que ensejaram a limitação da aplicação da consolidação, apontam para a necessidade de observação dos prejuízos ou riscos *pre-petition*, ou seja, aqueles inerentemente anteriores ao pedido de reestruturação, correspondendo apenas ao erro do credor, que firmou negócios acreditando se tratar de uma única empresa, e *post-petition*, que corresponderia exclusivamente ao entranhamento dos ativos e passivos das companhias do grupo, o que demandaria um extremo e dispendioso trabalho para que fossem fixados todos os débitos e credores daquelas, separadamente. A patente necessidade de simplificação da lista de credores, portanto, seria o fato posterior ao pedido de “recuperação” a ser observado.

---

<sup>13</sup> BRASHER, Andrew. **Substantive Consolidation: A Critical Examination**. Não publicado. P. 12. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/corp\\_gov/papers/Brudney2006\\_Brasher.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2019. Original: “(...) appellate courts have been tightening the discretion of bankruptcy courts to determine when to order substantive consolidation. While the doctrine began as a functional inquiry with a checklist approach, the appellate courts have narrowed the focus of the inquiry to whether specific interests are served.”

Tanto a doutrina quanto as cortes americanas optaram por equilibrar a tendência liberal e a restrição da aplicação da consolidação substancial. Desta forma, preza-se, atualmente, pela efetivação dos princípios norteadores do processo de reestruturação da empresa (“recuperação judicial”), de forma a não sobrepor o direito dos credores de terem seus créditos satisfeitos, bem como de evitar a hipertrofia da preservação da empresa, o que macularia a posição dos credores no processo de reestruturação.

Desta feita, cumpre salientar que os critérios anteriormente considerados pela tendência liberal não foram deixados de lado, mas sua valoração passou a ser mais estrita, de forma que a consolidação substancial se tornou, como hoje se configura, uma medida excepcional, ainda que em casos de caracterização de grupos econômicos, apenas sendo percebida em hipóteses que os critérios *pre-petition* e *post-petition* se afiguram, conjuntamente, como aptos a cumprir a função de satisfação dos créditos e preservar a atividade empresarial, sem que haja o comprometimento acentuado de qualquer das partes do processo.

Tem-se, portanto, que, ainda que não haja a taxação, no direito americano, dos requisitos necessários para a concessão da consolidação substancial, o trabalho das cortes demonstra o compromisso na valoração de determinados fatores específicos configurados antes e após o pedido de “recuperação judicial”. Dessa forma, garante-se uma maior segurança jurídica quanto à aplicação do referido instituto, bem como fazendo com que este seja adotado apenas quando reste evidente o equilíbrio dos danos e prejuízos inerentes ao procedimento de reestruturação e os possíveis benefícios obtidos com a sua aplicação. Não desconsidera-se, por conseguinte, o interesse específico das partes conflitantes e a possível solução do procedimento sem oneração exagerada de qualquer uma destas.

## **CAPÍTULO II**

### **2. O LITISCONSÓRCIO ATIVO EM RECUPERAÇÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO.**

Embora não haja expressa previsão legal na Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei nº. 11.101/05), o litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial vem sendo aceito pela jurisprudência pátria, a partir da consolidação de grupos econômicos que ingressem com um pedido conjunto de recuperação judicial. A aceitação de mais de uma pessoa jurídica compondo o polo ativo de um processo recuperacional tem seu fundamento a partir da análise conjunta da LRF e da previsão do Código de Processo Civil, haja vista que este último deve ser observado quando faltar previsão na lei especial, nos casos em que não houver incompatibilidade.

Assim estabelece a Lei nº. 11.101/05:

Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

Salienta-se que, atualmente, a aplicação da lei processual não se dá com fundamento na Lei nº. 5.869/73, mas sim na Lei nº. 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), atual código de ritos vigente. Neste, se prevê a possibilidade do litisconsórcio ativo, nos seguintes termos:

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.

Atentando-se para o que prevê a legislação processual civil, portanto, observa-se que a legitimidade ativa para requerer recuperação judicial, em função da comunhão de direitos e obrigações, da conexão pelo pedido e causa de pedir e da afinidade por questões fáticas e de direito, pode ensejar o pedido em conjunto da recuperação. Não há óbices, assim, à possibilidade da consolidação integrar o direito brasileiro, sendo esta plenamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Corroborando com a possibilidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, tem-se fundamental lição de Joel Luis Thomaz Bastos:

Por literal disposição legal (LRF, art. 189) aplica-se aos processos de recuperação judicial, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC). E nem poderia ser diferente, na medida em que a lei especial não pode ter o condão de subverter a natureza dos institutos jurídicos. Ao contrário, como se viu, o Direito Falimentar se relaciona com os outros ramos do Direito, interagindo com eles e tomando emprestado ou utilizando o seus conceitos. Neste contexto, utilizando-se de conceitos de outros ramos do Direito, os tribunais têm admitido o litisconsórcio ativo em ações de recuperação judicial no caso de grupos econômicos, para abranger diversas empresas que comungam de direitos e obrigações em um só procedimento, inclusive algumas situadas fora do território nacional. Trata-se de consolidar processualmente a reestruturação financeira de várias empresas de um mesmo grupo em um único procedimento, o que se afigura altamente correto e de acordo com as melhores práticas jurídico-processuais.<sup>14</sup>

Estabelece-se, portanto, de forma indubitável a possibilidade de haver litisconsórcio ativo em processos de recuperação judicial no âmbito nacional.

Cumprido pontuar que a legitimidade para requerer o processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo é exclusiva das autoras, pois tal forma de processamento se caracteriza como litisconsórcio facultativo, uma vez que não há lei que estabeleça sua imprescindibilidade, tampouco há de se falar na dependência da eficácia da sentença em relação à citação de todos os litisconsortes, critérios exigidos no artigo 114 do CPC para o litisconsórcio necessário. Assim, se tratando de potestatividade das possíveis recuperandas, apenas estas podem requerer o processamento da recuperação em litisconsórcio ativo, não sendo qualquer credor parte legítima para requerer tal medida. Nesse sentido, leciona Paulo Penalva Santos:

Em adição, não há que se falar em atribuição aos credores da decisão de cabimento, ou não, do litisconsórcio. Trata-se de decisão do magistrado a ser tomada ante a análise dos pré-requisitos do art. 113 do Código de Processo Civil de 2015 e daqueles previstos no art. 48 da Lei 11.101/2005. Trata-se, assim, de decisão referente ao atendimento dos pressupostos processuais.<sup>15</sup>

Ademais, o processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo, ainda que não seja prontamente requerida a unificação de ativos e passivos das

---

<sup>14</sup> BASTOS, Joel Luis Thomaz. In: Luis Vasco Elias (Coord.) et al. 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestrutura empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 2012-2013. Apud: SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática.** – 4. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 459-460.

<sup>15</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Ob. Cit. P. 464.

recuperandas (ou seja, a mera consolidação processual, que será tratada adiante), deve ser requerido na petição inicial, já contendo a classificação e documentos necessários de cada uma das autoras. A unificação dos ativos e passivos (consolidação substancial), contudo, deve ser requerida no momento da apresentação do plano único de recuperação judicial. Corrobora com este entendimento a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Livraria Cultura, processo tombado sob o nº. 1110406-38.2018.8.26.0100<sup>16</sup>, que tramita perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, que assim estabeleceu:

Quanto ao pedido de consolidação substancial, deverá ser justificado pelas recuperandas na apresentação do plano de recuperação, e depois analisada tal justificativa pela Administradora Judicial, para posterior decisão judicial a respeito. Por ora está deferida apenas a consolidação processual.

No mesmo sentido, a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Abril, constante ao processo nº. 1084733-43.2018.8.26.0100, da mesma vara anteriormente citada:

Pelo exposto, defiro o processamento da recuperação judicial das sociedades mencionadas (...).

Isso não significa, porém, o deferimento automático da consolidação substancial, com a aglutinação dos ativos das devedoras para pagamento dos seus credores, a apresentação de um plano unitário e a votação do referido plano em única deliberação. Deverão as requerentes, na apresentação do plano de recuperação, na forma do art. 53, demonstrar a necessidade da consolidação substancial e os benefícios que esta medida poderá trazer, o que será objeto da análise do Administrador Judicial e poderá suscitar objeção por parte dos credores.<sup>17</sup>

Destaca-se que a possibilidade de consolidação na recuperação judicial está restrita a empresas que componham um mesmo grupo econômico, seja este de fato ou de direito. No Brasil, tem-se que os grupos econômicos de direito são aqueles que instrumentalizaram o mesmo, em documento apto a dar publicidade à existência e funcionamento do grupo. Por sua vez, os grupos caracterizados pela existência de controle exercido por uma única pessoa, seja esta física ou jurídica, e que não possuem

---

<sup>16</sup> BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Processo nº. 1110406-38.2018.8.26.0100. São Paulo, 25 out. 2018, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 25 out. 2018.

<sup>17</sup> BRASIL. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Processo nº. 1084733-43.2018.8.26.0100. São Paulo, 16 ago. 2018, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 16 ago. 2018.

registro ou instrumento que estabeleça a existência do grupo econômico, são chamados de grupos econômicos de fato, ou seja, aqueles que demandam uma observância fática do funcionamento de cada uma das companhias que o integrem para que se constate a existência do conjunto de sociedades funcionando sob um controle singular.

A exigência da caracterização de grupo econômico para que se possa aplicar a consolidação ao processo de recuperação judicial é tratada com precisão por Fábio Ulhoa Coelho:

A lei não cuida da hipótese, mas tem sido admitido o litisconsórcio ativo na recuperação, desde que as sociedades empresárias requerentes integrem o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, e atendam, obviamente, todas aos requisitos legais à medida judicial.

Mas, para aceitar o litisconsórcio ativo na recuperação requerida, o Poder Judiciário tem considerado indispensável a existência de grupo econômico entre as requerentes.<sup>18</sup>

A formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial visa, sobretudo, a superação da crise econômico-financeira do grupo econômico, sendo, em alguns casos, uma necessidade para a efetividade do plano (ou planos) recuperacional(is) das sociedades integrantes do grupo, haja vista que a preservação de uma empresa que possui responsabilidades interligadas com outras integrantes de um mesmo grupo econômico, depende, essencialmente, de como se dará o procedimento recuperacional daquelas.

Como se pode observar, a consolidação substancial não é a única forma adotada em direito para garantir o litisconsórcio ativo na recuperação judicial. Na realidade, a consolidação das recuperandas de forma a unificar os ativos e os passivos destas constitui a modalidade mais extrema e agressiva do litisconsórcio ativo, divergindo, portanto, da também utilizada consolidação processual, medida menos complexa e que constitui importante instrumento de litisconsórcio.

Desta forma, impende diferenciar as duas citadas formas de consolidação, de forma a demonstrar suas distinções práticas nos processos de recuperação judicial.

## **2.1. Consolidação processual x consolidação substancial.**

---

<sup>18</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 13. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 177.

A consolidação processual se caracteriza pela mera possibilidade de sociedades ingressarem conjuntamente com um pedido único de recuperação judicial. Nesses casos, os procedimentos inerentes ao processo recuperacional ocorrem em uma única lide, contudo, há de se frisar que tal forma de processamento não infere a unificação dos ativos e dos passivos das companhias que formam o grupo econômico. Tal tipo de consolidação é apenas adotado como forma de reunir em um único feito as recuperações judiciais de cada uma das litisconsortes ativas, de forma a dar maior celeridade e organização à gestão recuperacional das companhias.

Isto posto, tem-se que a consolidação processual marca o processamento de diversos procedimentos de recuperação judicial em apenas uma lide. Desta forma, observa-se a existência, para cada uma das litisconsortes, individualmente, de todas as fases da recuperação judicial, destacando-se quanto ao pedido de recuperação, as exposições de causas individuais da situação de crise financeira de cada sociedade empresária, os diversos demonstrativos contábeis, a relação individualizada de credores de cada companhia, e todos os demais requisitos previstos no art. 51 da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Em suma, a consolidação processual exige um plano de recuperação individual de cada empresa, tendo estes tramites particulares, seguindo cada um as fases inerentes ao processo recuperacional.

Nesse sentido, elucidativa a lição trazida pela 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento nº. 2222873-49.2018.8.26.0000<sup>19</sup>, que determinou o processamento da recuperação judicial do grupo Atacadão da Construção em consolidação processual:

Significa dizer que cada autora, caso deferido o pedido, terá um plano de recuperação específico, separado dos demais, seja porque são pessoas jurídicas com existência própria, embora integrem um mesmo grupo empresarial, seja porque, diante da autonomia da atividade exercida por cada uma, o risco contratado pelos seus credores deve receber tratamento distinto, que impõe, em última análise, a anuência da maioria dos seus respectivos credores.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2222873-49.2018.8.26.0000. Relator: Desembargador César Ciampolini. São Paulo, 20 fev. 2019, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 21 fev. 2019.

Em suma, a consolidação processual exige que a votação do plano, ainda que programada para ocorrer em assembleias convocadas para a mesma data, seja 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 quóruns previstos na LRJ, deliberarão sobre o plano. O resultado do conclave será, portanto, apurado com relação a cada uma das devedoras.

O litisconsórcio ativo sob a forma de consolidação processual também possui origem no direito falimentar estadunidense, bem como a consolidação substancial, conforme se observa no capítulo anterior. Naquele, esta modalidade de consolidação é denominada *procedural consolidation*, também chamada de *joint administration*, e é utilizada, precipuamente, visando a redução de custos do processo de reorganização das empresas em crise.

Além das vantagens de economia e simplificação processual observadas com a consolidação processual, o processamento das recuperações das integrantes de um grupo econômico em um único feito facilita a observância pelo magistrado da crise enfrentada pelo grupo econômico em toda sua complexidade, bem como confere aos procedimentos recuperacionais um tramite unificado, favorecendo o andamento conjunto dos planos de recuperação, bem como dos resultados obtidos a partir deste.

Evita-se, portanto, com a adoção da consolidação processual, o custeamento de diversas administrações das recuperações judiciais, bem como a incompatibilidade de decisões judiciais e o anacronismo de fases próprias da recuperação judicial das sociedades integrantes de um grupo econômico, como, por exemplo, a conclusão da recuperação de uma companhia enquanto outras, pertencentes ao mesmo grupo, ainda se encontram em fases anteriores.

De acordo com Sheila Cerezetti, a consolidação processual possibilita o alinhamento das mais diversas fases na caminhada processual da recuperação judicial das devedoras, podendo-se falar na atuação de apenas um administrador judicial, na conjunta de comitês de credores, na simplificação da apuração de créditos, na troca de informações facilitada para a compreensão da situação financeira das devedoras, e na adoção dos mesmos prazos processuais para os momentos próprios da recuperação, tais

como a apresentação dos planos de recuperação judicial e a realização das assembleias de credores.<sup>20</sup>

Destaca-se, novamente, que o deferimento da recuperação judicial em consolidação processual não acarreta, obrigatoriamente, a consolidação substancial. Esta última deve ser requerida apenas no momento de apresentação do plano recuperacional único. Tal entendimento restou registrado na 3ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, ocorrido em junho de 2019, a partir da aprovação do seguinte enunciado:

ENUNCIADO 98 – A admissão pelo juízo competente do processamento da recuperação judicial em consolidação processual (litisconsórcio ativo) não acarreta automática aceitação da consolidação substancial.<sup>21</sup>

A consolidação substancial, por sua vez, como anteriormente visto, caracteriza-se pela unificação dos ativos e passivos das sociedades empresárias, pertencentes a um mesmo grupo econômico, que requeiram recuperação judicial com a apresentação de um plano recuperacional único. Tal medida importa na utilização do patrimônio conjunto de todas as recuperandas para o pagamento dos credores destas, unificados em uma só lista. Desconsidera-se, portanto, a autonomia existencial das sociedades, em razão da execução de um plano de recuperação unificado.

Bem como a consolidação processual, por óbvio, a consolidação substancial não possui expressa previsão legal, contudo, a adoção do referido instituto vem sendo cada vez mais pacífica no judiciário brasileiro. Tem-se que a consolidação substancial não é impositiva quando há o deferimento do litisconsórcio ativo, mas sim uma possibilidade não vedada por lei e requerida a partir do momento da apresentação do plano de recuperação judicial único. Nesse sentido, a consolidação substancial é, obrigatoriamente, antecedida pela consolidação processual.

Acerca da possibilidade jurídica da consolidação substancial, tem-se notável lição de Fábio Ulhoa Coelho:

---

<sup>20</sup> CERZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 750-751.

<sup>21</sup> ENUNCIADOS DA III JORNADA DE DIREITO COMERCIAL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Crise da Empresa: Falência e Recuperação**. Brasília, 07 jun. 2019. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy\\_of\\_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf/view](https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf/view)>. Acesso em: 15 out. 2019.

E, aqui também, a solução mais adequada é reconhecer que o instituto da recuperação judicial é marcado pela flexibilidade. Para que possa atender às mais variadas situações da dinâmica realidade econômica contemporânea e possibilitar a superação de crises empresariais que inexoravelmente apresentam singularidades e especificidades, a recuperação judicial não pode ser rígida.

Deste modo, como tem decidido o Poder Judiciário em diversas oportunidades, a consolidação do plano de recuperação judicial de recuperandas litisconsortes não pode ser, pura e simplesmente, descartada.<sup>22</sup>

Isto posto, bem como já frisado nas explicações acerca do litisconsórcio ativo, a consolidação substancial se apresenta como medida plenamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, sua crescente adoção pelos tribunais se mostra em conformidade com os propósitos da recuperação judicial, quais sejam “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”<sup>23</sup>

Paulo Penalva Santos destaca, ainda, que há vários casos de grupos econômicos que apresentaram planos consolidados, a exemplo do Grupo OAS (Recuperação Judicial nº. 1030812-77.2015.8.26.0100), Grupo Inepar (Recuperação Judicial nº. 1010111-27.2014.8.26.0037), Grupo Eneva (Recuperação Judicial nº. 0474961-48.2014.8.19.0001) e Grupo Rede Energia (Recuperação Judicial nº. 0067341-20.2012.8.26.0100).<sup>24</sup>

Quanto ao processamento do plano de recuperação judicial em consolidação substancial cabe atentar que, anteriormente à apresentação do plano de recuperação, o juízo de legalidade acerca do litisconsórcio ativo já havia sido realizado. Assim, se há a apresentação de um plano de recuperação judicial único é porque anteriormente já houve o deferimento do litisconsórcio ativo, perfazendo, até então, uma mera consolidação processual. Para que haja o efetivo processamento do plano de recuperação único, este deverá ser aceito pela assembleia geral de credores e homologado pelo juiz.

---

<sup>22</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Ob. Cit., p. 180.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. *Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em 15 out. 2019.

<sup>24</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Ob. Cit., p. 473.

A assembleia geral de credores pode, ainda, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelas devedoras, conforme estabelece a LRF.<sup>25</sup> Em caso de rejeição completa do plano, será decretada a falência de todas as devedoras, contudo, é lícita a determinação pela assembleia geral de modificação do plano para que este não seja único. Desta forma, é possível que, mesmo que se anseie pela consolidação substancial, esta seja negada pela assembleia geral de credores, determinando-se que as devedoras devem apresentar planos de recuperação separados, negando-se, portanto, a superação da autonomia patrimonial das recuperandas.

O efetivo processamento da recuperação judicial em consolidação substancial, portanto, depende da aceitação do plano único pela assembleia geral de credores, que realizará uma análise econômico-financeira acerca do plano de recuperação apresentado, diversamente do que ocorre na consolidação processual, que, conforme anteriormente exposto, independe da vontade de qualquer credor, devendo apenas satisfazer o juízo de legalidade realizado pelo magistrado.

Salienta-se, contudo, que mesmo com a aprovação do plano na assembleia geral de credores, este pode conter vícios legais capazes de invalidar o plano de recuperação judicial. Nesses casos, o juiz pode, a qualquer tempo, apontar os vícios de forma que a aceitação do plano após a análise econômico-financeira deste (realizada pela AGC), não possibilita por si só a sua execução. Para que esta seja possível é necessário que aquele, além de ser aprovado, não contenha vícios legais passíveis de invalidação.

Feitas estas considerações, parte-se à análise de quem teria competência para decidir a respeito da possibilidade de apresentação de plano único. A resposta para essa questão, como se demonstrou, depende do enquadramento da natureza desta decisão. Ao se tratar de um juízo de legalidade, esta decisão caberia ao juízo da recuperação judicial, ao passo que se tratando de uma decisão de conveniência e oportunidade acerca da aceitação de plano de recuperação judicial único, esta decisão caberia à Assembleia Geral de Credores.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> “Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I – na recuperação judicial: a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;” BRASIL. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. *Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em 15 out. 2019.

<sup>26</sup> SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. Ob. Cit., p. 474-475.

Conclui-se, assim, que a consolidação substancial é medida legítima no direito pátrio e diverge da mera consolidação processual quanto ao momento de requerimento, quanto à necessidade de aprovação pela assembleia geral de credores e quanto à superação da autonomia patrimonial das recuperandas.

A consolidação substancial se apresenta, portanto, como medida de exceção, visto que sua aprovação excede a análise puramente legal. A unificação de ativos e passivos de sociedades empresárias diversas constitui instituto jurídico de extrema agressividade e ampla repercussão. Sua aceitação acarreta considerável perigo à preservação das atividades desempenhadas pelas recuperandas, vez que o insucesso do plano único acarreta, obrigatoriamente, na falência de todo o grupo econômico e no não pagamento dos credores, que passam a depender do sucesso empresarial de todo um conjunto de pessoas jurídicas, quando na realidade aqueles, por muitas vezes, haviam créditos perante apenas uma daquelas.

O caráter de excepcionalidade da consolidação substancial, portanto, além da aceitação pelos credores, deve obedecer a requisitos básicos que apontem para uma possibilidade de insucesso mais atenuada. Não se pode prever que um plano de recuperação judicial vá ter sucesso ou vá falhar. Contudo, se tratando de medida de exceção, como a consolidação substancial se apresenta, não apenas no direito pátrio, faz-se válido, e necessário, estabelecer critérios que devam ser observados, por um juízo de legalidade, ou seja, pelo magistrado, para que os credores tenham, ao aceitar o processamento da recuperação judicial em consolidação substancial, uma maior probabilidade de satisfação de seus créditos, ou, pelo menos, uma menor probabilidade de insucesso.

## **2.2. Breve análise do Projeto de Lei nº. 10.220/2018.**

Tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 10.220/2018, que pretende alterar a Lei nº. 11.101/2005, atualizando a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Este projeto vem recebendo duras críticas quanto ao seu conteúdo, contudo, é relevante para o presente trabalho, por propor uma previsão expressa da consolidação substancial nos processos de recuperação judicial.

No que concerne à consolidação substancial, assim dispõe a referida proposta legislativa:

“Art. 69-M. O juiz determinará, de ofício, a consolidação substancial de ativos e passivos de agentes econômicos integrantes do mesmo grupo econômico que estejam ou não em recuperação judicial, quando constatar:

I - confusão entre ativos ou passivos dos devedores, modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou recursos; ou

II - envolvimento dos devedores em fraude que imponha consolidação substancial.

§ 1º O enquadramento em qualquer hipótese prevista no caput implicará, para todos os fins, a desconsideração da personalidade jurídica dos agentes econômicos envolvidos e a apuração de responsabilidade criminal.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo em relação a terceiro que não esteja na recuperação judicial sob consolidação processual observará o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto na Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, permitida a instauração de ofício pelo juiz e ressalvada a suspensão do processo.” (NR)

“Art. 69-N. Em decorrência da consolidação substancial, ativos e passivos de devedores serão tratados como se pertencessem a um agente econômico único.

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

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

§ 3º O disposto no caput se aplica, no que couber, aos parcelamentos previstos no art. 68.” (NR)

“Art. 69-O. Admitida a consolidação substancial, os devedores apresentarão plano unitário, o qual discriminará os meios de recuperação a serem empregados e será submetido a uma assembleia geral de credores à qual serão convocados os credores dos devedores.

§ 1º As regras sobre deliberação e homologação previstas nesta Lei serão aplicadas à assembleia geral de credores a que se refere o caput.

§ 2º A rejeição do plano unitário implica a convalidação da recuperação judicial em falência dos devedores sob consolidação substancial.” (NR)

Logo de pronto, vê-se que o referido Projeto de Lei já se mostra avançado, por prever não apenas o litisconsórcio ativo na recuperação judicial, mas, especificamente, por prever a consolidação substancial, mostrando um extremo caráter

de inovação e de pioneirismo legal, visto que tal instituto não é expressamente previsto sequer no direito norte-americano, no qual se originou.

Todavia, por mais que o caráter de inovação seja louvável, o conteúdo jurídico do PL 10.220/2018 carece de fundamentação jurídica. Em bem de verdade, as previsões neste contidas vão de encontro ao que vem se estabelecendo e desenvolvendo no direito pátrio, de forma que sua provável rejeição seria a medida mais acertada.

Primeiramente, percebe-se que o mencionado projeto confere ao juiz o completo poder de decisão acerca da concessão da consolidação substancial. Desta forma, há uma total ignorância do papel da assembleia geral de credores na aceitação/modificação do plano de recuperação judicial quanto ao caráter consolidado do plano. Salienta-se que a referida proposta mantém o atual artigo 35 da Lei de Recuperação Judicial e Falência, ou seja, mesmo prevendo a atribuição da AGC de deliberar sobre a modificação do plano de recuperação judicial, esta não teria tal atribuição em se tratando da consolidação substancial. Uma verdadeira contradição lógica.

Mesmo podendo aprovar ou rejeitar o plano único, a assembleia geral de credores, pela proposta, não teria a opção de escolher pela mera consolidação processual, após cumpridos os requisitos previstos em lei, o qual imporia a consolidação substancial por parte do juiz. Há uma hipertrofia da análise legal da consolidação em detrimento da análise de oportunidade e de conveniência desta.

Ademais, prevê o referido PL que o juiz determinará de ofício o processamento da recuperação judicial em consolidação substancial quando constatar: confusão entre ativos ou passivos das devedoras, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou recursos; ou envolvimento dos devedores em fraude que imponha consolidação substancial.

De pronto, já é perceptível que a consolidação substancial, para a proposta legislativa, também não é um direito potestativo das autoras. Essas, obrigatoriamente, terão que apresentar um plano único, mesmo contra sua vontade, se restar configurada a confusão patrimonial ou a tentativa de fraude contra credores. Portanto, observa-se que todo o poder de decisão acerca da consolidação substancial estaria nas mãos do juiz, que estaria obrigado a determinar a consolidação substancial independentemente da vontade

das recuperandas, dos credores e, principalmente, da viabilidade econômica de tal medida.

A proposta exclui fundamental etapa da recuperação judicial para os casos de consolidação substancial. Descarta-se a análise econômico-financeira realizada pela assembleia geral de credores. Ou seja, mesmo sendo um plano único inviável e prejudicial às partes, este seria de obrigatória apresentação quando se constatasse a confusão patrimonial, ou, não cumulativamente, a tentativa de fraude por parte do grupo econômico em crise. Não seria cabível, portanto, quando cumpridos qualquer um dos requisitos, o processamento da recuperação em consolidação processual, limitando a escolha dos credores que, muitas vezes, teriam que optar pela aceitação de um plano fadado ao fracasso ou a decretação da falência sem a tentativa de executar aquele, não sendo possível a apresentação de planos diversos pelas recuperandas.

Não é razoável, portanto, tal previsão, vez que afasta os princípios norteadores da recuperação judicial e confere à consolidação substancial aspecto meramente legalista, não compatível com as especificidades do caso apresentado, e, dificultando, ou até impossibilitando, o sucesso da recuperação judicial.

Ademais, quanto aos critérios estabelecidos para a obrigatoriedade de consolidação do patrimônio das recuperandas, estes também se mostram deveras imprecisos.

Já restou efetivamente demonstrado que a consolidação substancial deve ser adotada em caráter de excepcionalidade, por ser medida de extrema complexidade e que agrava as incertezas que pairam sobre a recuperação judicial. Os requisitos legalmente previstos não conferem o referido caráter, facilitando a necessidade de configuração da unificação de ativos e passivos. Na realidade, além de não serem critérios precisos e de difícil configuração, percebe-se que são critérios historicamente atrasados. Explica-se.

A confusão patrimonial e a tentativa de fraude contra credores eram utilizados no nascimento da teoria da consolidação substancial. O capítulo anterior do presente trabalho aponta que tais critérios, por si só, ou seja, sem a necessidade de observância de outros, foram estabelecidos ainda nos primeiros casos de consolidação substancial nos Estados Unidos. *Sampsell* (quanto à fraude) e *Kheel* (quanto à confusão patrimonial) marcam a utilização e a observância destes. Contudo, tais requisitos já

foram há muito superados, exigindo-se a concorrência de outros diversos para que se possa adotar a consolidação substancial.

Assim, os requisitos elencados no Projeto de Lei nº. 10.220/2018 se mostram incompatíveis com a atual projeção da consolidação substancial, bem como diverge do que estabelece a doutrina e a jurisprudência pátria. Não seria acertada, portanto, a aceitação do Projeto de Lei nº. 10.220/2018, que, como demonstrado, não abarca de forma correta a matéria da consolidação substancial, se mostrando em desarmonia com o que está sendo construído nesse mister no direito nacional.

### **2.3. Aplicação e análise do instituto da consolidação substancial na jurisprudência.**

Com a atual conjuntura das organizações empresariais, no que se refere às formas de organização societária, percebe-se que emerge como principal modalidade das grandes companhias, as empresas plurissocietárias. Tem-se, assim, que o desenvolvimento de atividades de ampla repercussão econômica é realizado, em sua maioria, por grupos de sociedades organizados de forma a otimizar a atividade empresarial desempenhada.

Tal forma de organização tem repercussão, por óbvio, no direito falimentar, haja vista que até as mais imponentes empresas podem sofrer com crises econômico-financeiras, recorrendo, muitas vezes, a procedimentos judiciais de reestruturação e reorganização, chamada no Brasil de recuperação judicial. Nesse ínterim, percebe-se que a crise não atinge apenas uma das sociedades do grupo, reconhecendo-se a facilidade de ocorrência do “efeito dominó” quando a crise atinge um grupo econômico.

“Não por outro motivo, torna-se corriqueira a busca pela solução da crise por meio de processo judicial com número múltiplo de autoras.”<sup>27</sup>

A análise estatística da aplicação da consolidação substancial no direito brasileiro teve principal marco a partir do artigo “A silenciosa ‘consolidação’ da consolidação substancial”, de coautoria de Sheila Cerezetti e Francisco Satiro. Neste artigo, registrou-se importantes aspectos acerca das peculiaridades fáticas da consolidação substancial, alguns dos quais se destacam no presente trabalho. Os estudos daquele foram realizados nas duas varas especializadas de falências e recuperação

---

<sup>27</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. A silenciosa "consolidação" da consolidação substancial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 36, n. 131, 2016, p. 216.

judicial da comarca de São Paulo, observando processos ajuizados entre setembro de 2013 e outubro de 2015.

Quanto à quantidade de processos em que se requereu a recuperação judicial em litisconsórcio ativo, foram 41 (quarenta e um) ao total, dos quais 32 (trinta e dois) tiveram o processamento deferido.<sup>28</sup> Nos fundamentos para requerer o processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo, destacam-se as alegações de relação de controle entre as sociedades (47,5% dos casos), vínculo nas atividades desempenhadas (47,5% dos casos), credores em comum (32,5% dos casos), caixa comum ou ligação entre ativo e passivo das recuperandas (27,5% dos casos) e exercício da atividade sob a mesma unidade gerencial, laboral e patrimonial (27,5% dos casos).<sup>29</sup>

Importante aspecto diz respeito à quantidade reduzida de processos em que se diferenciou, àquele tempo, a consolidação processual da consolidação substancial: apenas em 04 (quatro) ocorrências.<sup>30</sup> Desde logo, já se percebe um grande avanço em relação à matéria do litisconsórcio ativo. Enquanto nos anos de 2013 a 2015 a diferenciação das modalidades de litisconsórcio não era bem estabelecida pelos juízos especializados, hoje, já se percebe a preocupação de diferenciar os tipos de consolidação, diferenciando-se, inclusive, os momentos certos para o requerimento de cada uma, como já restou demonstrado no presente trabalho.

A evolução no entendimento e esclarecimento acerca das modalidades de configuração do litisconsórcio ativo na recuperação judicial aprimorou nos últimos anos o entendimento jurisprudencial acerca daquelas. Nesse sentido, não apenas os juízos processantes das recuperações judiciais passaram a estabelecer as diferenças entre as formas de consolidação, mas também os grupos econômicos passaram a ter melhor compreensão das distinções e, inclusive, dos momentos processuais para requerimento de cada uma daquelas. Destaco o pedido de recuperação judicial ajuizado pelo Grupo Odebrecht, que tramita perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo (Processo nº. 1057756-77.2019.8.26.0100). Consta à exordial:

59. Diante da forte sinergia existente entre as Requerentes, não causa surpresa o fato de que a crise financeira deflagrada exige uma solução global e simultânea. Por essa razão, é indiscutível que o processamento do presente pedido de recuperação judicial em relação a todas as Requerentes, em

<sup>28</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Ob. Cit., p. 217.

<sup>29</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Ob. Cit., p. 219.

<sup>30</sup> CEREZETTI, Sheila Christina Neder; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Ob. Cit., p. 220.

litisconsórcio ativo, é medida essencial para assegurar a recuperação das Requerentes e, portanto, de todo o Grupo.

60. Vale esclarecer que, neste momento, requer-se tão somente o processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo, a chamada consolidação processual. A eventual avaliação de consolidação substancial deverá ser trazida, se for o caso, no momento processual adequado, qual seja, quando apresentado o plano de recuperação judicial. Essa observação está em linha com a orientação dos MM. Juízos das Varas de Recuperações Judiciais e Falências da Comarca da Cidade de São Paulo. A título ilustrativo, são nesse sentido as decisões de deferimento das recuperações judiciais dos Grupo Livraria Cultura, Abril, Avianca, BR Pharma, Dolly, Handbook e Libra, dentre outros.

Assim, percebe-se que já resta pacificada a diferenciação entre as modalidades de litisconsórcio ativo e suas implicações nos processos de recuperação judicial, tanto para as partes, quanto para as cortes especializadas.

Quanto aos requisitos objetivos observados pelas cortes para a concessão da consolidação substancial, estes ainda restam difusos e não sedimentados. A falta de taxatividade legal acerca do tema e as múltiplas justificativas adotadas pelas recuperandas para requerer a unificação patrimonial ainda permeiam de incerteza os critérios adotados pelas cortes em geral.

Uma decisão, contudo, proveniente da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, proferida pelo juiz Daniel Carnio Costa, tomou considerável relevância ao se debruçar sobre o tema e firmar requisitos objetivos específicos para os casos da consolidação substancial. Trata-se de decisão proferida na Recuperação Judicial nº. 1041383-05.2018.8.26.0100<sup>31</sup>, cujas requerentes eram as sociedades integrantes do Grupo Urbplan.

Neste caso, firmou-se que, em contrapartida à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista legalmente nos arts. 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor, e que permite ao credor atingir o patrimônio de pessoa diversa da principal executada, a devedora, que tem reconhecida a confusão patrimonial com outra empresa do grupo, terá o direito de requerer perante os credores a consolidação substancial. Tratar-se-ia de duas facetas da mesma moeda.

---

<sup>31</sup> BRASIL. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Processo nº. 1041383-05.2018.8.26.0100. São Paulo, 12 jul. 2018, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 12 jul. 2018.

Como requisitos objetivos necessários para que fosse possível a concessão da consolidação substancial, aquele juízo firmou:

Esse juízo já fixou os requisitos objetivos exigidos para a excepcional autorização da consolidação substancial (...), quais sejam:

- a) interconexão das empresas do grupo econômico;
- b) existência de garantias cruzadas entre as empresas do grupo econômico;
- c) confusão de patrimônio e de responsabilidade entre as empresas do grupo econômico;
- d) atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico no mercado;
- e) existência de coincidência de diretores;
- f) existência de coincidência de composição societária;
- g) relação de controle e/ou dependência entre as empresas integrantes do grupo econômico;
- h) existência de desvio de ativos através de empresas integrantes do grupo econômico.

Além desses critérios, a referida decisão frisou que ainda seria necessário comprovar que os benefícios sociais e econômicos da recuperação judicial processada em consolidação substancial, decorrentes da preservação da atividade empresarial e prevalentes sobre os meros interesses das partes, justificam a sua aplicação.

A referida decisão não elenca requisitos adotados unanimemente no direito pátrio acerca da consolidação substancial, contudo, por se tratar de decisão prolatada por um juízo específico da matéria concursal, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que é o tribunal de maior relevância em matéria de direito comercial e que costuma firmar entendimentos adotados pelas demais cortes nacionais, tomou grande destaque. Inovou ao estabelecer abstratamente requisitos específicos para que fosse possível a concessão da consolidação substancial, e realizando uma análise destes aplicados ao caso concreto, repise-se, ao Grupo Urbplan.

Nessa toada, reconhecendo-se o pioneirismo da decisão do juiz Daniel Carnio Costa, e tomando como base os critérios por este estabelecidos, cabe analisá-los, de forma a firmar quais dos requisitos devem ser essenciais para a possibilidade de concessão da consolidação substancial, tendo em vista a realidade empresarial percebida no Brasil.

## **CAPÍTULO III**

### **3. O DEVER DE OBSERVÂNCIA DE REQUISITOS OBJETIVOS AUTORIZADORES DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL.**

A consolidação substancial vem se mostrando interessante alternativa para o processamento de recuperações judiciais de grupos econômicos. No entanto, para a sua aplicação, é pacífica a necessidade de observação de requisitos legais básicos pelo juiz para viabilizar a concessão desta, ao menos no que se refere à análise legal, e não especificamente econômico-financeira.

O estabelecimento de critérios, contudo, deve observar a realidade brasileira, de forma a melhor amoldar a consolidação substancial ao que se constata no trâmite dos processos de recuperação judicial. Assim, deve-se prezar pela possibilidade do grupo econômico conseguir demonstrar a obediência a todos os fatores, ensejando a aplicação de tal medida, mas restringindo-a aos casos que todos aqueles restem cumulativamente comprovados.

Por se tratar de medida de extrema repercussão ao processamento da recuperação e, especialmente, ao tratamento dos credores, a unificação patrimonial do grupo econômico não pode prevelecer sem o estabelecimento de requisitos autorizadores de tal medida. A falta de vinculação das cortes a critérios específicos demonstra uma atecnia no manejo da recuperação judicial em âmbito nacional, evidenciando e agravando os possíveis riscos aos benefícios sociais e econômicos objetivados com os processos recuperacionais.

A inexistência de previsão legal ou de pacífico entendimento jurisprudencial acerca de requisitos autorizadores, portanto, macula os princípios objetivados com a recuperação judicial.

A partir da observância de aspectos societários que vêm sendo utilizados para requerer/conceder a consolidação substancial, emergem os seguintes, que se mostram como aptos a preencher a atual lacuna de critérios a serem observados em casos de processamento da recuperação judicial em consolidação substancial.

#### **3.1. Confusão patrimonial.**

A confusão patrimonial, como anteriormente visto, é requisito vinculado à consolidação substancial desde a sua origem, ainda no direito americano. Tal fator

também se mostra intimamente vinculado aos casos de consolidação substancial no direito brasileiro, conforme se observa nas estatísticas trazidas por Sheila Cerezetti e Francisco Satiro (vide tópico 2.3).

A confusão patrimonial já é elemento bastante conhecido no direito pátrio, tendo ampla cognição, muito em virtude da, já sedimentada, teoria da desconsideração da personalidade jurídica. João Pedro Scalzilli assim define a confusão patrimonial:

A situação fática em que os meios de produção compõem o patrimônio da sociedade foram desviados da sua função produtiva e se acham alocados na esfera de outrem, que os utiliza em detrimento do seu titular (...) e daqueles que com ele negociam (...).<sup>32</sup>

Adiciona ainda, que tal situação também resta caracterizada quando:

A pessoa jurídica se vale do patrimônio de um terceiro, seja porque foi inadequadamente capitalizada, ou porque lhe faltaram recursos no curso da exploração da empresa e estes foram transferidos em desrespeito às formulas legalmente admitidas.<sup>33</sup>

Assim, para a matéria ora estudada, a confusão patrimonial se caracteriza pela utilização de recursos de um sociedade empresária por outra pertencente ao mesmo grupo econômico. Tal conduta caracteriza uma fuga à autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, de forma que a circulação de ativos de companhias integrantes de um mesmo grupo não respeite o patrimônio individual de cada uma daquelas.

Nessas situações, é comum a percepção de balanços patrimoniais que comonham as atividades de mais de uma companhia, bem como a observância de caixa único entre as sociedades.

Dada a estreita relação econômico-financeira entre as sociedades, quando caracterizada a confusão patrimonial, vê-se que a atividade empresária desempenhada já está intimamente interligada, de forma que o levantamento patrimonial de cada sociedade que compõe o grupo, de forma individualizada, mostra-se demasiadamente oneroso e que a separação das atividades e do patrimônio no curso da recuperação judicial seria medida que retardaria o processo recuperacional.

---

<sup>32</sup> SCALZILLI, João Pedro de Souza. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 47-48.

<sup>33</sup> SCALZILLI, João Pedro de Souza. Ob. Cit., p. 48.

A mudança do funcionamento conjunto do patrimônio societário, portanto, encareceria a recuperação judicial, bem como desconfiguraria a organização do grupo econômico, dificultando a formulação de um plano de recuperação judicial, que não refletiria às atividades realizadas com patrimônio conjunto, e a própria execução deste, haja vista a completa alteração do patrimônio disponível às atividades a serem desenvolvidas.

Justifica-se, assim, a exigência pela comprovação da confusão patrimonial para que se possa conceder a consolidação substancial.

### **3.2. Existência de garantias cruzadas.**

A garantia cruzada é configurada, no âmbito de grupos econômicos, quando uma sociedade empresária pertencente ao grupo assume obrigações perante credores e dá como garantia destas ativos de outra(s) sociedade(s) pertencente(s) ao mesmo grupo.

Tal situação se mostra comum quando uma sociedade controladora fornece recursos próprios para as controladas desenvolverem atividades inerentes ao grupo econômico. As atividades geram recebíveis que são oferecidos como garantia de financiamentos ou demais métodos de capitalização do grupo econômico ou como pagamento a investidores.

Ao que se observa, a existência de garantias cruzadas é uma consequência da configuração de confusão patrimonial dentro de um grupo econômico. Contudo, no que se refere à crise da empresa, as garantias existentes tomam maior relevância, tendo em vista os débitos estabelecidos perante os credores, que, comporão o processo de recuperação judicial.

Nesse sentido, não é bastante apenas a constatação da confusão patrimonial, mas também da efetiva ocorrência de garantias cruzadas, de forma que as relações firmadas entre credores e devedoras se mostre entrelaçada, para além do balanço patrimonial

As garantias estabelecidas, portanto, devem refletir o caráter de “entranhamento” das relações firmadas pelas sociedades do grupo econômico. Evidencia-se, assim, a necessidade de observância da existência/ausência de garantias cruzadas para a concessão da unificação de ativos e passivos do grupo econômico no processo recuperacional.

### **3.3. Relação de controle e/ou dependência e atuação conjunta no mercado.**

A relação de controle e/ou dependência entre sociedades de um mesmo grupo econômico é fundamental para que se possa conceder a consolidação substancial. Explica-se.

O controle exercido por uma sociedade sobre outras caracteriza o escopo da empresa desenvolvida pelo grupo econômico. A vinculação marcada pela subordinação ou pela dependência evidencia a unicidade e o desenvolvimento conjunto das atividades desempenhadas.

Tal fator também se mostra interligado aos anteriormente mencionados, de forma que sua caracterização é uma decorrência lógica da forma de estruturação do grupo e da empresa exercida por este.

Quanto à modalidade de relação de controle, amplamente estudada na doutrina do direito societário, tem-se lição de Fábio Ulhoa Coelho:

A sociedade controlada é definida como aquela cujo capital outra sociedade participa com a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e tem o poder de eleger a maioria dos administradores (CC, art. 1.098). Controladora, em decorrência, é a titular de direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores de uma outra sociedade, a controlada, e dirige efetivamente os negócios sociais (LSA, art. 116).<sup>34</sup>

A proximidade de requisitos, contudo, não evidencia a necessária coexistência destes. Nesse caso, a relação de controle exercida é fundamental para a observância da motivação das garantias firmadas e dos contratos celebrados em geral. Assim, se há controle ou dependência entre as sociedades de um mesmo grupo, resta nítido que o caráter dos contratos firmados entre todas as sociedades daquele corroboram com a atividade desempenhada conjuntamente pelo grupo.

A relação de controle se vincula, portanto, à atuação conjunta no mercado, uma vez que, conforme asseverado, a atividade desempenhada pelas sociedades do grupo corroboram para a finalidade deste como um todo, e não para objetivos específicos das sociedades. Deve restar caracterizada, portanto, verdadeira empresa (única) plurissocietária, interligada por relações de controle e dependência.

---

<sup>34</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, vol. 2:** direito de empresa – 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 523.

O controle percebido dentro do grupo econômico afasta, ainda, a necessidade de observação da identidade de diretores.

Ora, se é perceptível a atuação conjunta no mercado, o controle existente entre as companhias que compõem o grupo econômico e a estrita vinculação entre as atividades e os negócios firmados, não se mostra razoável que a mera composição da mesa diretora seja fator determinante para a concessão da consolidação substancial. Na realidade, empresa plurissocietária pode restar caracterizada sem a identidade de diretores, de forma suficientemente robusta para ensejar a superação da autonomia patrimonial no processo de recuperação judicial.

Assim, a combinação de esforços percebida na atividade empresarial e o controle societário exercido dentro do grupo econômico se mostram fatores fundamentais para a viabilidade do prosseguimento de um plano de recuperação judicial único, vez que demonstra a estrutura da empresa desenvolvida e a coligação das atividades a partir de uma controladora.

Necessário, portanto, que haja a observância das relações de controle e dependência dentro do grupo, bem como da atuação conjunta da controladora e das controladas, para que seja viável, em consonância com os demais requisitos, a execução do plano de recuperação judicial em consolidação substancial.

#### **3.4. Identidade total ou parcial do quadro societário.**

Por fim, como último fator essencial a ser observado para a possibilidade de concessão da consolidação substancial, tem-se a identidade total ou parcial do quadro societário.

Esta identidade se caracteriza a partir da existência de sócios em comum nas sociedades integrantes do grupo econômico. Não exige-se que todo o quadro societário das companhias “parentes” seja o mesmo. Basta que se observe uma identidade de um ou mais sócios, ainda que estes não representem a totalidade da composição societária.

Sabe-se que o quadro societário de grupos econômicos, nos quais se constata a existência da relação de controle, há, necessariamente, uma identidade, ainda que parcial, dos quadros societários das companhias do grupo.

Tal fator se mostra fundamental, pois a composição societária define, direta ou indiretamente, as diretrizes assumidas pela sociedade, e, conseqüentemente, pelo grupo econômico.

Cabe pontuar, ainda, que quanto à identidade de sócios, pode-se levar em conta a figura do sócio oculto (ou de fato). No direito brasileiro é comum que uma pessoa, natural ou jurídica, que apesar de não compor o quadro societário documentalmente, ou seja, mesmo sem constar ao estatuto ou contrato social, participe diretamente da sociedade. Essa participação pode se dar pelo exercício de controle fático dentro da companhia ou até pela outorga de poderes via procuração. Em certos casos, os poderes outorgados são tão amplos que os juízes declaram a existência do sócio oculto. Ou, ainda, percebe-se a ingerência de pessoa estranha à composição societária na atividade empresarial.

Saliente-se que a figura do sócio oculto deve ser plenamente reconhecida no caso concreto, e pode ser fator de determinação da identidade do quadro societário. Assim, as relações de controle e ingerência dentro do grupo econômico, ainda que excedam os atos constitutivos das sociedades integrantes, devem ser observadas no tocante à consolidação substancial.

Dessa forma, restam demonstrados os requisitos específicos, aferíveis faticamente, necessários para que se possa cumprir o juízo de legalidade acerca da consolidação substancial. A obediência de tais fatores, repise-se, não determina, por si só, o processamento do plano de recuperação judicial único. É necessária, ainda, após a observância dos referidos requisitos, a aceitação do plano único pela assembleia geral de credores, conforme expressa disposição legal.

Contudo, tais fatores se mostram aptos a garantir uma maior segurança ao processamento de um plano de recuperação judicial em que haja a unificação dos ativos e passivos de um grupo econômico, atenuando os riscos inerentes a tal medida e conferindo maior higidez ao procedimento recuperacional.

A observância dos requisitos aqui elencados garante, assim, uma maior probabilidade de êxito, ou, ao menos, um menor risco de comprometimento dos benefícios sociais e econômicos buscados com a recuperação judicial, e, por

consequência, com o objetivo da consolidação substancial, qual seja, conferir maior efetividade à recuperação judicial do grupo econômico em crise.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível tecer algumas observações conclusivas que poderão contribuir para uma análise dessas questões sob uma nova perspectiva.

A consolidação substancial surge no ordenamento jurídico brasileiro com a missão de otimizar e facilitar a execução da efetiva recuperação judicial nos casos de grupos econômicos em crise, visando à implementação do plano recuperacional único, conferindo a este aspecto mais condizente com a realidade societária e com a atuação no mercado das recuperandas.

Observa-se que, apesar de a Lei de Recuperação Judicial e Falência não prever expressamente a possibilidade de litisconsórcio ativo, tampouco da união de ativos e passivos de sociedades, a jurisprudência tem sedimentado a aplicação destes aos processos de recuperação judicial. Contudo, apesar de ser uma matéria que vem tomando, cada vez mais relevância, ainda não há uma teoria de requisitos legais exigíveis bem construída, o que, invariavelmente, ocasiona falhas na sua implementação e efetivação.

Para que seja possível a aplicação da consolidação substancial, é necessária a realização de uma dupla análise: primeiramente, uma análise legal, a ser realizada pelo juiz; e então, uma análise econômico-financeira, de oportunidade e conveniência, a ser realizada pela assembleia geral de credores. Todavia, salienta-se que, para que se possa realizar esta última, a análise legal deve ser superada, com a observância de requisitos básicos que possibilitem a consolidação substancial.

Tendo em vista a realidade societária brasileira, bem como o desenvolvimento da matéria da consolidação substancial, emergem como critérios a serem observados: a confusão patrimonial entre as sociedades do grupo econômico, a existência de garantias cruzadas, a relação de controle e/ou dependência e atuação conjunta no mercado e a identidade, total ou parcial, do quadro societário. Sendo estes critérios hábeis a conferir maior segurança à concessão da unificação de ativos e passivos das companhias que integram o grupo em crise.

A consolidação substancial se mostra como medida de exceção no contexto concursal, haja vista que é instituto jurídico que infere um grande risco ao processamento da recuperação judicial, pondo em cheque o resultado útil do processo

recuperacional. Por se medida extremamente agressiva, percebe-se que sua implementação deve ser feita de forma ordenada e cautelosa, de forma a não comprometer os benefícios sociais e econômicos visados com a recuperação judicial.

A fixação de requisitos objetivos, assim, é medida que impera, tendo em vista a segurança jurídica e a padronização normativa em matéria de litisconsórcio ativo na recuperação judicial.

É indispensável, assim, que o instituto da consolidação substancial seja utilizado com cautela, observando, obrigatoriamente, critérios legais rígidos que limitem a aplicação de tal medida. O direito dos credores de terem seus créditos satisfeitos e o princípio da preservação da empresa devem ser visados em todos os momentos, sendo oportunizada a efetiva demonstração, pelas partes integrantes do processo, da viabilidade ou não da consolidação.

## REFERÊNCIAS

ARNHOLZ, John; GAINOR, Edward E. **Offerings of Asset-Backed Securities**, Second Edition. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014.

BASTOS, Joel Luis Thomaz. In: Luis Vasco Elias (Coord.) et al. 10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestrutura empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BRASHER, Andrew. **Substantive Consolidation: A Critical Examination**. Não publicado. P. 12. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/corp\\_gov/papers/Brudney2006\\_Brasher.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Brudney2006_Brasher.pdf)>.

BRASIL. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Processo nº. 1041383-05.2018.8.26.0100. São Paulo, 12 jul. 2018, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 12 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Processo nº. 1110406-38.2018.8.26.0100. São Paulo, 25 out. 2018, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Processo nº. 1084733-43.2018.8.26.0100. São Paulo, 16 ago. 2018, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 16 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. *Lei de Recuperação Judicial e Falência*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº. 2222873-49.2018.8.26.0000. Relator: Desembargador César Ciampolini. São Paulo, 20 fev. 2019, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 21 fev. 2019.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

\_\_\_\_\_. A silenciosa "consolidação" da consolidação substancial. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 36, n. 131, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 13. Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial, vol. 2: direito de empresa** – 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENUNCIADOS DA III JORNADA DE DIREITO COMERCIAL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Crise da Empresa: Falência e Recuperação**. Brasília, 07 jun. 2019. Disponível em: <[https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy\\_of\\_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf/view](https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/iii-jornada-de-direito-comercial-e-encerrada-no-cjf-com-aprovacao-de-enunciados/copy_of_EnunciadosaprovadosIIIJDCREVISADOS004.pdf/view)>.

ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, CIRCUITO DO DISTRITO DE COLUMBIA. *Auto-Train Corporation, Inc.*, 810 F.2d 270, 30 jan. 1987. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/810/270/356183/>>.

\_\_\_\_\_. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEGUNDO CIRCUITO. *Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel*, 369 F.2d 845, 02 dez. 1966. Disponível em: <<https://casetext.com/case/chemical-bank-new-york-trust-company-v-kheel>>.

ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEGUNDO CIRCUITO. *Flora Mir Candy Corporation v. R.S. Dickson & Company*,

432 F.2d 1060, 28 out. 1970. Disponível em: <<https://openjurist.org/432/f2d/1060/flora-mir-candy-corporation-flora-mir-candy-corporation-v-r-s-dickson>>.

\_\_\_\_\_. CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, SEGUNDO CIRCUITO. Union Saving Bank v. Augie/Restivo Banking Co., 860 F.2d 515, 24 out. 1988. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/860/515/465764/>>.

\_\_\_\_\_. CORTE DE FALÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS, DO DISTRITO ORIENTAL DA VIRGÍNIA. Vecco Construction Industries, Inc. v. Century Construction Company of Washington, 30 B.R. 945, 21 jun. 1983. Disponível em: <<https://cite.case.law/br/30/945/>>.

\_\_\_\_\_. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Sampsell v. Imperial Paper & Color Corporation, 313 U.S. 215, 28 abr. 1941. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/313/215/>>.

GRAULICH, Timothy E. Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend. **American Bankruptcy Institute Law Review**, Nova Iorque, v. 14:527, p. 540-541, jan. 2006.

KRAVITT, Jason H.P. **Securitization of Financial Assets**, Third Edition. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática**. – 4. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCALZILLI, João Pedro de Souza. **Confusão Patrimonial no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.