



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Matheus Sousa Ramalho

**A recuperação judicial dos grupos de sociedade:
aspectos materiais e processuais a serem considerados**

Rio de Janeiro

2017

Matheus Sousa Ramalho

**A recuperação judicial dos grupos de sociedade:
aspectos materiais e processuais a serem considerados**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Coorientador: Prof. Dr. Newton De Lucca

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R165 Ramalho, Matheus Sousa.

A recuperação judicial dos grupos de sociedades: aspectos materiais e processuais a serem considerados / Matheus Sousa Ramalho. - 2017.
165 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito comercial - Teses. 2. Direito empresarial– Teses. 3. Direito processual – Teses. I. Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.7

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Matheus Sousa Ramalho

A recuperação judicial dos grupos de sociedade:

aspectos materiais e processuais a serem considerados

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Data de aprovação: 10 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Newton De Lucca (Coorientador)
Faculdade de Direito - USP

Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida
Faculdade de Direito - UERJ

Profa. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro
Faculdade de Direito - UFPR

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao único D'us, o D'us de Avraham (אברהם), Yit'shhaq (יצחק), Yisra'el (ישראל) e de Yosef. Y. S ('השוע בן סו'סה'), o mesmo de ontem, de hoje e de todo sempre. Amigo fiel, que cumpre as promessas que fez a nossos pais, até os dias de hoje.

Muito obrigado!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobremaneira, a minha mãe, “a vida da minha vida”, ao meu pai, companheiro das horas de dificuldade e, aos meus avós e tia avó, os amores da minha vida. Além desses, gostaria de consignar um agradecimento especial aos meus dois tios, Gustavo Bandeira e Luiz Roberto Ayoub.

Gustavo, você sempre foi a referência que tive dentro de casa. A minha escolha pelo direito é, sem dúvida, culpa sua. Sou grato pelo amor paterno que recebi do senhor desde os meus primeiros dias e, principalmente, pelos vossos ensinamentos.

Falar do meu tio Luiz Roberto é algo que muito me emociona. Trata-se de uma pessoa maravilhosa. Gênio, completamente fora da curva. Pai e marido amoroso. Indivíduo dotado de uma sensibilidade fora do padrão. Além de homem extremamente íntegro. Se existiu alguém que me ajudou em toda minha trajetória profissional/acadêmica, este alguém foi ele. Sempre muito solícito e disposto a me ouvir e aconselhar. Ao senhor dedico meu amor e gratidão.

Ademais, eu não poderia deixar de homenagear meu padrinho, Rene de Oliveira Garcia, e meu amigo, Allan Marcell Warwar, ambos direta e indiretamente me ajudaram neste trabalho e em toda minha vida.

Por último, e sem dúvida tão importantes quanto os demais já mencionados, gostaria de deixar um agradecimento especial a cada um dos meus orientadores.

Ao prof. Alexandre atribuo todos os méritos da minha iniciação no estudo do direito comercial e na vida acadêmica. Grande amigo e mestre. Obrigado pelas horas de ensino e paciência.

Ao meu querido prof. Newton “De São Francisco”. Podemos dizer que o nosso encontro foi um dos mais felizes acidentes do acaso. Uma grata surpresa. O senhor incutiu na minha orientação os mesmos valores que o prof. Comparato lhe transmitiu durante toda a sua formação acadêmica. Posso, seguramente, dizer que com isso o senhor alterou a minha forma de perceber o direito.

RESUMO

RAMALHO, Matheus Sousa. **A recuperação judicial dos grupos de sociedades:** aspectos materiais e processuais a serem considerados. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente dissertação tem por escopo investigar a recuperação judicial dos grupos de sociedades, a partir da realização de pesquisa de cunho bibliográfico e documental, utilizando-se dos métodos analítico e dialético. Para tanto, a presente pesquisa será dividida em 3 (três) partes. Na primeira etapa far-se-á uma explanação panorâmica da evolução do direito comercial e, principalmente, acerca dos grupos de sociedades. No segundo capítulo será apresentada o instituto da recuperação judicial, ocasião em que serão endereçadas questões como (a) a natureza jurídica do instituto, (b) sua finalidade, (c) sua principal utilidade e (d) sua possível utilidade para os grupos de sociedades. Na derradeira e mais importante etapa serão perscrutados os aspectos de direito processual e de direito material a serem considerados em um processo de recuperação judicial que envolva grupo de sociedades. O principal intuito da dissertação é demonstrar como na recuperação judicial os aspectos de direito material e processual interagem. O estudo dos efeitos da crise nos grupos de sociedades e das formas de se superá-la por meio do processo de recuperação judicial se compraz, perfeitamente, com os objetivos tracejados pela linha de pesquisa empresa e atividades econômicas da UERJ, a qual o presente trabalho está vinculado.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Grupos de sociedades.

Aspectos materiais e processuais.

ABSTRACT

RAMALHO, Matheus Sousa. **The in-court reorganization of corporate groups**: material and procedural aspects to be considered. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The scope of this master thesis is to investigate the procedure of an in-court reorganization of corporate groups throughout a theoretical and exploratory research, using both analytic and dialectical methods. For this purpose, the present thesis will be divided in 3 (three) different chapters. On the chapter part it will be addressed the basic outlines and principles of corporate law, in order further open path for an exposition regarding the main functional aspects of the corporate groups. On the second chapter, it will be briefly exposed the in-court reorganization institute. On this section, are going to be addressed the following topics: (a) the legal nature of the in-court reorganization; (b) the goals of an in-court reorganization; (c) the advantages of using such procedure; (d) the possible benefits that can be extract trough an in-court reorganization to corporate groups. Finally, on the last and most important chapter of this essay, it will be addressed the aspects that must be taken under consideration when an in- court reorganization is filled by a corporate group. The main goal of this research is to verify the interaction between material and procedure aspects on an in-court reorganization procedure, also conduct a study on the effects of the crisis on corporate groups and the strategies that may be implemented in order to surpass them. The goals of this master thesis are definitely in consonance with the research schedule of the masters in “corporate and economic activities” from the University of the State of Rio de Janeiro.

Keywords: In-court reorganization. Corporate groups. Material and procedural aspects.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
LRF	Lei de Falências e de Recuperação Judicial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
v.	Volume
v.g.	<i>Verbi gratia</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A empresa, o empresário e os grupos de sociedade	15
1.1 A empresa, seus perfis e a opção do direito brasileiro	20
1.2 A expansão da atividade empresária, as sociedades e os grupamentos societários	26
1.2.1 <u>O interesse social</u>	29
1.3 Os grupos de sociedade e a evolução do mercado de capitais	34
1.3.1 <u>A coligação e o vínculo de controle</u>	36
1.3.2 <u>Os grupos de sociedade</u>	37
2 A recuperação judicial e sua utilidade para os grupos de sociedade	45
2.1 Recuperação judicial: finalidade, natureza jurídica e utilidade	45
2.1.1 <u>Finalidade</u>	49
2.1.2 <u>Natureza jurídica</u>	56
2.1.3 <u>Utilidade</u>	60
2.2 A regra do principal estabelecimento	65
2.3 Vantagens na utilização da recuperação judicial pelos grupos de sociedade	67
3 A recuperação judicial dos grupos de sociedade: aspectos materiais e processuais	70
3.1 Aspectos de direito material na recuperação judicial dos grupos de sociedade	71
3.1.1 <u>A crise nos grupos de sociedade</u>	71
3.1.1.1 Vulnerabilidade da própria estrutura societária	75
3.1.1.2 A vulnerabilidade em razão da interligação das atividades econômicas	79
3.1.1.3 A vulnerabilidade em função do tipo de contingência	80
3.1.2 <u>Elementos materiais relevantes</u>	84
3.1.3 <u>Aspectos de direito societário a serem considerados</u>	87
3.2 Aspectos processuais do litisconsórcio ativo	96
3.3 Consequências materiais da utilização do litisconsórcio ativo na recuperação judicial	115
3.3.1 <u>Efeitos materiais decorrentes da utilização do litisconsórcio ativo</u>	116
3.3.2 <u>Utilização de plano único de reestruturação</u>	121
3.3.3 <u>Consolidação dos bens e da lista de credores das sociedades recuperandas</u>	129
3.3.3.1 O fenômeno da consolidação para a corrente processualista	131
3.3.3.2 O fenômeno da consolidação para a corrente contratualista	135
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

O Brasil passa por uma profunda crise econômica. À medida que o mercado desaquece, cada vez mais é possível perceber os efeitos nefastos que a recessão produz em nosso dia a dia. Estabelecimentos comerciais são fechados, aumenta o número de pessoas desempregadas, as obrigações pactuadas não são cumpridas, a arrecadação fiscal diminui, ao passo que as atividades econômicas arrefecem.

A crise a todos afeta; alguns de maneira mais direta e a outros, indiretamente. Não obstante, uma coisa é certa: todos padecem com os seus efeitos. Nesse sentido, mister se faz o estudo da recuperação judicial, instituto presente na Lei nº 11.101/2005, criado para ajudar a socorrer e a reerguer o empresário em crise.

Interessante é verificar como este procedimento, concebido há 12 anos, torna-se cada vez mais corriqueiro na realidade do empresariado brasileiro.

Com o aumento considerável do número de processos de recuperação, percebe-se ser cada vez recorrente que sociedades integrantes de grupos econômicos impetrem recuperação em litisconsórcio ativo, com o fito de salvaguardarem-se do temível naufrágio da insolvência. Uma decisão completamente justificável, especialmente do ponto de vista empresarial, pois possibilita a redução de despesas das partes envolvidas.

A jurisprudência pátria consolidou ampla aceitação do pedido de recuperação judicial de sociedades grupadas, inclusive para admitir sociedades estrangeiras no polo ativo, como foi o caso da OGX e na recente recuperação judicial da OI.

Sem embargo, dúvidas pairam no ar quando se observa os termos da Lei nº 11.101/05, especialmente do seu art. 3º, onde é eleito pelo legislador o principal estabelecimento da sociedade empresária como foro competente para o processamento da recuperação judicial.

A ausência de regulamentação específica na lei de falências para os casos de propositura em litisconsórcio ativo é a justificativa desta desconfiância.

Não se está aqui a afirmar que a propositura da ação de recuperação judicial em litisconsórcio ativo não é permitida ou, até mesmo que esta seria ilegal, apenas porque não haveria previsão legal nesse sentido.

No entanto, e sendo a formação do litisconsórcio ativo das principais questões que se pretende endereçar nesta pesquisa, será mesmo que a regra do principal estabelecimento pode ser excepcionada livremente pelo alvedrio e conveniência do (s) devedor(es) impetrantes da

recuperação? Alerta-se que a problemática desta indagação, *prima facie*, pode parecer de cunho simplesmente processual, mas, na verdade, não o é.

Afirma-se isso porque a maior problemática nos procedimentos de recuperação judicial propostos em litisconsórcio ativo não diz respeito, meramente, à indagação acerca do foro competente para processar estes feitos. Na realidade, diz respeito ao tratamento jurídico a ser dispensado sobre os bens dos devedores que impetram o pedido de recuperação em conjunto, bem como a situação dos credores no processo.

Em outras palavras, pretende-se investigar na dissertação a espinhosa questão da consolidação dos bens e da lista de credores que ocorre nos procedimentos de recuperação judicial em que são formados esses litisconsórcios. A questão, como se pode perceber, exorbita o formalismo de uma discussão de cunho processual, para desaguar em profundo debate acerca dos limites da autonomia de sociedades empresárias que porventura pertençam a um grupo de sociedades e proponham, conjuntamente, recuperação judicial. e

Portanto, (i) o estudo das sociedades empresárias, (ii) dos grupos de sociedades e dos efeitos que a crise produz sobre esta estruturação, (iii) da recuperação judicial, (iv) da regra do principal estabelecimento e (v) a discussão acerca da consolidação dos bens do devedor são os temas que se pretende endereçar nesta pesquisa.

O tema escolhido é relevante sob diversos prismas. O estudo dos grupos de sociedades é fundamental para compreensão do direito empresarial contemporâneo, na medida em que é cada vez mais comum a existência de grandes conglomerados atuando nos mais diversos setores da economia. Além disso, tendo em vista a crise econômica hodierna e o aumento exponencial do número de pedidos de recuperação judicial, o estudo do direito recuperacional revela-se de extrema importância.

A recuperação judicial não é um procedimento simples. Possui sistemática própria, diferentes fases, as quais, por sua vez, são regidas por diferentes prazos. Sua compreensão revela-se indispensável para sua melhor utilização na missão de recuperar o empresário em crise.

Por tais motivos, a temática escolhida para esta pesquisa revela-se relevante, eis que pretende investigar as nuances da recuperação judicial nos casos em que ela é requerida por grupo de sociedades. O tema escolhido engloba importante discussão processual-recuperacional e, ao mesmo tempo, de direito societário.

A presente dissertação se compraz, perfeitamente, com a linha de pesquisa “Empresa e Atividades Econômicas” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, tendo em vista que investigação do tema “Recuperação judicial dos grupos de sociedades” exigirá revolver

diversos aspectos relevantes do direito empresarial, de direito falimentar e, principalmente, acerca dos impactos que a crise da empresa exerce sobre os grupos de sociedades.

Para atingir os fins desta investigação, será utilizado o método analítico, conjuntamente com o método dialético. O método analítico será utilizado para explanação *modus operandi* dos diferentes institutos ao longo deste trabalho, enquanto que o método dialético será utilizado nas ocasiões em que surgirem tópicos em que haja considerável divergência doutrinária sobre o assunto, de modo a apresentar as diferentes posições sobre esse tema, para que em seguida, seja eleita a posição considerada mais adequada pelo autor. Antecipa-se que nos primeiros dois capítulos desta pesquisa haverá preponderância de utilização do método analítico, enquanto que no capítulo derradeiro desta pesquisa haverá maior utilização do método dialético. A pesquisa realizada foi de caráter bibliográfico-documental e envolveu a análise de legislação pátria, estudos doutrinários, jurisprudenciais e leitura de artigos em periódicos.

Nesse sentido, são objetivos gerais deste trabalho:

- a) estudar a possibilidade de utilização de litisconsórcio ativo em processo de recuperação judicial;
- b) analisar os aspectos de direito material e de direito processual que devem ser considerados neste tipo de processo;
- c) analisar os aspectos de direito processual, notadamente, o da competência do juízo da recuperação;
- d) investigar a possibilidade de consolidação dos bens e da lista credores das sociedades.

Além destes, são objetivos específicos:

- a) pesquisar a distinção dos conceitos de sócio, sociedade, empresário, empresa, bem como as nuances dos grupos de sociedades, tanto os de fato como os de direito;
- b) explicar o processo de recuperação judicial de modo panorâmico, apresentando sua finalidade, natureza jurídica, seus órgãos, agentes e o foro competente para o seu ajuizamento, ocasião em que será analisada a regra do principal estabelecimento;
- c) distinguir os aspectos de direito material dos de direito processual a serem observados na recuperação judicial dos grupos de sociedades;
- d) apresentar as características do litisconsórcio ativo, especificando o tipo de litisconsórcio que pode ser formado nos processos de recuperação judicial; e, finalmente,

e) tratar sobre o fenômeno consolidação da consolidação dos bens e da lista de credores de todas as sociedades, bem como da conveniência de apresentação de um plano único de recuperação por todas elas.

A hipótese central da dissertação é no sentido de que cabe a formação do litisconsórcio ativo integrado por sociedades componentes do mesmo grupo quer se tratando de grupo de fato, quer se tratando grupo de direito, nos processos de recuperação judicial. Ademais, esta prática, não representaria uma afronta à regra do principal estabelecimento, mesmo quando as sociedades em litisconsórcio possuem principais estabelecimentos diferentes.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em 3 partes, as quais, para fins de delimitação da própria pesquisa, serão apresentadas a seguir.

Na primeira delas será feito uma breve introdução acerca da teoria da empresa, a qual precisa ser compreendida em seus múltiplos aspectos, ou na feliz nomenclatura de Alberto Asquini, “*Profili dell’impresa*”. Por mais simplista que a enunciação deste conceito seja, alguns parecem ainda não saber a diferença entre empresa (atividade) e quem é o empresário (aquele que exerce a empresa). A pedra angular desta pesquisa consiste em delimitar os limites da relação existente entre o sócio, a sociedade que este integra e, principalmente, a empresa que essa última exerce.

É impossível compreender o funcionamento dos conglomerados empresariais sem que antes sejam examinados alguns preceitos basilares do direito societário e do direito empresarial, como é o caso da autonomia patrimonial das sociedades, o regime de responsabilidade dos sócios, o conceito de interesse social, o poder de controle e as limitações ao seu exercício.

Portanto, a primeira parte da pesquisa, em resumo, tratará (i) da atividade empresária e sua importância, (ii) das sociedades, pessoas jurídicas de direito privado voltadas para consecução do lucro e, por fim, e em especial, (iii) dos grupos de sociedades.

A abordagem do tema desta dissertação requer uma explanação não só dos fenômenos mais básicos do direito societário, como também dos mais complicados. O estudo dos grupos de sociedades perpassa pela investigação acerca:

- a) do poder de controle – e consequentemente, pelos diferentes tipos de controle que podem ser verificados -;
- b) do interesse social de cada sociedade individualmente consideradas e, até mesmo, de um eventual interesse social do grupo de sociedades;
- c) da autonomia das sociedades ante os interesses dos grupos de sociedades; e, principalmente,

d) dos melhores padrões de governança corporativa que devem ser dispensados tanto aos grupos de fato como aos grupos de direito.

A forma como as sociedades procuram se organizar para exercerem a sua atividade econômica é crucial, pois todos estão sujeitas à crise. Nesse sentido, após a explanação acerca do funcionamento dos grupos econômicos haverá a exposição do instituto da recuperação judicial, tendo em vista que este é o instrumento concebido pelo legislador para socorrer o empresário em crise.

Na segunda parte, será brevemente explicado qual a função/objetivo idealizada para recuperação judicial, qual seria o âmbito de aplicação deste instituto e sua natureza jurídica. Nesta parte, será feita também uma contextualização genérica sobre de que modo seriam benéficos os efeitos da recuperação para o empresário em crise.

Feitos todos os necessários esclarecimentos acerca da recuperação judicial, na terceira parte do trabalho serão estudadas as regras da recuperação aplicáveis aos grupos de sociedades impetrando recuperação judicial em conjunto.

A terceira parte, correspondente ao quarto capítulo, é o núcleo desta dissertação. Nele serão confrontadas, intrincadas questões como:

- a) quais são os aspectos de direito material a serem considerados em uma recuperação judicial envolvendo grupos de sociedades;
- b) o cabimento do litisconsórcio na recuperação judicial;
- c) quais os efeitos decorrentes que a formação de um litisconsórcio produz na recuperação judicial;
- d) como funcionaria a questão da consolidação dos bens e da lista dos credores das sociedades recuperandas no âmbito de uma recuperação por elas ajuizada em litisconsórcio ativo.

1 A EMPRESA, O EMPRESÁRIO E OS GRUPOS DE SOCIEDADE

O presente capítulo tem por objetivo específico tratar do conceito jurídico de empresa, empresário e dos grupos de sociedades. Para tanto, contará, em seu intuíto, com uma breve contextualização histórica do direito comercial, mostrando uma evolução desse ramo do Direito desde a figura do comerciante até a teoria da empresa. Em seguida, será apresentada a opção do legislador nacional ao regulamentar o direito comercial. Por último, na terceira parte desta pesquisa, será feita uma explanação acerca da expansão da atividade empresária, da governança corporativa das sociedades e, especialmente, dos grupos de sociedades.

Desde tempos imemoriáveis, o homem percebeu que a cooperação seria um mecanismo fundamental para garantir sua sobrevivência; a codependência, portanto, foi o catalisador que fez os homens se aproximarem. A partir dessa ideia, era preciso que fossem criadas regras de convivência para trazer harmonia aos grupamentos.

A experiência acumulada decorrente dessa integração tornou os grupamentos sociais cada vez mais refinados, permitindo que tribos se tornassem grandes sociedades¹. A junção de todos esses pactos recíprocos celebrados entre os homens, em suas microcomunidades, deu origem aos Estados, como bem pontuou Thomas Hobbes, em seu importante ensaio “Leviatã”².

Na esfera social, o homem perde sua individualidade e passa a ser parte de um todo. Seu valor passa a ser determinado não mais por suas características pessoais, mas sim pela função social por ele desempenhada na cidade. Não por menos, Aristóteles, em célebre passagem de sua obra “Política”, afirmou que “não há melhor critério para definir o que é o cidadão, em sentido estrito, do que entender a cidadania como capacidade de participar na administração da justiça e no governo”³.

¹ Aristóteles, em sua obra, alinha de cidade aquilo que se denomina hoje de Estado. Nesse sentido, de grande importância se faz a transcrição da passagem a seguir: “A cidade, enfim, é uma comunidade completa, formada a partir de várias aldeias e que, por assim dizer, atinge o máximo de autossuficiência [...], uma cidade é uma daquelas coisas que existem por natureza e o homem é, por natureza, um ser vivo político [...]. Quem for incapaz de se associar ou que sente essa necessidade por causa da sua autossuficiência não faz parte de qualquer cidade e será um bicho ou um Deus” (ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega Lda., 1998. p. 53-55).

² Thomas Hobbes define o Estado como uma “[u]ma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros foi instituída por cada um como autora, de modo ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum” (HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4.ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988. p.106).

³ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega Lda., 1998. p. 187.

Pela assertiva do célebre pensador depreende-se, claramente, que cidadãos seriam aqueles capazes de desempenhar uma *função social*. Foi a partir desse raciocínio que o filósofo grego desenvolveu o famoso conceito do homem como “animal político” (*zoon politikon*). Sendo o *locus* de atuação do “homem-animal” a sociedade, tornar-se-ia impossível promover a dissociação entre o homem e a política.

Estando o homem fadado a viver em sociedade, restou aos indivíduos dividirem entre si as funções que caberiam a cada um exercer. Aqueles dotados com boa didática se dedicariam ao magistério; os com boa oratória poderiam se tornar políticos ou advogados; os com alta espiritualidade se incumbiriam do sacerdócio; pessoas com coração voluntarioso seriam encarregados da medicina; os versados na arte do combate ficariam responsáveis da proteção dos demais. Com essas diretrizes as sociedades primitivas se organizariam em função do grau de aptidão demonstrado por cada um.

É evidente que a evolução da estrutura social a torna cada vez mais complexa. Essa mesma complexidade, ao mesmo tempo em que faz surgir novas demandas, faz também desaparecer por completo outros nichos. A repetição desse ciclo cria infinitas oportunidades, de maior ou menor risco, mas cada uma com diferentes margens de recompensa. A natural interação entre fatores como oferta, demanda, oportunidade, risco e recompensa propiciou o surgimento de mercados.

O mercado – palavra essa aqui utilizada em sua acepção meramente teórica⁴ – consiste no local onde interagem as manifestações de oferta e de demanda de variados agentes. É um ambiente extremamente dinâmico que possibilita a aproximação entre vontades externalizadas em diferentes pontas⁵. O comércio, por sua vez, pode ser definido como a atividade profissional de troca de produtos e/ou serviços formada entre fornecedores e consumidores⁶.

⁴ Importante realizar tal ressalva, dada a multiplicidade de sentidos que essa palavra pode vir a assumir. Por essa razão, a professora Paula Andrea Forgioni define “mercado” como palavra “polissêmica”. (FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 154). Apesar de a mencionada autora fazer uma extensa discussão dos diferentes prismas de análise do mercado – dimensão política, jurídica, social e econômica –, a qual, inclusive, se subscreve integralmente, para fins de contextualização histórica, a conceituação empregada parece mais adequada.

⁵ A conceituação jurídica de mercado foi deixada de lado por boa parte dos juristas, os quais sempre o trataram como um elemento de suporte à própria noção de empresa (BUONOCORE, Vincenzo. **L'impresa**. Torino: Giappichelli. 2002. p. 156-157). Isso justifica a necessidade de este autor ter de criar sua própria conceituação ao invés de se valer de uma nomenclatura mais arrojada.

⁶ Rubens Requião, em seu curso afirma que o professor Alfredo Rocco conceitua comércio como “ramo de produção econômica que faz aumentar o valor dos produtos pela interposição entre produtores e consumidores, a fim de facilitar a troca de mercadorias” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, v. 1. São Paulo: Saraiva. 2012. p.28). Não se adota a presente conceituação clássica, em que pese toda sua originalidade e inegável valor histórico, uma vez que esta (i) não incluiu a prestação de serviços como atividade típica do comércio e, também, (ii) atribui excessiva importância à atividade de intermediação, quando o “exercício profissional” seria o principal fator de distinção entre um comerciante de um não comerciante.

A expansão do comércio permitiu a integração de diferentes mercados, a circulação de riquezas e, até mesmo, o desenvolvimento. A partir desse ciclo produtivo, pouco a pouco, cada vez mais indivíduos se mostravam propensos a empreender. Isso fez aumentar o número de comerciantes e, conseqüentemente, a atividade comercial, provocando mudanças na conformação social. O surgimento da mercancia revela uma classe de profissionais que pode ser compreendida como o embrião daquilo que mais tarde viria a ser denominado de “burguesia”.

Dada a sua extrema importância, é evidente que o Direito não poderia tergiversar a respeito de regulamentar a atividade comercial, cujo desenvolvimento e consolidação de práticas quase compeliavam à criação de um direito especial para tutelar os interesses dos atuantes daquele nicho. Um “direito comercial” para os comerciantes.

Contudo, conceber uma explicação jurídica com base em fenômenos econômicos extremamente dinâmicos não era uma tarefa das mais simples. Era preciso *prescrever*, pois o Direito é uma ciência prescritiva, sem, contudo, *invadir* os limites delimitados pela ciência econômica.

Nesse contexto, a primeira tentativa do Direito de regulamentar a atividade comercial foi investigá-la através da observação do seu principal agente, qual seja, *o comerciante*. Essa época ficou conhecida como “período subjetivo”, tendo em vista que seriam tidos como comerciantes e, conseqüentemente, sujeitos à aplicação do direito comercial os que estivessem inscritos nas corporações de ofício ou guildas⁷.

Cabia às corporações de ofício exercer duas importantes funções: a primeira, de órgão registral, porque para os fins legais seria comerciante “aquele que na guilda estivesse inscrito como membro⁸”; a segunda, como verdadeiro tribunal, haja vista que caberia à própria guilda julgar os seus membros com base no seu direito especial.

Com o passar o tempo, o critério corporativista como regra de aplicação do direito comercial deixou de ser oportuno⁹. Isso porque os não comerciantes (leia-se indivíduos não registrados nas corporações de ofício) se envolviam no comércio – seja o exercendo diretamente ou auxiliando os comerciantes em seus ofícios, indiretamente.

⁷ COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. V. I. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 22; BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: 2003. p. 1-5; 8-11.

⁸ Cf. REHME, Paul. **História universal del derecho mercantil**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1941, p. 165 e ss. Nesse sentido também, Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial**: apontamentos Curitiba: Juruá. 1999, p. 19, *passim*.

⁹ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. 3.ed. Milano: Giuffrè. 1962. p. 59

Como resposta, criou-se então a figura do *comerciante por equiparação*. O surgimento dessa nova geração de comerciantes colocou em cheque a nomenclatura que, até então, vigia. Era preciso promover uma alteração no âmbito de aplicação do direito comercial, o qual deveria prescindir da sua análise originariamente *subjetivista*, focada nos indivíduos inscritos na corporação de ofício, em prol de uma análise *objetivista*, voltada aos atos praticados pelos agentes do comércio¹⁰.

Em relação a afirmação anterior, faz-se mister esclarecer que o sistema do Código Comercial brasileiro estava centrado na figura do comerciante (e não no ato de comércio). Tal se verifica, sobretudo, na concepção de que a sociedade comercial era uma “associação” de comerciantes ou de pessoas a um comerciante (v.g. arts. 311 e 315) e de que a comercialidade dos contratos decorria da presença de um comerciante na relação jurídica (v. g. arts. 140, 165 e 191).

Sem embargo, mesmo sem conceituar ou enumerar os atos de comércio em seu bojo, o Código definiu comerciante em seu art. 4º a partir da prática habitual e profissional da “mercancia”, termo que só foi precisado pelo Decreto nº 737/1850. Ao invés desse Decreto definir a mercancia a partir dos atos praticados pelo comerciante no exercício de sua profissão, o legislador optou pela enumeração de “atos de comércio”, tal qual o *Code de Commerce* em seus arts. 632 e 633.

Com isso, o objeto do direito comercial passou a ter influência da teoria dos atos de comércio, reputando-se comerciante aquele que praticasse com habitualidade algum dos atos listados no arts. 19 do Decreto nº 737/1850¹¹.

¹⁰ ASCARELLI, Tullio. Prefazione agli studi di diritto comparato. In: MIGNOLI, Ariberto (Org.). **Lecture per un corso di diritto commerciale comparato**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 98.

¹¹ O Regulamento n. 737/1850 que fazia a listagem daquilo que seriam os atos de comércio nos arts. 19 e 20, os quais dispunham: Art. 19: Considera-se mercancia:

§ 1º a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º as operações de câmbio, banco e corretagem;

§ 3º as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

§ 4º os seguros, fretamentos, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§ 5º a armação e expedição de navios”.

Art. 20. Serão também julgados em conformidade das disposições do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa commerciante:

§ 1º As questões entre particulares sobre títulos de dívida pública e outros quaesquer papeis de credito do Governo .

§ 2.º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja à sua natureza e objecto.

§ 3.º As questões que derivarem de contratos de locação com-prehendidos na disposição do Tit. X Parte I do Código, com excepção sómente das que forem relativas á locação de predios rusticos e.

§ 4º As questões relativas a letras de cambio, e de terra, seguros, risco, e fretamentos. Fonte: BRASIL. **Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. 1850. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm >. Acesso em: 21 dez. 2016.

A partir dessa perspectiva, e com supedâneo no art. 20 do Decreto nº 737/1850, onde foram listados atos de comércio por força de lei, pode-se afirmar que houve a adoção da Teoria dos Atos de Comércio no Brasil, tanto para a caracterização dos comerciantes (em complemento ao art. 4º do Código Comercial) quanto da jurisdição comercial em razão somente dos atos¹².

Ocorre que, novamente, com o passar do tempo, a adoção do sistema objetivo também não se mostrou acurada.

Resumidamente, padecia de uma verdadeira sistematização a teoria, porque os atos de comércio formavam uma unidade apenas aparente em decorrência da listagem legal que os particularizava. Com efeito, faltava-lhes um encadeamento interno que interligasse os atos entre si.

Essa inconsistência de pensamento enfraquecia a construção dogmática em torno da teoria do direito comercial, a qual, cada vez mais, parecia ser um remendo que unia atividades isoladas em um mesmo pano.

Conscientes dessas incongruências, os teóricos do direito comercial retornam a se debruçar sobre a realidade econômica, despendendo uma nova tentativa de decifrá-la.

Interessante é que a solução encontrada para essa problemática foi “caseira”, pois se deu através da investigação da empresa – que, nas palavras de Francesco Galgano¹³ e de Cesare Vivante¹⁴, consistiria em ato de comércio por excelência. Nela, os teóricos iriam encontrar as respostas perseguidas.

A teoria da empresa ganha ampla aceitação como novo referencial para aplicação do direito comercial em um período em que se discutia unificação do direito privado¹⁵. Havia uma grande movimentação doutrinária que almejava fazer desaparecer a linha divisória entre o direito civil e o comercial¹⁶.

¹²CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4. ed. V. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1945. p. 430.

¹³ GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**. 2. ed. Bologna: Società Editrice il Mulino. 1980. p. 165-166.

¹⁴ “[...] *la funzione essenzialmente mediatrice che l’impresa compie in mezzo al movimento sociale assumendo sistematicamente un servizio o una produzione*” Cf VIVANTE, Cesare, **Trattato di diritto commerciale** v.1 5 ed. Milano: Vallardi, 1934, p 102.

¹⁵Nesse sentido, recomenda-se a leitura do livro CAVALLI, Cassio Machado. **Empresa, passado, presente, futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012. p. 81-90

¹⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial**: apontamentos. Curitiba: Juruá, 1999. p. 33-34.

Aos adeptos desse movimento era preciso democratizar o regime de privilégios¹⁷ dos comerciantes com as demais camadas da população e, ademais, pôr um fim em um sistema que se mantinha mais por sua tradição do que por suas próprias razões de existência.

Segundo Lorenzo Mossa¹⁸, o motivo central que levou os teóricos do direito comercial a deslocarem o eixo dessa matéria para a empresa, em detrimento dos atos de comércio, seria o fato de que implicitamente na noção de empresa, uma série de atos de comércio estariam organizados e encadeados. A análise do direito comercial a partir da empresa fazia aparecer o fio condutor que tanto se procurava nos atos de comércio.

A empresa, por excelência, é uma das células produtivas mais importantes da sociedade¹⁹. A presente afirmativa goza de amplo respaldo na doutrina²⁰.

São intermináveis as conceituações desse singelo fenômeno integrante do direito e da economia²¹. Por essa razão, a fim de não fugir do escopo desta pesquisa, será utilizada a nomenclatura clássica sugerida por Alberto Asquini acerca da empresa. Também será apresentada no próximo tópico a opção feita pelo legislador brasileiro ao regulamentar este fenômeno²².

1.1 A empresa, seus perfis e a opção do direito brasileiro

¹⁷Os comerciantes gozavam de benefícios que os não comerciantes não tinham, como, por exemplo, a presunção de veracidade dos livros empresariais, os quais poderiam ser utilizados para mover ações de execução contra os devedores que não honrassem pontualmente suas obrigações constante naqueles documentos. Entretanto, a falta de sistematização dos atos de comércio gerava distorções que traziam enormes inseguranças. Explica-se: em muitos casos, por exemplo, era difícil definir se determinado indivíduo poderia ou não ser considerado comerciante. Essa dificuldade de identificação dos comerciantes se tornava péssima [prejudicial], pois é preciso lembrar que, até então, o âmbito de aplicação do direito comercial era restrito. Um bom exemplo da problemática que ora se denuncia eram os casos em que era requerida a falência de um não comerciante – instituto de direito concursal privativo dos empresários. Este, aliás, permanece assim até os dias de hoje, conforme art. 1º da Lei nº 11.101/2005. A depender do tipo de atividade por ele praticada, haveria aí uma verdadeira celeuma que prejudicaria tanto o requerente como o requerido.

¹⁸ “*Se il fine supremo del nostro diritto commerciale è l’organizzazione giuridica del commercio, è bene certo che essa si identifica principalmente com l’organizzazione giuridica dell’impresa*” MOSSA, Lorenzo. **L’impresa nell’ordine corporativo**. Firenze: Sansoni, 1935. p. 20.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3-26.

²⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: 1997. p. 14; WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. **Revista de Direito Mercantil**, n.98, p.51-57, 1995.

²¹ DE LUCCA, Newton. et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25.

²² Nesse sentido: CAVALI, Cassio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/55327/000856780.pdf?sequence=1>>. Acesso 10 nov. 2016.

Alberto Asquini, em seu ensaio *Profili dell'impresa*²³, apregoava vislumbrar na empresa um fenômeno multifacetado. Segundo o jurista italiano, esta poderia ser compreendida de diferentes formas, a depender do prisma de seu ângulo de análise, não sendo possível ao observador examiná-la como um todo, mas tão somente a partir de um dos seus lados isoladamente.

Prosseguindo com seu raciocínio, o mencionado jurista conseguiu identificar quatro perfis (*i profili*), ao analisar a empresa, quais sejam:

- a) subjetivo, relacionado ao sujeito responsável por coordenar a empresa, o *empresário*;
- b) objetivo, associado ao estabelecimento, que é o conjunto de bens e direitos que compõem a empresa para o seu exercício;
- c) funcional, ligado eminentemente à atividade desempenhada pelo empresário;
- d) o corporativo, ligado aos *colaboradores* – fornecedores, consumidores, parceiros comerciais – e trabalhadores que dependem e contribuem para o desenvolvimento regular da empresa.

A percepção que teve Asquini é digna de aplauso. Enquanto os demais estudiosos do direito atinham-se à observação das atividades ditas como “de comércio” ou, ainda, à análise da intermediação ínsita ao comércio, o autor foi além, ao vislumbrar na *organização profissional em prol da obtenção de lucro* o verdadeiro elemento que distingue o *empresário* do cidadão comum.

A nomenclatura adotada pelo italiano permitiu que a empresa fosse capturada como que uma fotografia emoldurada em quatro diferentes partes. No entanto, embora as fotografias estejam dispostas em diferentes molduras, a empresa é, ao mesmo tempo, todos os perfis estão enquadrados em um mesmo retrato²⁴.

Em que pese a identificação clara dos quatro perfis, é do *empresário* (leia-se aqui o titular da empresa) a competência de organizar e, verdadeiramente, mediar todos os interesses que orbitam em torno do empreendimento por ele controlado.

A ele também cabem os frutos e os riscos provenientes de sua atividade. Por essas razões, Tullio Ascarelli²⁵, em seu artigo intitulado *L'imprenditore* (“O empresário”), de 1962,

²³ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*. **Rivista del Diritto Commerciale**. v. 41, n.1, 1943.

²⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Advocacia de Empresas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012. p. 431-450.

²⁵ ASCARELLI, Tullio. **Corso di Diritto Commerciale Introduzione e Teoria dell'Impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 145-160. O referido texto contou com tradução do Prof. Fabio Konder Comparato. Fonte:

confere particular protagonismo ao papel desempenhado por esse profissional na engrenagem empresarial, em detrimento dos demais perfis listados por Alberto Asquini.

Segundo Tullio Ascarelli, dentro da função do empresário estaria uma série de deveres, sendo estes:

- a) gerenciar seus próprios empregados;
 - b) lidar com seus sócios, quando houver;
 - c) atender aos clientes;
 - d) negociar com fornecedores;
 - e) organizar sua contabilidade;
 - f) estar em dia com os tributos;
 - g) zelar pela limpeza e salubridade do seu próprio estabelecimento comercial;
- e, principalmente,
- h) lidar com seus concorrentes²⁶.

O Brasil, na esteira da experiência italiana registrada no “Codice Civile”, decidiu promover a transposição para um único Código dos institutos do comerciante e da sociedade comercial - o Código Civil de 2002. Entretanto, as obrigações e contratos mercantis foram introduzidas no Código Civil, desaparecendo o sistema dual entre obrigação civil e comercial.

Isto posto, tal qual na Itália, no Brasil não houve unificação do direito privado, pois permaneceram em vigor o Código Comercial na parte do Comércio Marítimo e, ainda, a legislação falimentar em lei especial²⁷.

A promulgação do Código Civil representou a positivação do perfil subjetivo da empresa, pois não há o conceito jurídico de empresa, mas, na realidade, da pessoa que a exerce profissionalmente, leia-se o empresário.

É o que se depreende pela leitura do artigo 966 do Código Civil, o qual dispõe que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

COMPARATO, Fábio Konder. O empresário. **Revista da Faculdade de Direito USP**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67365/69975>>. Acesso em: 03 nov.2016.

²⁶Paula Andrea Forgioni, estudiosa do direito comercial e de sua história, chega a conclusões semelhantes às aquelas formuladas por ambos os juristas italianos mencionados, todavia, a mesma adverte que o real significado do fenômeno empresarial apenas poderia ser compreendido através do estudo da empresa em seu lócus natural, qual seja, o mercado. Cf. FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

²⁷ Na Itália em 1942 também não ocorreu unificação do direito privado, porque ao lado do Código Civil também promulgadas Leis que contemplavam institutos de direito não previsto nesse código, v.g. o Código da Navegação e a Lei de Falências.

Pela leitura do texto legal, depreende-se claramente que a empresa foi definida a partir da conceituação do empresário. Tal situação fez com que Newton De Lucca, escudado na lição de Sylvio Marcondes, afirmasse que “[a] empresa não existe, mas se exerce. Ela é tão somente o exercício que o empresário faz do estabelecimento”²⁸.

Não obstante, pela leitura do art. 966 do Código Civil de 2002 percebe-se que para fins do direito posto, empresa tem sentido de *atividade*, mais precisamente de “atividade organizada exercida profissionalmente destinada à produção ou a circulação de bens ou de serviço”.

Como consequência dessa nomenclatura, *empresário*, portanto, seria aquele que, basicamente, *exerce empresa*. Nesse sentido:

Na esteira do CCI [referindo-se ao Código Civil Italiano], o legislador brasileiro, ao positivar a teoria da empresa, preferiu defini-la indiretamente, a partir do conceito de empresário. O empresário então, identifica-se pelo exercício profissional da empresa que, no CC, traduz-se na atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Em doutrina, no estudo da empresa e na tentativa de atribuir-lhe definição jurídica, nota-se nítida influência da clássica lição de Asquini, que reconhecia complexidade no fenômeno econômico empresa e nos vários perfis por ela assumidos as maiores dificuldades dos comercialistas para conceituá-la. A rigor, de acordo com seus ensinamentos, não se afiguraria possível chegar-se a conceito unitário de empresa ante os mais variados perfis sob os quais se poderia identificá-la na prática. Conforme leciona o festejado comercialista, “a empresa é conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis, subjetivo, como empresário, funcional, como atividade, objetivo, como patrimônio, corporativo como instituição”

Em razão da dificuldade encontra para transposição da visão econômica de empresa para o universo jurídico no qual, apesar das incessantes tentativas doutrinárias, não se chegou a um definição jurídica capaz de contemplar seus vários perfis, valeu-se o legislador da solução italiana, abandonando a conceituação técnica de empresa como atividade econômica e dando ênfase em seu aspecto subjetivo, isto é, à pessoa que a materializa – o empresário.

A partir dessa caracterização fixou-lhe o CC suas prerrogativas e obrigações, bem como disciplinou os institutos complementares. Desse modo, conceitua-se empresa, na clássica lição de Ascarelli, como a atividade econômica organizada e profissionalmente com vistas à produção ou troca de bens ou serviços necessidade de se compreender empresa como uma abstração, afastando-se, assim, eventual confusão com o conceito de estabelecimento, universalidade onde se materializa o exercício da organização²⁹

²⁸DE LUCCA, Newton et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 77

²⁹TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord). **O Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 5.

Em complemento às considerações acima são as observações feitas por Cassio Machado Cavalli:

[O] legislador inseriu o conceito econômico de empresa em nosso ordenamento, enquanto um conceito metajurídico, ao criar o suporte fático da figura do empresário. Assim, o conceito econômico de empresa (i. é, *atividade organizadora*) subjaz ao conceito jurídico de empresário, pois o que qualifica o empresário é o exercício de uma atividade econômica.³⁰

Prosseguindo com o raciocínio anterior, o empresário pode ser tanto pessoa natural, contanto que seja plenamente capaz³¹ e inscrito perante Registro Público de Empresas Mercantis, nos termos do art. 967 do Código Civil³², como pessoa jurídica. Veja-se o comentário a seguir:

Em se caracterizando como atividade econômica organizada, a configuração da empresa prescinde de constituição societária. Pela redação do dispositivo em análise, percebe-se que o exercício da empresa por pessoa física ou jurídica mostra-se suficiente à caracterização de empresário individual ou sociedade empresária, respectivamente, ainda que este exercício não preencha a regularidade prevista em lei, vez que a inscrição não é elemento de sua caracterização. Da mesma forma, poderá existir sociedade regularmente constituída sem empresa, ainda que em seus atos constitutivos esta adote como objeto atividade própria de empresário. Assim, se, por exemplo, determinada sociedade promove inscrição de seus atos constitutivos no Registro de Empresa Mercantis, mas não inicia, de fato, a exploração de seu objeto, terá, por tal ato de registro, adquirido personalidade jurídica, sem que, contudo, se verifique concretamente exercício da empresa. somente com o início efetivo da atividade pela sociedade em questão afigura-se possível atribuir-lhe a qualidade de sociedade empresária.³³

O imenso destaque que até os dias atuais é atribuído à obrigatoriedade de registro perante o órgão competente para fins de exercício regular de empresa, a nosso ver, não deixa de ser uma demonstração de que o direito empresarial permanece, em certa medida, vinculado ao seu passado corporativista.

Outro exemplo nesse mesma linha, é a vertente legislativa que optou por excluir da lista de atividades empresárias aquelas que envolvam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se

³⁰ CAVALLI, Cássio Machado. Transformações gerais no direito comercial. O direito da empresa no novo Código Civil. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito de empresa e contratos**: estudo dos impactos do novo Código Civil. Porto Alegre: IOB, 2004, p. 7

³¹ Código Civil, art. 972: Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

³² Código Civil, art. 967: É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

³³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord). **O Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 6.

o exercício da profissão constituir elemento de empresa prevista no parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

A manutenção de um dispositivo como este, por melhores que sejam os argumentos trazidos pelos juristas contemporâneos acerca daquilo que seriam “elementos de empresa”, nada mais é do que um ranço da antiga ideia de privilégios comerciais. Nesse sentido, pertinentes se fazem as críticas formuladas por Rachel Sztajn:

Nada disso, entretanto, interfere com a unicidade do conceito de empresa, porque a organização independe do setor econômico em que atue e do tipo de atividade exercida; é preciso analisar a adoção do método econômico na organização, condução e administração dos negócios e a destinação da atividade para mercados. Falta ao novo Código Civil visão unitária de empresa, sobretudo no direito das sociedades quando determina que apenas as que adotarem certas formas serão empresárias, excluindo, expressamente, a sociedade simples e a cooperativa. Esta é, indiscutivelmente, sociedade empresária de fins econômicos; aquela, que parece corresponder à antiga sociedade civil, é também sociedade de fins econômicos, não sendo clara a razão de sua exclusão do grupo de sociedades empresárias³⁴.

Há leis extravagantes, ademais, que regulamentam a matéria empresarial e societária cuja aplicação, a depender do caso, prevalece sobre as disposições do Código Civil como é o caso da Lei das Sociedades por Ações, da Lei Uniforme de Genebra, da Lei das Duplicatas e etc.

Além disso, existem diplomas legais que não tratam especificamente da disciplina empresarial ou societária, mas que impactam, de igual modo, no exercício da empresa, como é o caso da legislação trabalhista e do Código de Defesa do Consumidor – elementos que integram o perfil corporativo da companhia –, a legislação sobre a concorrência, a legislação tributária e, até mesmo, a legislação ambiental.

O correto estudo da empresa impõe o reconhecimento de todos os elementos que lhe afetam, seja diretamente ou indiretamente, conforme pertinente observação de Paula Andrea Forgioni:

Temos um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua dinâmica. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado. Fomos “do ato à atividade”. Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo

³⁴ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 150-151

mercado. Enfim: “ato, atividade, mercado”. Eis a linha de evolução do direito comercial³⁵

1.2 A expansão da atividade empresária, as sociedades e os grupamentos societários

O exercício regular da atividade empresária é fundamental, na medida em que sua regularidade contribui para geração de empregos e para circulação de riquezas, sendo uma das principais engrenagens do desenvolvimento. Há diversos interesses em torno do sucesso da empresa, como bem colocado por Fabio Konder Comparato:

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua³⁶.

Ademais, a concretização desses interesses que orbitam ao redor da empresa é a missão de todas as empresas ou melhor, sua função social³⁷³⁸. Nesse sentido:

Após longo debate acerca do conteúdo da função social dos institutos, afirma-se em doutrina que “em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa o conteúdo da função social assume um papel promocional”, ou seja, via a “garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento” (Pietro Perlingieri, *Perfis*, p. 226). Nessa esteira, referiu-se expressamente o CC à função social do contrato e da propriedade (v. comentários aos arts. 421 e 1.228).

A função social da empresa, por sua vez, representa o dever, imposto ao empresário, de observar, ao lado dos interesses econômicos que o lavam a desempenhar a atividade, também interesses da coletividade, aí incluídos direitos dos consumidores, da livre concorrência, do meio ambiente e assim por diante. Nesse particular, importante destacar que a função social da empresa atende, também, à tutela dos interesses dos empregados e de suas famílias que dela dependem para o seu sustento, os quais deverão ser preservados sempre que possível.

³⁵ FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, n. 732, p. 38-46, 1996.

³⁷ FARAH, Eduardo Teixeira. Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: COSTA, Judith Martins (Org). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 689.

³⁸ “A empresa é considerada ente gerador de riquezas e fator de progresso social, e não mera propriedade dos sócios ou sujeita aos egoísticos interesses dos credores. Dessa forma, entre nós, principalmente por força do trabalho jurisprudencial, a visão da empresa completa-se com o reconhecimento de sua função social. ou seja, como ente gerador de riquezas de empregos, cuja preservação deve ser buscada.” FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

Entretanto, essa não impõe ao empresário limites ao exercício da atividade empresarial. Ao contrário, com supedâneo na função social do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República e da Ordem Econômica (Arts. 1º IV, e 170, III, CR), visa [a] proteger a empresa, como unidade produtiva tornando-a como ponto de referência para a promoção de direitos sociais e existenciais, de modo a superar a lógica meramente individualista e especulativa do mercado. Tal proteção fica ainda mais clara quando confrontada com o art. 47 da Lei 11.101/2005, que ao tratar da recuperação judicial de empresas, indica que o instituto "tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhos e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica" (nesse sentido, v. TJRJ, AG. Inst. 2009.002.23358, 5ª C.C. Des. Cristina Tereza Gaulia, jul. 11.08.2009).

A função social também deve ser observada pelo acionista controlar e administradores das companhias no exercício de suas atribuições e deveres (Cf. Lei 6.404/1976, arts. 116, par. único e 154). Em breve síntese, compreende-se a função social da empresa como o respeito a direitos e interesses socialmente relevantes alcançados pela atividade econômica organizada explorada pelo empresário, de modo a tutelá-la como fonte de riqueza e de promoção de valores sociais e existenciais (Viviane Perez, função, passim)³⁹

Além disso, é do interesse do Estado fomentar o desenvolvimento empresarial, dada a umbilical relação existente entre ambos⁴⁰. Por essa razão, ao longo dos anos, o Estado chancelou a criação de mecanismos jurídicos que pudessem motivar o empresário a empreender suas atividades⁴¹. Conforme dito no limiar deste capítulo, a relação entre risco e recompensa sempre se fez presente na vida do então comerciante.

Não é por menos que a expansão da atividade mercantil, naturalmente, criou ferramentas que a ajudariam em sua própria consecução. A gênese do direito comercial se confunde com a engenhosidade dos comerciantes primitivos de criar mecanismos facilitadores das suas ações, com o fito de maximizar seus lucros e minorar riscos.

Os títulos de crédito são um exemplo muito positivo dessa criatividade empresarial. A letra de câmbio surge como ferramenta de câmbio trajetício, para facilitar as negociações entre diferentes feudos ou regiões.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord). **O Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. V. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 5.

⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito empresarial público. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 112, p. 9-18, out./dez.1998.

⁴¹ “Não pode mais o direito empresarial ser meramente passivo observador e receptor dos dados da vida empresarial. Ao transformar esses dados em valores, influencia o próprio conhecimento da vida econômica. Essa transformação só se pode fazer, por outro lado, com uma profunda compreensão tanto da dimensão individual quanto da dimensão coletiva do conhecimento humano. Ausente o Estado para diretamente prover o interesse público, o direito, com sua supremacia valorativa é chamado para imprimir tais valores à vida dos particulares. Em matéria de direito empresarial, essa necessidade é premente, por seu poder e influência sobre a conformação econômica e social da sociedade”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20

Posteriormente, o título deixa de ser um instrumento de câmbio para se tornar uma *ordem de pagamento*, à vista ou a prazo. O aval foi concebido como instrumento de liquidez, ao passo que garantia, autonomamente, a obrigação eventualmente contida na cártula.

O contrato de seguro também teve início como uma possível solução para minorar o risco contra que se lançavam os navegadores em suas temíveis expedições “por mares nunca dantes navegados”.

Contudo, entre todas essas importantes invenções, vislumbra-se nas sociedades, em especial naquelas com sócios de responsabilidade limitada, o posto de grande catalizador da atividade empresária. Compartilha dessa mesma opinião Tullio Ascarelli:

Il principio della responsabilità limitata si fonda politicamente sull'opportunità di facilitare determinate attività attraverso una limitazione di responsabilità, che poi si traduce in una diminuzione di costi e prezzi (e perciò non si riduce ad un privilegio dell'imprenditore)⁴²

Nesse mesmo sentido aduzem Walfrido Warde Jr e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro:

A ideia por trás da grande sociedade era portanto maximizar riquezas aos acionistas e, ao mesmo tempo, conter seus riscos, por meio da externalização de custos sociais. [...]

O privilégio se justificava, até meados do século XIX, de um lado, pelo interesse público no exercício privado de determinadas atividades estratégicas, com elevados custos de entrada, e, de outro lado, por um modelo de governo baseado na regra de voto por cabeça, que sujeitava a companhia a uma efetiva democracia acionária ⁴³

O Estado percebeu, por um lado, que a constituição de sociedades cuja totalidade dos sócios possuísse responsabilidade limitada seria o veículo preferido dos empreendedores para o exercício de empresa. Por essa mesma razão, tratou de conceder-lhes incentivos para que pudessem se organizar dessa forma. Os benefícios vão desde regimes fiscais mais benéficos até o direito de emitir títulos na bolsa de valores. Todavia, é evidente que tais benefícios não viriam sem uma contraprestação equivalente.

⁴² ASCARELLI, Tullio. *L'Imprenditore occulto e sovrano della società: responsabilità limitata e frode alla legge. Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 407. Em português: “[O] princípio da responsabilidade limitada funda-se politicamente na oportunidade de facilitar determinadas atividades por meio da limitação da responsabilidade que, por sua vez, se traduz na diminuição de custos e preços (e, portanto, não se reduz a um privilégio do empresário.”

⁴³ WARDE JR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro. **Regime especial da sociedade anônima simplificada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 26.

Ao mesmo tempo que o ente público agracia os empreendedores com determinadas facilidades, esse mesmo agente também lhes impõe certos ônus quanto (i) a forma de escrituração de sua contabilidade, (ii) ao regime de responsabilidade para com os seus consumidores e (iii) ao regime de responsabilidade perante seus trabalhadores, (iv) ao regime de responsabilidade fiscal. Por último, mas não menos importante, (v) atua prescrevendo regras que regulamentam a governança das sociedades.

Entre todas as obrigações listadas a que são submetidos os empreendedores que desejam exercer empresa constituindo uma sociedade, cumpre-nos tratar, especificamente, sobre o ponto “(v)”, o qual interessa sobremaneira a este trabalho.

1.2.1 O interesse social

A sociedade é, por excelência, um contrato plurilateral⁴⁴, porque obriga seus contratantes entre si e, ao mesmo tempo, perante a sociedade com quem irão se relacionar no futuro. Nesse sentido:

Com arrimo na doutrina de Tullio Ascarelli, largamente difundida no direito brasileiro, o vínculo societário nasce de acordo de vontade entre pessoas que se unem para a consecução de determinada atividade, em prol de um fim comum. Esse pacto, pelas especificidades que envolve, se diferencia dos demais negócios jurídicos. Segundo prestigiado jurista italiano, trata-se de contrato plurilateral.⁴⁵

Quando regularmente constituída, é atribuído à sociedade, por meio da aplicação de uma técnica de ficção jurídica, personalidade jurídica para praticar atos de maneira autônoma. Daí surge o conhecido brocardo que afirma que as sociedades não se confundem com a figura dos seus sócios.

A expressão deriva da vertente subjetiva do princípio da autonomia das sociedades. Tal autonomia de fato existe, contudo, não é plena. Afirma-se isso porque embora a sociedade tenha patrimônio separado do de seu sócio, o que aqui não se nega, as participações societárias detidas por ele, ao mesmo tempo, são bens dotados de valores que podem,

⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1969, p. 266.

⁴⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. **Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio e à ação de dissolução parcial**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24

inclusive, ser expropriados para garantir o pagamento de suas dívidas particulares, conforme bem pontuou Tullio Ascarelli:

Afinal na constituição do patrimônio separado em consequência da constituição da sociedade há, quanto ao aspecto patrimonial, a constituição como que de um privilégio a favor daqueles que venham a ser credores da sociedade (nos confrontos dos credores particulares do sócio) quanto aos bens sociais, perdendo, de outro lado (ou conservando apenas subsidiariamente), os credores sociais, o direito de executar os bens particulares do sócio.⁴⁶

O professor Cassio Machado Cavalli, ao comentar o específico posicionamento de Tullio Ascarelli, defende que as sociedades de ações possuem maior autonomia patrimonial com relação aos seus sócios do que as demais, dado que as ações não seriam suscetíveis de liquidação, diferentemente daquilo que ocorre com as quotas⁴⁷. Nesse sentido:

Assim, enquanto que nas sociedades limitadas há uma autonomia patrimonial fraca, que apenas subordina o pagamento dos credores pessoais dos sócios ao pagamento dos credores sociais, sem que, no entanto, se evite a liquidação da quota; nas sociedades por ações, além da subordinação dos credores dos sócios aos credores da sociedade, há uma proteção contra a liquidação da quota, que causa um *lock-in* do valor investido de modo a proteger o *going concern* da empresa.⁴⁸

Nas sociedades, ademais, as decisões são tomadas por meio de deliberações, as quais são efetivadas quando são atendidos os quóruns necessários de capital votante. Sendo estes observados, a deliberação será válida e será imposta sobre os sócios dissidentes, ou, até mesmo, dos que nela se abstiveram de votar⁴⁹.

Entre os direitos conferidos por lei aos sócios, destaca-se o direito potestativo de retirada que, para a maioria da doutrina, teria por fundamento o inciso XX do art. 5º da Constituição de 1988, numa interpretação ampliativa da expressão “permanecer associado”, para atingir tanto associações quanto sociedades. Embora tal direito seja “absoluto”, não se

⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945. p. 282.

⁴⁷ CAVALLI, Cássio Machado. **Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 101- ss.

⁴⁸ CAVALLI, Cassio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. 2012. 304f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/55327/000856780.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 nov.2016.

⁴⁹ Diz o Código Civil em seu art. 1072: “As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. [...]”

§ 5o As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes”.

pode confundir a retirada da pessoa jurídica do pagamento da participação do sócio no seu patrimônio.

O pagamento dos haveres que o sócio tenha na sociedade e as condições em que este pode ser pleiteado, da mesma forma que o reembolso de ações, não estão disciplinados na Constituição, e sim na legislação societária (Código Civil, ou Lei nº 6.404/76), e não há tratamento uniforme para os tipos societários.

Portanto, é preciso não confundir o “desinvestimento” com o “recesso” do sócio, embora ambas sejam situações em que o sócio não mais permanecerá na sociedade. O desinvestimento pode ser feito através da alienação da posição societária, sem envolver a sociedade como parte na relação jurídica e independentemente de ter o sócio discordado de deliberação assemblear ou da previsão legal de reembolso, características fundamentais no recesso⁵⁰.

Tecidas essas básicas, indaga-se: em que consiste o interesse social? Haveria, efetivamente, autonomia entre a sociedade e seus sócios controladores? Vale identificar três correntes doutrinárias, a seguir comentadas.

A primeira corrente doutrinária é o contratualismo. Seus afiliados apegam-se à natureza contratual indissociável dos instrumentos de formação das sociedades, bem como a algumas outras disposições próprias da estrutura da grande empresa: a regulamentação do direito de retirada, por exemplo, que para os aderentes dessa corrente nada mais seria do que uma denúncia do contrato, eis que o conceito de interesse social consistiria, na realidade, no interesse finalista de todos os sócios, qual seja, o lucro.

Assim, haveria desvio do interesse social, ou melhor, antagonismo na atuação de determinado acionista ou administrador contra os interesses da sociedade sempre que sua atitude significasse risco à obtenção de lucro pela sociedade e, conseqüentemente, à distribuição deste aos sócios⁵¹. Como principais partidários dessa ideia estão José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho⁵², Marcelo Lamy Rego⁵³, Erasmo Valladão Azevedo

⁵⁰ Nesta dissertação não se fará distinção entre “retirada” e “recesso”, sendo os termos considerados sinônimos. Anota-se que a legislação societária brasileira emprega uniformemente o termo “retirada”, inexistindo dispositivo tanto no Código Civil quanto na Lei das S.A. que utilize o termo “recesso”. Já o Código de Processo Civil adota os termos “recesso” e “retirada” como sinônimos (arts. 599, I, II, 600, IV), exceto em seu art. 605, III, onde emprega apenas “recesso” para a retirada do “sócio dissidente” fundada em divergência do resultado de deliberação de reunião ou assembleia (por exemplo: art. 1.077 do Código Civil e art. 137 da Lei nº 6.404/76).

⁵¹ SALOMAO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.28-32.

⁵² BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das Companhias**. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 91-92.

⁵³ Idem, p. 403;

e Novaes França⁵⁴, o Ministro do STJ Waldir Passarinho⁵⁵ e Maurício Moreira Mendonça de Menezes⁵⁶.

A segunda corrente é o institucionalismo. Para seus partidários, o interesse social não poderia ser considerado simplesmente “o somatório do interesse dos sócios”. Pelo contrário, as sociedades (mormente as companhias) teriam um compromisso inerente à consecução de seus objetivos sociais, os quais estariam imbuídos de um *múnus* público, transcendente de seus interesses privados⁵⁷.

A fundação da Escola Institucionalista é atribuída ao filósofo Walter Rathenau. Quanto ao pensamento do referido filósofo, salutares são as considerações de Erasmo Valladão Novaes e França:

Rathenau chama a atenção, inicialmente, para o que denomina de “substituição de conteúdo”, ou seja, para o fato de que o modelo legal da sociedade anônima de então regulava um fenômeno completamente diverso, sob todos os ângulos, daquele para o qual fora idealizado, nos primórdios da época industrial. Com aguda percepção da realidade, afirmava ele que a administração das grandes empresas superava, em vários aspectos, a de pequenos Estados. No entanto, essa “substituição de conteúdo” consistente na passagem da empresa familiar para a grande empresa permanecia ignorada, comportando-se os tribunais segundo esquemas tradicionais. A grande empresa, dizia ele, não é mais uma organização de direito privado, mas um fator da economia nacional, a serviço de interesses públicos⁵⁸

Modesto Carvalhosa, partidário da concepção institucionalista, resume com precisão a essência deste postulado:

[...] A teoria rathenauniana proclama a prevalência do objeto sobre o fim social e, como consequência, o predomínio dos órgãos administrativos sobre as prerrogativas da assembleia geral, possibilitando o reforço do grupo controlador no contexto societário. Este passa a ser o depositário e o intérprete do interesse social⁵⁹.

⁵⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993. p. 22.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial “Resp 131.300”, Min. Rel Waldir Passarinho, DJ 15 de maio de 1995.

⁵⁶ MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Companhia institucional? **Empresa e atividades econômicas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 47-78,

⁵⁷ “A empresa é considerada ente gerador de riquezas e fator de progresso social, e não mera propriedade dos sócios ou sujeita aos egoísticos interesses dos credores. Dessa forma, entre nós, principalmente por força do trabalho jurisprudencial, a visão da empresa completa-se com o reconhecimento de sua função social, ou seja, como ente gerador de riquezas de empregos, cuja preservação deve ser buscada” FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993. p. 22.

⁵⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3 ed. V.2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 448.

Para os institucionalistas haveria desvio do interesse social sempre que o interesse individual de algum sócio se sobrepusesse ao interesse da sociedade. Em outras palavras, o interesse egoístico do lucro imediato de cada sócio deveria ser deixado de lado em prol da evolução da atividade empresarial que a sociedade se propõe a realizar.

Além disso, os autores afiliados a esta corrente de pensamento defendem que sempre que o sócio ou o administrador figurasse em uma posição na qual pudesse ser colocada em xeque sua parcialidade (geralmente em casos de transações entre sócios, administradores e a companhia) deveria se abster de votar, pois essa ação deve ser realizada unicamente no interesse da companhia.

Por fim, a terceira corrente interpretativa existente acerca do interesse social é aquela liderada por Calixto Salomão Filho, que defende a aplicação de uma teoria organizativa da empresa ou do contrato-organização.⁶⁰

Segundo o mencionado professor, as sociedades são, por excelência, centros de administração de interesses e, por isso mesmo, todos os envolvidos no processo de tomada de decisão devem considerar a integralidade dos interesses em jogo ao tomarem suas decisões, principalmente o acionista controlador.

Na Lei das S.A. (Lei nº 6.404/76) pode-se encontrar fundamentos para a corrente defendida pelo prof. Calixto, especialmente quando observados atentamente os termos do parágrafo único do artigo 116, o qual trata do poder de controle:

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Quando houver discussão acerca daquilo que seria o interesse social (e, conseqüentemente, os casos de conflito de interesses), os impasses devem ser resolvidos não apenas pela aplicação da regra de conflito prevista na Lei das S.A. mas, principalmente, por meio daquilo que o autor denomina como *soluções estruturais*.

Segundo Calixto Salomão Filho, o ideal seria a companhia criar em sua estrutura mecanismos eficientes para absorver questões que eventualmente surjam, de modo a, inclusive, dispensar a aplicação da regra de conflito⁶¹.

⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.44-49.

A vertente do pensamento desse autor encontra respaldo nos postulados do economista Ronald H. Coase, em especial suas considerações no artigo "*The Nature of the Firm*". O referido autor vislumbrou nas sociedades, por ele denominadas "firmas", o papel de coordenadoras ("*Agent*") dos diversos interesses que as envolvem, sendo sua precípua finalidade reduzir ao máximo os custos de transação ligados à concretização de todos esses interesses.

Nas palavras de Coase, considera-se eficiente a empresa que diminui ao máximo os custos de transação relacionados ao desempenho de suas atividades, os quais seriam todas as variantes envolvidas em um empreendimento.

Tal engloba custos de oportunidade, custos de agência, dever de mediar os conflitos que surgem, custo de informação e, principalmente, os ônus de arcar com as responsabilidades de seu próprio empreendimento. A função das sociedades, para Coase, seria internalizar os referidos custos para oferecer um produto final atrativo aos seus consumidores.

1.3 Os grupos de sociedade e a evolução do mercado de capitais

Conforme já dito, a personalidade jurídica é um atributo conferido às sociedades para que estas possam praticar atos autônomos perante terceiros. A sua existência é reconhecida exclusivamente como fruto de um exercício da técnica jurídica (teoria da realidade técnica), por meio da qual se reconhece a autonomia de atos praticados por um ser fictício.

Em virtude dessa autonomia, os empresários se perguntavam se seria possível que uma sociedade participasse de outra sociedade. A dúvida era assaz pertinente, afinal, estar-se-ia cogitando ser viável montar uma estrutura que consistiria "na abstração de uma abstração"⁶².

O impasse foi rapidamente resolvido, com influência do clamor de todos os empreendedores, que almejavam se valer de estruturas cada vez mais eficientes para limitar os riscos inerentes aos seus empreendimentos. Logo, passou a ser permitido que uma sociedade participasse do capital das outras. Neste contexto, começaram a criar vínculos jurídicos,

⁶¹ Segundo o prof. Calixto Salomão Filho, as regras de conflito, dispositivos que regulam o conflito de interesses dentro da Lei das S.A., são apenas uma das opções existentes no regime do anonimato para solucionar os impasses. Fonte: SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 107-112, *passim*.

⁶² ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 490-493.

construindo relações de coligação e controle entre si, de modo que fosse possível desempenhar em conjunto suas atividades.

Em lição clássica, Tulio Ascarelli ensina que “falaremos em coligação, quando uma sociedade for sócia de outra; em controle, quando a participação de uma sociedade em outra for de molde a facultar legalmente o controle da primeira sobre a segunda”⁶³

Esse fenômeno associativo entre as sociedades apresenta uma grande expansão no período imediato à Segunda Guerra Mundial, muito impulsionado pelo grande desenvolvimento norte-americano no pós-guerra e majoritariamente pela instauração do padrão de *welfare state*.

Os grupos econômicos foram surgindo à medida que a economia crescia, e também com o aumento das restrições impostas pela legislação antitruste de diversos países quanto à constituição de trustes e cartéis.

Muito embora haja uma grande preocupação do direito da concorrência quanto ao surgimento de monopólios mascarados, até nos dias atuais, a formação de grupos societários é uma verdadeira tendência⁶⁴. Essa situação levou Joaquim Jorge Lobo a afirmar:

[C]omo acentua TON HADDEN, “os comercialistas continuam a escrever e a raciocinar como se a sociedade individual e independente fosse a regra. Na realidade, esta sociedade deixou de constituir a mais importante forma de organização econômica desde as décadas de 20 e 30. O mundo comercial é hoje dominado, quer nacional, quer internacionalmente, por complexos grupos de sociedades. “Podendo-se, com ênfase, afirmar que “os grupos de sociedades estão no coração de todos os problemas com que hoje se debate o direito das sociedades”⁶⁵

Com efeito, numa economia capitalista, caracterizada pela livre, acirrada e, por vezes, desleal concorrência, não apenas a empresa precisa constantemente desenvolver-se (expansão interna), como, por igual, concentrar-se (expansão externa), com o escopo de aumentar a produção e conquistar consumidores, sobretudo em diferentes países e, até mesmo, em diversos continentes [...] ⁶⁶

Sustenta-se que os mencionados grupos econômicos de sociedades⁶⁷ podem ser de fato ou de direito. O grupamento é uma técnica de organização societária, por meio da qual uma pessoa jurídica participa do capital da outra, quer seja em uma condição de coligação, quer seja em posição de controle. Nesse sentido, cumpre tecer algumas considerações.

⁶³Idem, p. 487

⁶⁴ Sugere-se a leitura do trabalho de Manoel Vargas. Fonte: VARGAS, Manoel. Grupos de sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 519-526.

⁶⁵ LOBO, Jorge Joaquim. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Escritório de Advocacia Jorge Lobo, 2000. p. 14

⁶⁶ Idem, 2000, p. 15

⁶⁷ Código Civil, art. 1.097, e/ou LSA, grupos de fato, arts. 243 a 264, e grupo de direito, arts. 265 a 278.

1.3.1 A coligação e o vínculo de controle

A coligação entre sociedades é regulada tanto no Código Civil como na Lei das Sociedades Anônimas Brasileiras. Destaque-se que essa nomenclatura, em que se regula um mesmo fenômeno jurídico por dois diplomas legais distintos, perdura até os dias atuais.

A justificativa para essa “dupla regulamentação” do conceito de coligação pelo diploma legal civil e pela Lei das S.A deve-se à tentativa do legislador brasileiro em unificar o direito civil com o direito comercial, através da promulgação do Código Civil de 2002.

Contudo, com a publicação desse instrumento legal em 2002 houve apenas, conforme já dito, uma unificação parcial entre os direitos civil e comercial.

Nesta sina, de acordo com os critérios previstos no Código Civil Brasileiro, no art. 1.099 considera-se "coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la". Ademais, para a legislação civil, caso fosse verificado um vínculo entre sociedades, com participações de capital inferior a 10%, o vínculo entre as referidas pessoas jurídicas seria denominado "de simples participação".

O regime antigo da Lei do Anonimato, antes de sua ab-rogação, adotava a mesma linha que o Código Civil. Portanto, segundo anterior redação do art. 243 da Lei das S.A., seriam consideradas coligadas as sociedades "quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la".

Se, em um primeiro momento, o Código Civil e a Lei das S.A. dispunham de forma similar acerca das sociedades coligadas, com o advento da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e a introdução do critério da influência significativa, a Lei das S.A. passa a ter uma regulação diversa da legislação civil. De acordo com a nova redação do §1º do art. 243 da Lei das S.A. alterada pela Lei nº 11.941/09, são coligadas "as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa". O que seria essa tal "influência significativa"? O novo §4º, introduzido no art. 243, responde essa indagação.

Esclarece o mencionado parágrafo que haveria "influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la".

Ademais, pela redação do também incluído §5º do art. 243, a influência significativa será presumida quando "a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la".

É digno de nota que, independente da legislação que trate do fenômeno da coligação, quer seja o Código Civil ou a Lei das S.A., todas elas distinguem a questão da coligação a partir da exclusão dos casos em que se verifica o controle. Tanto é assim que o §4º do art. 243 da Lei das S.A., da mesma forma que o art. 1.099 do Código Civil, deixa claro que, averiguado o controle, se descaracteriza a condição de coligação, dando lugar à relação de controlador e controlada, respectivamente.

O controle é uma situação de fato, na qual determinado indivíduo ou grupo detém, de maneira estável, o poder de fazer prevalecer sua vontade em uma assembleia geral, bem como de eleger a maior quantidade de membros da administração. O controle corresponde, nesse caso, à capacidade de determinar as diretrizes de uma sociedade. Nesse sentido, explica Joaquim Jorge Lobo

Entre nós, o prof. Alfredo Lamy Filho e o jurista José Luiz Bulhões Pedreira, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de S.A., ressaltaram que o "Anteprojeto distingue duas espécies de relacionamento entre sociedades, quais sejam: (a) sociedades coligadas, controladoras e controladas que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal das sociedades isoladas e não se organizam em conjunto; (b) sociedades controladoras e controladas, que por convenção, levada ao Registro do Comércio, passem a constituir grupo societário, com disciplina própria"⁶⁸

Tecidas essas considerações quanto aos tipos de vínculo que as sociedades podem formar entre si, cumpre investigar os grupos de sociedades, propriamente.

1.3.2 Os grupos de sociedade

A prática revela que, em sua maioria, os grupos de sociedades são compostos por sociedades cuja responsabilidade imane dos sócios se limitada, ou seja, "de responsabilidade limitada". Entre as principais vantagens para constituição de um grupo de sociedades estaria, principalmente, a possibilidade de realocação dos riscos empresariais

⁶⁸ LOBO, Jorge Joaquim. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Escritório de Advocacia Jorge Lobo, 2000. p. 21.

referentes à atividade desempenhada pelo grupo entre os seus diversos membros, o que tornaria a atuação de todos mais eficiente.

Imagine-se a complexidade que seria uma única sociedade comportar um objeto social extremamente abrangente, desempenhando as mais diversas atividades. Certamente, o volume de risco assumido por essa sociedade não seria tão convidativo aos seus sócios quanto um modelo em que o risco de determinadas atividades se encontrasse distribuído de maneira isolada entre os diferentes componentes de um grupo.

Além disso, é esperado que a sinergia entre a atuação conjunta dos componentes do grupo irá gerar um valor agregado final maior do que a atuação isolada de cada sociedade. Portanto, sumariamente, os grupos de sociedades almejam alcançar uma maior eficiência nas suas atuações por meio da redução dos riscos, formando uma única empresa. Arnoldo Wald e Nelson Eizirik, em conjunto, se pronunciaram nesse sentido:

Na realidade, a doutrina reconhece, hoje, que o grupo empresarial representa atualmente a unidade da empresa sob a forma de uma ou de várias sociedades. Sendo a empresa uma unidade econômica de produção ou distribuição de bens ou serviços caracterizada pela existência de uma decisão unitária, essa unidade de decisão econômica, que abrange as sociedades do grupo, caracteriza a existência da empresa, que passa a coincidir e a se identificar não mais com a sociedade, mas com o grupo societário [...].

A concentração econômica é instrumentalizada de várias formas, que vão desde o processo de fusões e incorporações até o de formação de grupos de empresas, em que se mantém a independência patrimonial de cada entidade, operando-se, todavia, uma atuação conjunta a nível da sua gestão.⁶⁹

Modesto Carvalhosa ao analisar a realidade dos grupos de sociedades faz importante ressalva quanto a sua forma de associação ao asseverar que "a controladora poderá ter participação no capital da controlada, e apenas a coligada investidora poderá participar no capital da coligada investida" ⁷⁰. A justificativa para essa restrição decorre da necessidade de conferir maior transparência e fidedignidade aos quadros acionários das companhias.

Os grupos de sociedades encontram-se regulados no Código Civil (art. 1.097) e/ou na Lei das Sociedades por Ações. Nesse segundo diploma, os chamados “grupos de fato” se encontram regulamentados no Capítulo XX (arts. 243 a 264), enquanto que os grupos de direito têm suas diretrizes dispostas nos Capítulos XXI e XXII (arts. 265 a 278). Marcelo

⁶⁹ WALD, Arnoldo; EIZIRIK, Nelson. A designação do grupo de sociedades e a interpretação do art. 267 da Lei das S.A.In: **Revista Brasileira de Direito Mercantil**, nova série, ano XXIII, v. 54/55-66, abr.-jun. 1984. p. 57.

⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22.

Marco Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro pontuam muito bem a diferença entre os aludidos grupos:

Formam grupos de direito aquelas sociedades que se relacionam entre si mediante convenção formalizada no Registro Público de Empresas Mercantis, por meio da qual se obrigam a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades e empreendimentos comuns (LSA, art. 265). Os grupos de fato, por sua vez, constituem-se de sociedades que se relacionam mediante a participação acionária de umas em relação a outras, todas pertencentes a uma mesma organização de fato. Estas se apresentam sob a forma de coligadas, controladoras e controladas⁷¹

Embora a integração seja a intenção almejada por ambos os tipos de grupo, a estrutura de cada um impõe regras diferentes. Jorge Joaquim Lobo é quem melhor captura as nuances de cada um destes. Nesse sentido, vale a transcrição de importante trecho de sua obra:

De nossa parte, calcados na Lei de Anônimas, escrevemos que se forma um “grupo de direito quando sociedade controladora e suas controladas celebram convenção pela qual se obrigam a combinar recursos e esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades e empreendimentos comuns”, conforme se lê no artigo 265 da Lei 6.404, de 1976, e, ainda, que “o grupo de sociedades é uma técnica de gestão e de concentração de empresas, que faz nascer um interesse novo, externo e superior ao de cada uma das sociedades isoladas, o qual, muitas vezes, não coincide nem com o interesse perseguido pela sociedade dominante, nem com os propósitos das sociedades dominadas.

As sociedades componentes do grupo, mantendo cada uma personalidade jurídica e mantendo cada uma personalidade jurídica e patrimônios próprios e autônomos, ao invés de constituírem uma nova entidade econômico-financeira, reúnem-se, sob uma única direção, para, somando esforços e valores de várias naturezas, alcançar objetivos comuns, o mais das vezes de difícil consecução pelas sociedades isoladas. Não obstante concentradas em grupo, preservam, em princípio, seu objeto social e seus órgãos diretivos.” [grifou-se e destacou-se]

A classificação mais comum distingue os grupos de direito dos grupos de fato, consoante haja ou não sido celebrada uma convenção para disciplinar as relações entre a sociedade controladora e suas controladas. Entre nós, em que a dicotomia é nítida, os grupos de sociedades de fato estão regulados no capítulo XX (arts. 243 a 264 da Lei de S.A) e os grupos de sociedades de direito no capítulo XXI (arts. 265 a 277).⁷²

Prossegue o autor, constatando as particularidades que distinguem os grupos de direito dos grupos de fato:

⁷¹ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. reform. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p.245.

⁷² LOBO, Jorge Joaquim. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Escritório de Advocacia Jorge Lobo, 2000. p. 21-23.

O modelo contratual pressupõe que as sociedades grupadas celebrem um pacto, através do qual subordinam os seus interesses aos interesses do grupo, como acontece na Alemanha, no Brasil e em Portugal, sendo certo que, na falta de contrato escrito nominado, as relações entre as empresas do grupo devem pautar-se pela estrita obediência a rigorosas normas, em que se pune o comportamento abusivo dos administradores e se agrava a sua responsabilidade.⁷³

Enquanto as sociedades integrantes de grupo de fato devem promover sua gestão de modo a considerar seus interesses individualmente e em bases estritamente comutativas, às sociedades integrantes do grupo de sociedades é permitido a tomada de decisão com base em um interesse coletivo.

Se por um lado, a possibilidade de unificar as diretrizes das sociedades integrantes dos grupos por meio da celebração de uma convenção é um dos grandes atrativos que os grupos de direito têm a oferecer, a sua própria regulamentação burocrática, fazem-no, em certa medida, menos interessante.

A leitura de alguns dos dispositivos que regulamentam os grupos de direito são prova do que aqui se alega. O art. 269⁷⁴ estabelece muitas exigências para a assinatura de uma convenção grupal. Se por um lado a convenção grupal é benéfica, pois confere transparência ao tipo de governança que será praticada no grupo, por outro, sua própria rigidez acaba por torná-la um fardo incompatível com a realidade empresarial.

O arquivamento da convenção de grupo impõe modificações nos registros de todas as sociedades que dele façam parte, nos termos do art. 271 da Lei das S.A.⁷⁵ Basta dizer que,

⁷³ LOBO, Jorge Joaquim. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Escritório de Advocacia Jorge Lobo, 2000. p. 24.

⁷⁴ Lei das S.A., em seu art. 269: “O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:

- I - a designação do grupo;
- II - a indicação da sociedade de comando e das filiadas;
- III - as condições de participação das diversas sociedades;
- IV - o prazo de duração, se houver, e as condições de extinção;
- V - as condições para admissão de outras sociedades e para a retirada das que o componham;
- VI - os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o componham;
- VII - a declaração da nacionalidade do controle do grupo;
- VIII - as condições para alteração da convenção”.

⁷⁵ Lei das S.A., em seu art 271: “Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos:

- I - convenção de constituição do grupo;
- II - atas das assembleias-gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo;
- III - declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle de sociedade filiada.

§ 1º Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes, deverão ser arquivadas no registro do comércio das respectivas sedes as atas de assembleia ou alterações contratuais que tiverem aprovado a convenção, sem prejuízo do registro na sede da sociedade de comando.

enquanto todas as sociedades do grupo não promoverem o arquivamento no registro competente dos documentos pertinentes à realização dessa associação e tal não for deferido, o grupo não poderá ser constituído.

A regulamentação extremamente burocrática pode ser apontada como um dos fatores que penderam para a não utilização dos grupos de direito, mas, certamente, não pode ser apontada como único fator. É válido listar as diferenças das regras de governança entre os grupos de sociedades. Quanto aos grupos “de fato”⁷⁶ podem ser feitas as seguintes considerações:

a) as sociedades grupadas não podem favorecer umas às outras em transações e só podem se engajar nas mesmas conquanto se mostrem vantajosas para ambas;

b) as operações entre as sociedades grupadas devem obedecer ao princípio da equivalência das condições, de forma que só se realizem negócios jurídicos comutativos ou com pagamento compensatório (LSA, art. 245);

c) a sociedade controladora responde por abuso de poder, *ex vi* dos artigos 246 c/c 116 e 117 da Lei nº6.404/76;

d) cabe

— ação da própria companhia controlada com fundamento nos artigos 246 c/c. 116 e 117 da Lei de S.A., contra sua controladora, almejando a reparação cabal das perdas e danos;

— ação social *uti singuli*⁷⁷ e, também;

— ação individual dos acionistas;

e) os administradores da controladora e das controladas que violarem a lei respondem por perdas e danos, com base na teoria da responsabilidade civil aquiliana;

f) são legitimados ativos na ação de responsabilidade contra os administradores a própria companhia e os acionistas não controladores, como substitutos processuais e em seu próprio nome e dos credores contra a companhia e os administradores, com apoio no art. 158 da Lei das S.A.

§ 2º As certidões de arquivamento no registro do comércio serão publicadas.

§ 3º A partir da data do arquivamento, a sociedade de comando e as filiadas passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo.

§ 4º As alterações da convenção do grupo serão arquivadas e publicadas nos termos deste artigo, observando-se o disposto no § 1º do artigo 135”.

⁷⁶ LOBO, Jorge Joaquim. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Escritório de Advocacia Jorge Lobo, 2000. p. 55-56.

⁷⁷ Essa é a iniciativa de que os acionistas minoritários podem se valer para pleitear em nome próprio um benefício que a companhia faria, já que visa a obter, contra os administradores ou acionista controlador, uma indenização dos danos sofridos pela própria sociedade, em razão da má atuação de seus gestores.

Quanto aos grupos de direito⁷⁸:

a) a sociedade de comando pode impor, nos termos da convenção, às suas filiadas, políticas administrativas, econômicas, financeiras, operacionais, de *marketing*, etc. É viável, inclusive:

— subordinar os interesses da filiada aos de outras filiadas e aos do grupo; e

— assim transferir lucros e prejuízos de uma para outras;

b) os sócios minoritários da filiada não terão ação contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos se estes decorrerem de atos ou operações praticados com apoio no art. 276, *caput*, da Lei de S.A. (cf. §3º do art. 276)⁷⁹;

c) observada a convenção, os administradores das sociedades filiadas podem ficar subordinados aos da sociedade de comando;

d) se os administradores do grupo e os administradores das filiadas agirem de acordo com a convenção e a lei, nada lhes pode ser exigido, mesmo que seus atos causem prejuízos às filiadas, aos minoritários das filiadas e aos credores;

e) a estruturação em formato de grupos de sociedades não gera solidariedade, e muito menos, responsabilidade coletiva perante terceiros, pelo menos para fins da legislação societária, embora haja uma direção unificada sobre essas sociedades⁸⁰;

f) é garantido, aos sócios dissidentes da deliberação que aprova a adesão da sociedade em grupo de sociedades, o direito de recesso, nos termos do art. 270, parágrafo único, da Lei das Sociedades por Ações⁸¹.

⁷⁸ Ibidem, p. 58 e 59.

⁷⁹ Lei das S.A., art. 276: “A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo. [...]”

§ 3º Os sócios minoritários da filiada terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de atos praticados com infração das normas deste artigo, observado o disposto nos parágrafos do artigo 246”.

⁸⁰ O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, regulamenta que em caso de relação de consumo haveria solidariedade entre os membros, decorrente da responsabilidade subsidiária detida por cada componente do grupo de sociedades, no sentido de ressarcir eventual consumidor lesado, nos termos do art. 28, §2º, do referido diploma legal.

Conforme o Código de Defesa do Consumidor, ou Lei nº 8078/90:

“§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código”.

⁸¹ Lei das S.A., art. 270: “A convenção de grupo deve ser aprovada com observância das normas para alteração do contrato social ou do estatuto (art. 136, V). (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

Parágrafo único. Os sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo têm direito, nos termos do artigo 137, ao reembolso de suas ações ou quotas”.

Independente da estrutura empregada, toda atividade está sujeita a um nível de risco. Na realidade empresarial, é muito comum que sobrevenham dificuldades para o empresário na condução de suas atividades. À guisa de ilustração, a dificuldade pode surgir como consequência da atuação exitosa de algum concorrente; de uma multa elevada inesperada aplicada por um agente da fiscalização; pelo surgimento de uma despesa extraordinária, ou, ainda, da obsolescência do serviço ou produto oferecidos no mercado.

São múltiplos os fatores que podem colocar em risco a continuidade da empresa. Às vezes, divergências entre parentes chegam a comprometer a manutenção de diversos postos de emprego, caso se trate de uma sociedade familiar.

Entre as áreas que compõem o direito empresarial, o direito falimentar e o direito recuperacional se voltam para o estudo da crise da atividade empresária. Enquanto no primeiro estuda-se a liquidação judicial de uma atividade empresária, no segundo estudam-se os mecanismos legais concebidos com fito de soerguer o empresário em crise.

Para os fins desta pesquisa, o estudo do direito recuperacional e, mais precisamente, da recuperação judicial, é de extrema importância, tendo em vista que foi este o procedimento concebido pelo legislador para ajudar a socorrer o empresário acometido pela crise.

Mesmo que a recuperação judicial possa ser utilizada como importante ferramenta de reestruturação e reorganização do passivo do empresário, sua missão é, na verdade, garantir a preservação da empresa, que é a norma-objetivo que norteia todo o processo de recuperação judicial⁸².

Para tanto, a exata compreensão do instituto da recuperação judicial se revela fundamental. Porém, para fins desta pesquisa, é pretensão demonstrar como esse procedimento pode ser assaz útil para os grupos de sociedades.

⁸² Sobre as normas-objetivo, Cf. Eros Roberto Grau “Não se interpreta o direito em tiras A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. Ensina von Jhering que a finalidade é o criador de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade. Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definitivamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas- objetivo. A contemplação, no sistema jurídico, de normas-objetivo importa a introdução, na sua "positividade", de fins aos quais ele - o sistema - está voltado. A pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, toma-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme. ” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito** 5.ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 18-19.

Por essa razão, o próximo capítulo será destinado a tratar do instituto da recuperação judicial e, mais precisamente, de sua possível utilidade para as sociedades integrantes de grupo – quer sejam esses de fato ou de direito.

2 A recuperação judicial e sua utilidade para os grupos de sociedade

O presente capítulo versará especificamente sobre o instituto da recuperação judicial. Antes de adentrar-se na recuperação judicial dos grupos econômicos, revela-se indispensável apresentar as características gerais da recuperação judicial.

Dadas todas as particularidades deste procedimento, será dividido o presente capítulo em 4 (quatro) sub-tópicos, quais sejam:

- a) a finalidade do instituto, sua natureza jurídica e sua utilidade;
- b) no segundo, será apresentado de modo panorâmico o procedimento da recuperação judicial;
- c) no terceiro, será explicado a regra específica de competência das recuperações judiciais, qual seja, o principal estabelecimento; e, por último
- d) como tópico de transição para o próximo capítulo deste trabalho, serão apresentadas, de modo sintético, as vantagens do processo de recuperação judicial para os grupos de sociedades.

2.1 Recuperação judicial: finalidade, natureza jurídica e utilidade

A recuperação judicial foi introduzida no ordenamento pátrio com o advento da Lei nº 11.101/2005 como nova ferramenta a ser utilizada pelo empresário para tentar se soerguer da crise⁸³ que lhe sobrevém no exercício de suas atividades.

A implementação da recuperação judicial representa uma enorme ruptura com relação ao modelo anterior das concordatas, previsto no ab-rogado Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Para confirmar essa afirmativa, basta analisar o papel desempenhado pelos credores em ambos processos de renegociação. Sob a égide do antigo diploma legal, por exemplo, os credores tinham pouquíssima influência sobre os rumos do processo. Nas concordatas, o

⁸³ “A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária” Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** v. III. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 211-212.

devedor e o juiz exerciam um papel muito mais relevante do que os devedores – embora, lembrando, fossem eles os maiores interessados no deslinde daquele processo.

Não é por menos que Jorge Joaquim Lobo se referia às concordatas como “favor legal a que faria jus o empresário de boa-fé”, conforme se verifica a seguir:

[...] constitui um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios", de justificado "interesse público", pois, "se a falência desanima o falido e lhe rouba o estímulo, aquela é um incentivo ao trabalho", "que visa principalmente a salvar o devedor da catástrofe da falência, que é a sua completa ruína econômica e moral" e lançar uma "tábua de salvação aos credores, nem sempre imunes de responsabilidade na catástrofe de seu devedor", consistindo, por conseguinte, como ressaltado pelo STF, em um "expediente fácil e econômico de liquidação, por meio do qual evita-se a declaração de falência, defendem-se e salvam-se interesses comuns do devedor e do credor"⁸⁴

Trajano de Miranda Valverde era ainda mais enfático ao analisar o diminuto papel que desempenhavam os credores no processo de concordata:

A demanda de concordata inicia-se, como nos processos contenciosos, com o pedido do devedor, e, queiram ou não os credores citados para dizer sobre o pedido, o juiz dele toma conhecimento e decide a sua procedência ou improcedência, segundo as regras prescritas em lei. Aos credores fica reservado o direito de se oporem (art. 142) ao pedido, porém não mais dependerá da vontade deles a terminação do processo da falência pela concordata suspensiva, quando cumprida, nem a concessão da concordata preventiva⁸⁵

Se no outrora dualista⁸⁶ antigo regime falimentar, os credores exerciam um papel inexpressivo no processo⁸⁷, na recuperação judicialfoi-lhes outorgando amplo poder decisório.

O destino do devedor, literalmente, repousa sob a mão de seus credores, pois, a depender das vontades manifestadas, haverá duas possibilidades para o devedor.

⁸⁴ LOBO, Jorge Joaquim. **Crise da empresa: a busca de soluções**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 668, 1991, p. 35.

⁸⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências** 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2. p. 237 e 238.

⁸⁶ A expressão foi utilizada pelo professor Fabio Konder Comparato para criticar o anterior sistema falimentar, o qual era ora mais tendente aos interesses do devedor e ora mais próximo dos interesses dos credores. Nesse sentido: “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário. De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica de permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, por motivos de interesse tanto social, quanto econômicos” Cf. COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970, p. 102.

⁸⁷ LACERDA, Jozé Cândido Sampaio de. **Manual de Direito Falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 244

Caso seja verificado em assembleia geral que a maioria dos credores está de acordo com os termos do plano de recuperação proposto, nos termos do art. 58⁸⁸ da Lei nº 11.101 de 2005, *poderá* ser concedida a recuperação judicial; todavia, caso o referido plano venha a ser rejeitado pela maioria das classes, - e não sendo aplicável os termos do §1º, art. 58 da LRF -, o magistrado *poderá*⁸⁹ decretar a falência do devedor.

A utilização do termo “*poderá*” ao invés de “*deverá*” em ambos os casos é proposital. A interpretação literal do artigo 58 da LRF anteriormente mencionado, ao dispor que “o juiz concederá a recuperação judicial” pode levar seu intérprete à ilação de que o magistrado estaria obrigado a conceder a recuperação judicial, em qualquer das hipóteses que a assembleia geral aprovasse o plano apresentado pelo devedor.

Embora seja verdade que a discricionariedade decisória do magistrado no procedimento de recuperação judicial tenha sido tolhida, tendo em vista que a ele é defeso conceder a recuperação judicial, se for rejeitado pela assembleia de credores, ou que não preencha os requisitos previstos no art. 58, §1º. Por outro lado, não está obrigado a homologar qualquer plano. Cabe, na realidade, exercer o controle de legalidade sobre a negociação que lhe é referendada pela assembleia geral de credores⁹⁰.

O juiz pode se recusar a homologar plano de recuperação judicial, determinando que sejam realizados ajustes. Neste sentido, vale a transcrição de trecho da decisão da 1ª Câmara Reservada de Falências e Recuperação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual contou com a relatoria do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, no sentido de:

⁸⁸ Lei nº 11.101/2005, art. 58: Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

⁸⁹ Lei nº 11.101/2005 Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;
II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;
III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;
IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

⁹⁰ Nesse sentido está a jurisprudência do STJ. A Respeito Cf “Recurso especial. Recuperação judicial. Aprovação de plano pela assembleia de credores. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano. Possibilidade. Recurso improvido.

1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.

2. Recurso especial conhecido e não provido” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.314.209-SP (2012/0053130-7), Quarta Turma, Ministra Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 22.05.2012.

Ademais, na I Jornada de Direito Comercial, restou consignado que no enunciado de número “44” que A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.

O Juiz não é mero chancelador ou homologador das deliberações assembleares, devendo examiná-las sob a óptica do princípio constitucional da função social da empresa que, por isso, deve ser preservada.

A preservação da empresa é o maior princípio da Lei nº 11.101/2005, não se olvidando que os princípios têm peso e densidade, devendo ser mensurados. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, mercê do que, havendo conflito entre um princípio e uma regra, o Juiz deve dar prevalência ao princípio⁹¹.

De maneira muito semelhante ao que ocorre no artigo 58 com o uso da expressão deverá, o art. 73 também dispõe que o “juiz decretará a falência” nas hipóteses em que o plano de recuperação judicial for aprovado. A rejeição do plano pelos credores é um indício, sem dúvida, que pende favoravelmente a decretação de falência.

Todavia, as particularidades do caso concreto podem pender para adoção de uma outra solução. Suponha-se, por exemplo, que a um grupo de credores não agradou determinada estipulação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, o qual previa o pagamento de parte das dívidas com a cessão de participações societárias detidas pelo devedor em outras sociedades.

Não obstante, este mesmo grupo de credores, que recusou a estipulação feita no plano de recuperação, acenou sua possível anuência com a possibilidade de quitação do débito em parcelas mensais dos próximos 5 (cinco) anos. Nesta hipótese, melhor seria que o magistrado conferisse um prazo para que o devedor alterasse determinada previsão em seu plano de recuperação e reconduzisse a questão para uma nova votação.

Efetivamente, no regime atual, o magistrado não exerce o mesmo protagonismo que lhe era característico na concordata preventiva, tendo em vista que suas decisões deverão, necessariamente, atentar-se à vontade manifestada pelos credores. Não obstante, isto não faz também com que o magistrado tenha uma atuação biônica desprovida de qualquer tirocínio.

Além da expressiva alteração no que tange à participação dos credores neste tipo de processo; na recuperação judicial é conferida ampla autonomia para o devedor e seus credores negociarem, algo bem diferente do que acontecia com as concordatas, em que, lembrando, a renegociação dos débitos estava adstrita a uma única classe de credores, com uma fórmula de pagamento preestabelecida em lei, contendo prazos e percentuais de pagamento a serem cumpridos⁹²

⁹¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento nº 461.740.4/4-00. Rel. Des. Pereira Calças. DJ 27/03/2007.

⁹² Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Art. 156. O devedor pode evitar a declaração da falência, requerendo ao juiz que seria competente para decretá-la, lhe seja concedida concordata preventiva.

§ 1º O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de

Essa liberdade negocial, inata ao procedimento de recuperação, torna-o único, à medida que sua própria estrutura impulsiona tanto o credor como o devedor a buscarem uma solução dialética para seu problema. Nesse sentido, são as considerações de Jorge Joaquim Lobo:

A recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ele sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral⁹³.

Feitas essas considerações introdutórias, mister se faz discorrer acerca da finalidade da recuperação judicial.

2.1.1 Finalidade

I - 40%, se fôr à vista;

II - 60%, se fôr a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.

I - 50%, se fôr à vista; (Redação dada pela Lei nº 4.983, de 18.5.45)

II - 60%, 75%, 90% ou 100%, se a prazo, respectivamente, de 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito), ou 24 (vinte e quatro) meses, devendo ser pagos, pelo menos, 2/5 (dois quintos) no primeiro ano, nas duas últimas hipóteses. (Redação dada pela Lei nº 4.983, de 18.5.45)

§ 2º O pedido de concordata preventiva da sociedade não produz quaisquer alterações nas relações dos sócios, ainda que solidários, com os seus credores particulares.

Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Art. 177. O falido pode obter, observadas as disposições dos artigos 111 a 113, a suspensão da falência, requerendo ao juiz lhe seja concedida concordata suspensiva.

Parágrafo único. O devedor, no seu pedido, deve oferecer aos credores quirografários, por saldo de seus créditos, o pagamento mínimo de:

I - 35%, se fôr à vista;

II - 50%, se fôr a prazo, o qual não poderá exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos dois quintos no primeiro ano.

⁹³ LOBO, Jorge Joaquim. Comentários In TOLEDO, Paulo Fernando. Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 168.

A Lei nº 11.101/2005, em vez de conferir uma definição legal própria da recuperação, preferiu apenas no artigo 47 fixar uma norma-objetivo⁹⁴ que nortearia a todo aquele processo, o qual assim dispõe:

A recuperação judicial tem por objetivo 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.

É preciso fazer uma leitura técnica do mencionado dispositivo, a fim de que se possa aplicá-lo corretamente. O artigo revela que o objetivo-fim da recuperação judicial é promover “preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”

Ademais, conforme visto no capítulo anterior, o conceito jurídico da palavra empresa pode ser extraído do conceito legal de empresário, tendo em vista que o legislador nacional optou por retratar o fenômeno empresarial através do perfil subjetivo da empresa no art. 966 do Código Civil. Neste diapasão, pertinentes são as colocações feitas por Rubens Requião:

Em primeiro lugar, cumpre-nos desfazer uma série de equívocos e preconceitos que perturbam a exata compreensão do fenômeno econômico e jurídico que é a empresa. A figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial (art. 1.142 do Cód Civ) e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade. É comum o empresário referir-se ao seu estabelecimento comercial, ou à sociedade de que é titular ou sócio proeminente, como “a minha empresa”. Os conceitos, no entanto, são inconfundíveis.

É preciso compreender que a empresa, como entidade jurídica, é uma *abstração*. A muitos tal afirmativa parecerá absurda e incompreensível, dado aquele condicionamento de que a empresa é uma entidade material e visível. Brunetti, professor italiano de alto conceito, chegou à conclusão da abstratividade da empresa, observando que “a empresa, se do lado político-econômico é uma realidade, do jurídico é *un’astrazione*, porque, reconhecendo-se como organização de trabalho formada das pessoas e dos bens componentes da *azienda*, a relação entre a pessoa e os meios de exercício não pode conduzir senão a uma *entidade abstrata*, devendo-se, na verdade, ligar à pessoa do titular, isto é, ao empresário”.

Vimos que uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o *exercício de uma atividade* (art. 966 do Cód. Civ). É da ação intencional (*elemento abstrato*) do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa. Darmatello põe muito claro o tema, ressaltando que a empresa é caracterizada *pelo exercício* da organização. Se todos os seus elementos estiverem organizados, mas não se *efetivar o exercício dessa organização*, não se pode falar em empresa. [...]

⁹⁴ As normas-objetivo ou normas-fim são àquelas que indicam ao intérprete os fins, os objetivos que devem ser perseguidos por todos os meios legais para sua concretização. Nesse sentido, Cf. GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 130-153.

Dessa explicação surge nítida a ideia de que a empresa é essa *organização* dos fatores da procuração *exercida*, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Sai por que o conceito de empresa se firma na ideia de que ela é o *exercício de atividade produtiva*. E do *exercício* de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata⁹⁵.

A leitura do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, ao elencar como a finalidade do procedimento de recuperação judicial a *preservação da empresa*, está dispondo, na verdade, que a função daquele procedimento é garantir a continuidade da *atividade profissional organizada* (perfil funcional) prestada pelo *empresário* (perfil subjetivo) em dificuldades, pois é a partir da consecução empresa que são gerados e mantidos empregos (perfil corporativo), circulam riquezas, agrega-se valor aos bens destinados a produção em função da organização que lhes é impressa pelo empresário (perfil objetivo) e há, efetivamente, o desenvolvimento. São vários os interesses existentes dentro da empresa.

É preciso compreendê-los como um todo, porém enxerga-los de modo separado, exatamente como fez Alberto Asquini em seu ensaio sobre os perfis da empresa.

Nesse sentido, embora os conceitos de “empresa” e de “empresário” não se confundam, há uma tênue linha divisória que os separa, cujos contornos precisam ser muito bem tracejados para exata compreensão do instituto da recuperação judicial.

A linha limítrofe que distingue o conceito de empresa do de empresário é muito sutil, pois, ao mesmo tempo em que o exercício profissional da empresa particulariza o indivíduo como empresário, é o empresário, na condição de titular da atividade, quem confere à empresa a sua representatividade, na medida em que esse é o centro de imputação daquela organização, sendo responsável por assumir todos os riscos e responsabilidades a ela inerentes, bem como dela extrair os lucros.

A compreensão de um instituto exige o conhecimento do outro. Por este motivo, na ocasião da tramitação da Lei de Falências e Recuperação Judicial no Congresso Nacional, o senador Ramez Tebet listou como um dos princípios da falência e da recuperação judicial a separação dos conceitos de empresário e empresa ⁹⁶.

⁹⁵REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial** v. 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.85-86.

⁹⁶ Ao todo foram 12 os princípios listados pelo mencionado senador que seriam afeitos à disciplina do direito falimentar e recuperacional, sendo estes: 1) a preservação da empresa; 2) reparação dos conceitos de empresa e de empresário; 3) recuperação das sociedades e dos empresários recuperáveis; 4) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; 5) proteção aos trabalhadores; 6) redução do custo de crédito no Brasil; 7) celeridade e eficiência dos processos judiciais; 8) segurança jurídica; 9) participação ativa dos credores; 10) maximização dos ativos do falido; 11) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e 12) rigor na punição dos crimes relacionados com a falência e recuperação judicial. Nesse sentido, Cf. TEBET, Ramez. Parecer n. 534, de 2004, apresentado à Comissão de Assuntos

A empresa é o produto da interação dos quatro 4 (quatro) perfis observados por Asquini. Não obstante, ao mesmo tempo em que os quatro perfis formam uma coisa só, esses não deixam de existir como partes isoladas.

Por essa razão, tão importante quanto entender a forma como interagem os 4 (quatro) perfis é preciso também reconhecer a sua independência e, até mesmo, a possibilidade de separá-los. Muitas das vezes, a preservação da empresa implicará na salvaguarda da maior quantidade possível de seus perfis, ao invés de sua preservação como um todo.

O princípio da preservação da empresa exige do seu intérprete o conhecimento dos 4 (quatro) perfis e, simultaneamente, a sensibilidade para perceber qual deles são, efetivamente, recuperáveis dentro de um quadro de crise.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, por exemplo, ao analisar o art. 75 da LRF, avalia que o emprego do termo “empresa” estaria, na verdade, se referindo unicamente ao seu perfil objetivo e a ela propriamente. Nesse sentido:

Pode causar certa estranheza, ao menos num primeiro momento, a circunstância de ter o legislador usado o termo *empresa* com relação ao devedor (empresário ou sociedade empresária) falido. Isto porque, normalmente, associa-se empresa à atividade. O dispositivo em pauta, ao mesmo tempo em que determina a desativação e o desapossamento (como se depreende da expressão utilizada pelo legislador: “afastamento do devedor de suas atividades”), preconiza que se preserve e otimize “a utilização produtiva dos bens” da empresa. Empresa, aí, está no sentido patrimonial e objetivo, para se usar a insubstituível classificação dos “perfis” de Asquini.

Assim, vista a questão sob essa ótica, conclui-se desde logo, considerando-se os diferentes “perfis” de Asquini (subjetivo, funcional, patrimonial e objetivo, e corporativo ou institucional), que no artigo 75 a LRF utiliza o termo empresa no sentido objetivo. Ou seja, corresponde ao conjunto de bens, móveis e imóveis, materiais e imateriais, organizado pelo empresário e utilizado para exploração da atividade econômica.

Isso explica porque o legislador referiu-se a empresa, ao deixar claro que objetiva “preservar e otimizar a utilização produtiva” de seus bens. Caso a referência fosse ao perfil funcional, seria inconsistente, uma vez que a empresa, enquanto atividade, não existe na falência. Para a haver, com a quebra, de um lado, um complexo de bens (a massa falida objetiva) e, de outro, uma coletividade de credores (a massa falida subjetiva). O devedor é desapossado de seus bens, que passam a integrar a massa falida. São esses bens que devem, nos termos do art. 75 da LRF, ser preservados, tendo em vista, ainda, a possibilidade de sua utilização produtiva⁹⁷.

Econômicos do Senado por ocasião da tramitação do PLC nº 71/2003. A íntegra do relatório do Senador Ramez Tebet encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em 28.10.2016.

⁹⁷TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A preservação da empresa, mesmo na falência In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord). **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 520-521.

Para Maurício Moreira Mendonça de Menezes, por outro lado, existiria na Lei de Recuperação de Empresa um protagonismo do *perfil funcional*⁹⁸ sobre os demais. Inclusive, para o autor citado, em caso de conflito devem se sobrepor os interesses favoráveis à manutenção da atividade em detrimento dos interesses do empresário:

Nesse raciocínio, sendo a empresa a unidade-base da economia nacional e exercendo ela relevante função no âmbito social, a avaliação de sua viabilidade, quando já instaurada a crise, não merece estar estritamente vinculada à capacidade do empresário de satisfazer direitos de credores sujeitos à moeda da recuperação – ou seja, aptidão de gerar riqueza suficiente no curto prazo para manter a empresa em funcionamento e quitar débitos em aberto – mas predominantemente associada à capacidade de desenvolvimento sustentável da atividade empresária, o que parece ser, na atualidade, sua verdadeira função socioeconômica, à luz do conteúdo normativo e axiológico do art. 1º, IV, e do art. 170, ambos da Constituição Federal⁹⁹.

O legislador, ao enunciar o objetivo da recuperação judicial no artigo 47, demonstrou conhecer profundamente a distinção entre cada um dos perfis. Tanto que elencou como um dos objetivos da recuperação judicial a missão de “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”.

A crise, como bem verificado pelo legislador, sempre abaterá ao *devedor* e não a *empresa*, pois cabe ao organizador as imputações de sua atividade. Não obstante, oferecer ao devedor meios de renegociar suas obrigações, sem dúvida, seria um dos caminhos, ao menos em tese, para se alcançar a almejada preservação da empresa. Por essa razão, corretamente, estabeleceu o legislador uma relação de *causalidade* na redação do art. 47 entre a superação da crise do devedor com a preservação da empresa.

Entretanto, tal constatação pode conduzir o intérprete à ilação de que o processo de recuperação judicial tem como fim maior a *recuperação do empresário* ao invés da *preservação da empresa*, o que seria completamente impreciso.

Caso o processo de recuperação judicial tivesse como objetivo central o resgate do empresário ao invés da empresa por ele exercida, como justificar a alienação de controle (LRF, art. 50, III), o trespasse ou o arrendamento do estabelecimento (LFR, art. 50, VII) ou

⁹⁸ Nesse mesmo, sentido esta Marlon Tomazette, Cf “Sem dúvida, o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da empresa (atividade) em funcionamento. Não se busca aqui salvar o sujeito, mas salvar a atividade que ele exercia, pois é ao redor dessa atividade (empresa) que circundam os interesses de credores, fisco, comunidade e trabalhadores. É mais importante que a atividade de se mantenha funcionado, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade” TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. v.3. São Paulo: Atlas. 2011, p. 45

⁹⁹ MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 136-137.

usufruto da empresa (LRF, art. 50, VIII) como meios listados em lei para se alcançar a recuperação?

Percebe-se que, em todos os meios de recuperação anteriormente listados, admite-se a possibilidade de uma “*cessão parcial ou integral da empresa*” por parte do devedor para seus credores ou terceiros como forma de garantir a manutenção da atividade por ele desenvolvida e, ao mesmo tempo, como forma de arrecadação de recursos para o pagamento das dívidas com os credores. A preservação da empresa, portanto, é perseguida de todas as formas.

A própria redação do artigo 75¹⁰⁰ da LRF, já anteriormente analisado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, confirma o pensamento ora desenvolvido ao trazer insculpada a ideia de preservação da empresa dentro da falência.

O objetivo desta modalidade de liquidação judicial é promover a otimização da utilização produtiva dos bens, ativos, recursos produtivos e, inclusive, intangíveis, da empresa através do afastamento do devedor de suas atividades.

Coadunam-se com este entendimento as disposições dos arts. 139 e 140, inciso I da LRF¹⁰¹, os quais tratam sobre a arrecadação de bens do falido e da possibilidade de venda dos seus bens e, até mesmo, da venda integral estabelecimento como forma preferencial de arrecadação do ativo pelo devedor. A aplicação deste dispositivo deve ser combinada com os termos do art. 111¹⁰², o qual prevê a possibilidade de o juízo falimentar autorizar os credores adjudicarem, no menor tempo possível, os bens do falido, com o fito de evitar ao máximo a sua depreciação.

A preferência por esta forma de arrecadação se justifica à medida que a venda global da empresa é a forma mais rápida e prática de garantir sua continuidade outrora exercida pelo devedor (medida essa que se compraz com os princípios da economia processual e da celeridade previstos no parágrafo único do artigo 75 da LRF).

A organização que o empresário imprime aos seus bens para o exercício de suas atividades acrescenta-lhes um sobrevalor intangível. Por esse motivo, é possível perceber a

¹⁰⁰ LRF, Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo de falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.

¹⁰¹ LRF, Art. 139. Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

¹⁰² LRF, art. 111. Será autorizar os credores, de forma individual ou coletiva, em razão dos custos e no interesse da massa falida, a adquirir ou adjudicar, de imediato, os bens arrecadados, pelo valor da avaliação, atendida a regra de classificação e preferência entre eles, ouvido o Comitê.

ideia de preservação da empresa dentro do processo de falência, pois ela é uma das maneiras de se atingir um dos objetivos finalísticos do processo, que é a *maximização dos ativos do devedor*.

Por tais razões, é que se justificam os termos do art. 113 da LFR¹⁰³, o qual prevê a venda antecipada de bens perecíveis ou de conservação arriscada, antes mesmo do da verificação dos créditos. Há ainda a previsão do art. 114¹⁰⁴, que autoriza o administrador judicial a celebrar contratos envolvendo a otimização dos bens do falido com o objetivo de gerar renda para massa falida.

A amplitude do instituto da recuperação judicial exige que o seu observador (i) saiba separar o destino da empresa do empresário e também consiga (ii) segmentar os perfis da empresa, tendo de preservar ao máximo tudo aquilo que for recuperável, caso este pretenda utilizá-lo em seu máximo potencial. Não obstante, sua utilização deve ser reservada apenas aos casos em que a exploração da empresa seja viável e/ou para resgatar empresários competentes¹⁰⁵.

Jorge Joaquim Lobo, ainda sob o império da lei anterior, já apregoava acerca da importância de se preservar as empresas economicamente viáveis, as quais deveriam ser preservadas até mesmo após a decretação de falência do empresário titular, e, ao mesmo tempo, da premente necessidade de se liquidar, o quanto antes, todas as demais formas de organização ineficientes. Nesse sentido:

É ponto pacífico, aceito e consagrado universalmente, que o legislador deve inspirar-se, na elaboração de novas regras do Direito Concursal, em normas de Direito Público e pôr de lado o caráter privatístico que sempre o dominou, abandonando a ideia de que, insolvente o devedor, cumpre executar e liquidar o seu patrimônio, para satisfazer os direitos e interesses dos credores.

Ao dar-se ênfase ao manifesto interesse público do processo de insolvência da empresa, impõe-se, como consequência inelutável:

¹⁰³ LRF, Art. 113. Os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente, após a arrecadação e a avaliação, mediante autorização judicial, ouvidos o Comitê e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

¹⁰⁴ LRF, Art. 114. O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, com o objetivo de produzir renda para a massa falida, mediante autorização do Comitê.

§ 1º contrato disposto no caput deste artigo não gera direito de preferência na compra e não pode importar disposição total ou parcial dos bens.

§ 2º O bem objeto da contratação poderá ser alienado a qualquer tempo, independentemente do prazo contratado, rescindindo-se, sem direito a multa, o contrato realizado, salvo se houver anuência do adquirente.

¹⁰⁵ LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas In DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord). **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 125-126.

1) observar à risca os preceitos constitucionais em matéria de (a) direito do trabalho, (b) direitos sociais, (c) princípios gerais da atividade e da organização econômica e (d) da organização econômica e (d) função social da propriedade e da empresa;

2) fortalecer os poderes a aumentar as atribuições do juiz;

3) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do Ministério Público;

4) diminuir os poderes e atribuições das assembleias de credores.¹⁰⁶ [...]

[...] o processo concursal deve ter duas finalidades: 1) preservar a empresa por todos os meios disponíveis e 2) não sendo possível, liquidá-la imediatamente.

A recuperação da empresa, como doutrinou Pajardi, não pode, jamais, prejudicar os direitos e interesses dos credores, nem, tampouco, fazer-se à custa do dinheiro público, neste ponto residindo a difícil missão do legislador: conciliar os interesses da empresa com os de seus credores e com os da coletividade, muitas vezes antagônicos.

[...] o procedimento da insolvência deve ser célere, rápido, sem que sua eficiência prejudique a garantia da defesa dos direitos e interesses das partes, o contraditório e a ampla informação sobre os fatos e atos anteriormente e posteriores à declaração do estado de crise da empresa, devendo o juiz, constatada a inviabilidade do soerguimento, decretar, o mais rápido possível, a falência¹⁰⁷.

Feitas essas considerações, insiste-se na ideia de que a finalidade da recuperação judicial é garantir preservação da empresa. Para tanto, a própria lei possibilita que este fim seja alcançado com soluções, por exemplo, (i) a reestruturação do passivo do devedor ou (ii) através da alienação de ativos em bloco tanto na recuperação e na falência, (iii) pela ausência de sucessão na alienação judicial de bens e unidades produtivas isoladas e (iv) pela suspensão das ações por até 180 (cento e oitenta dias) entre outras.

Isto posto, avança-se à segunda parte deste tópico, na qual será investigada a natureza jurídica deste instituto.

2.1.2 Natureza jurídica

As particularidades em torno do procedimento da recuperação levaram a doutrina a se dividir ao identificar sua natureza jurídica¹⁰⁸. São três as correntes que se identificar:

¹⁰⁶ LOBO, Jorge Joaquim. **Direito concursal** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 19.

¹⁰⁷ Idem, p. 20-21.

¹⁰⁸ Para este autor, a recuperação judicial possui claramente natureza jurídica de processo. A grande polêmica em torno dessa discussão, no nosso sentir, seria definir se a recuperação judicial integra o campo da *jurisdição contenciosa* ou da *jurisdição voluntária*. Aqui posiciona-se no sentido de que a recuperação judicial é um *processo de jurisdição voluntária sui generis*, tendo em vista que a recuperação judicial, embora se inicie como

- a) contratualista;
- b) processualista; e
- c) econômica.

A primeira enxerga na recuperação judicial maiores feições contratuais, tendo em vista que a sua concessão pelo juízo estaria atrelada ao prévio aceite do plano pela maioria dos credores do devedor.

Para os partidários desta corrente, a feição negocial seria o aspecto mais relevante deste instituto, o que justificaria, portanto, a atribuição de uma natureza contratual. Entre os partidários deste concepção, destaca-se a posição de Sergio Campinho, o qual leciona:

Na recuperação prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação judicial encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual. A concessão, por sentença, da recuperação sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas (devedor e seus credores), porquanto a decisão encontra-se vinculada a este conteúdo.

[...]

Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordem objetiva e subjetiva, para sua implementação.

A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime das vontades dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida de credores. E isso se justifica porque o fim do processo de recuperação deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única¹⁰⁹.

Além do mencionado autor, são signatários desta corrente Fabio Ulhoa Coelho¹¹⁰, o Min. Luís Felipe Salomão¹¹¹, Marlon Tomazette¹¹² e Rachael Sztajn¹¹³.

procedimento de jurisdição voluntária, pode se tornar litigiosa a depender a manifestação dos credores, quer seja para habilitar seu crédito, quer seja para impugnar o crédito lançado ou, ainda, para se manifestar contrariamente ao plano de recuperação apresentado.

¹⁰⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial**, 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2015, p. 123.

¹¹⁰ “O procedimento da recuperação judicial, no direito brasileiro, visa criar um ambiente favorável à negociação entre o devedor em crise e seus credores. O ato do procedimento judicial em que privilegiadamente se objetiva a ambientação favorável ao acordo é, sem dúvida, a assembleia de credores” Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**, 8ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011 p. 246-247

¹¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.359.311-SP, Quarta Turma, Ministro Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 09.09.2014.

¹¹² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**. v.3. São Paulo: Atlas. 2011, p. 56.

¹¹³ SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008, p. 234.

A posição processualista defende que a natureza jurídica da recuperação judicial seria eminentemente processual, dado que o processo de recuperação ocorreria sob os auspícios de um juiz de direito, o qual *poderá* conceder a recuperação judicial caso sejam atingidos os quóruns previstos na legislação. Entre os adeptos desta corrente¹¹⁴¹¹⁵¹¹⁶, destaca-se o posicionamento de Marcia Carla Pereira Ribeiro e de Marcelo Bertoldi:

O regime de recuperação judicial se caracteriza, antes de tudo, por sua natureza processual, sendo ação de recuperação uma demanda constitutiva, na medida em que cria uma situação jurídica nova ao devedor e aos credores envolvidos. Essa natureza processual, de tão evidente, permite que se conclua que seu estudo é costumeiramente reservado à disciplina de direito empresarial por tradição, pois deveria enquadrar-se perfeitamente no estudo do direito processual civil, ou até mesmo penal¹¹⁷.

Por último, tem-se a posição defendida por Jorge Joaquim Lobo de que a recuperação judicial teria natureza de direito econômico, tendo em vista a interdisciplinaridade verificada neste instituto. Nesse sentido:

Embora “ato complexo” e “ação constitutiva”, a recuperação judicial da empresa tem a natureza e suas características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar.

Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: “de espírito, de objeto e de método” e (c) não orientar-se a regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade), mas pela ideia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de “fato do príncipe”, “proibições legais” e “regras excepcionais”.

Com efeito, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, porque suas normas não visam precipuamente a realizar a ideia de justiça, mas, sobretudo, criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores [...]¹¹⁸

¹¹⁴ PAJARDI, Piero. **Manuale di diritto fallimentare**. 6 ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 663.

¹¹⁵ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008, p. 43-45.

¹¹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas. 2005, p. 128-129.

¹¹⁷ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, **Curso Avançado de Direito Comercial**, 4. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 478.

¹¹⁸ LOBO, Jorge Joaquim. Comentários In TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 171-172.

Entre as três mencionadas correntes, vislumbra-se na corrente processualista maior coerência. Isto porque, em que pese o procedimento da recuperação judicial seja marcado pela presença de questões negociais de caráter econômico, notadamente no que tange à aprovação do plano de recuperação em assembleia geral de credores, tal característica não faz desaparecer a feição processual deste procedimento. A concessão de recuperação judicial estará sempre condicionada à homologação do juiz e, frise-se, não da aprovação da assembleia de credores¹¹⁹.

Além deste motivo, é inegável que na recuperação judicial está configurada a relação angular característica de todo processo¹²⁰. Nela é possível identificar o autor (o devedor), o (s) réu (s), o juiz de direito que deverá decidir acerca do deferimento ou não da medida pleiteada e todos os demais que serão afetados pelos efeitos da recuperação).

Não convence a explicação da corrente contratualista que o plano de recuperação pode vincular, inclusive, aqueles que optaram por dele dissentir. Ora, se o contrato é aperfeiçoado a partir do encontro de vontades equivalentes, como defender a sua formação com relação aos credores que votaram contra a aprovação do plano? Nesta hipótese específica, ao que parece, o Estado estaria se sub-rogando na vontade da parte contrária ao plano aprovado, forçando-lhe a aderir com os termos da negociação por ele rejeitada, por entender ser superior o interesse da preservação da empresa recuperanda em relação ao interesse individual do credor.

Ademais, subjaz do discurso contratualista a intenção de relegar ao juiz um papel secundário na recuperação com relação à posição desempenhada pelos credores e devedores, algo que jamais poderia ser pensado dentro de um processo. Chega-se ao ponto de em alguns casos se defender que o juiz só poderia verificar questões meramente formais quanto a higidez do plano. A respeito, compartilha-se:

É curial que, ao exercer os poderes de caráter jurisdicional, instrumental ou administrativo, o juiz não é um órgão passivo, mero homologador das decisões da assembleia geral ou do comitê de credores ou do administrador judicial, pois, ao ordenar o processamento da ação, proferir despachos, decisões e sentenças, superintender a administração da empresa em crise, enfim, presidir o processo de recuperação, deve fazê-lo com tirocínio, competência e plena liberdade, formando sua convicção, “seu livre convencimento”, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso de agravo (cf., ex., art. 59, §2º) [...]

¹¹⁹ “[...] quando se lembra que a relação se trava entre cada um deles [referindo-se às partes do processo] – individualmente – com o juiz. Tanto que ambos requerem, juntos, na mesma peça a suspensão ou extinção do processo, nada impedindo que o fizessem separadamente. A consequência prática disso é a constatação de que nenhum acordo entre o autor e o réu produzirá efeito no processo, se não for homologado pelo juiz” Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, Ação (defesa) e Processo**. São Paulo: Dialética. 1997, p.144

¹²⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5 ed, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 215.

Sob o império da LRE, são ainda maiores e mais amplos os poderes, funções e atribuições do juiz na condução do processo de reerguimento da empresa, sem chegar, entretanto, como ocorre no direito francês, a ser um autêntica “magistratura econômica”, em virtude do fundamento ético, do objeto, dos fins imediatos e mediatos e dos princípios da LRE, do evidente interesse público na preservação da atividade econômica organizada e do fato incontestado, ressaltado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira de que “o Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma nação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum¹²¹”.

[...] cumpre dizer que o fato de o art. 58 da Lei 11.101-2005 estabelecer que, cumpridas as exigências da lei, ‘o juiz concederá a recuperação judicial’ não significa que o magistrado tem o dever de conceder a recuperação aprovada pela assembleia de credores. [...] o dispositivo em comento [art.58] faz referência às ‘exigências desta Lei’, sem discriminá-las, de modo que é razoável que se entenda que a principal exigência é a satisfação dos fins próprios da Lei 11.101-2005, o compassamento dos interesses de recuperação da empresa e de satisfação de direitos creditórios.

Não há nenhuma passagem do art. 47 que permita concluir que, quando se faz referência às exigências legais, isso signifique apenas as exigências objetivas, como sustenta a doutrina prevalente¹²².

As particularidades do processo de recuperação judicial que o distinguem de um processo convencional não fazem desaparecer sua feição processual. Piero Calamandrei¹²³ já à sua época defendia vislumbrar o processo como um instrumento de colaboração das partes a ser utilizado para concretização de um fim comum¹²⁴.

A recuperação judicial em nada se distancia da visão de processo apresentada pelo jurista italiano. Feitas essas considerações acerca da finalidade da recuperação judicial, bem como de sua natureza, cumpre agora fazer uma exposição acerca da sua utilidade.

2.1.3 Utilidade

¹²¹ LOBO, Jorge Joaquim. Comentários art. 58 In TOLEDO, Paulo F. C Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 218/219.

¹²² WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio, Um falso combate – discricionariedade da assembleia geral de credores por oposição aos poderes do juiz no escrutínio do plano de recuperação judicial In **Revista dos Tribunais**, nº 915, ano 104, janeiro de 2015, São Paulo, p. 445-457.

¹²³ CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice**. Pádua: Cedam, 1943, p. 177.

¹²⁴ No mesmo sentido que a posição defendida por Piero Calamandrei, Cf. GRASSO, Eduardo. **La collaborazione nel processo civile**. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1966, p. 587.

O processo de recuperação judicial é dotado de certas particularidades que o tornam uma importante ferramenta de reestruturação do passivo do devedor. A sistemática peculiar deste tipo de procedimento, por exemplo, a qual aproxima devedor e credores em busca de uma solução que melhor atenda ao interesse de ambos, poderia, a princípio, ser elencado como sua característica de maior utilidade, pelo menos em termos de entrega de justiça.

A suspensão de todas execuções contra o devedor por 180 (cento e oitenta dias), decorrentes da decisão prevista no art. 52, III, da LRF que determina o processamento da recuperação judicial também poderia ser reputada como um dos maiores atrativos do processo de recuperação judicial.

Não obstante, entre todas as prerrogativas características do procedimento de recuperação judicial, vislumbra-se sua ímpar capacidade de precificar créditos ilíquidos pendentes de reconhecimento ou liquidação de modo prévio, a partir da inclusão estes em seu quadro geral de credores, como a sua característica de maior utilidade. No entanto, para melhor elucidar a característica ora exaltado, mister se faz explicar o conceito de crédito para os fins de recuperação judicial.

Segundo os termos da LRF, estão sujeitos à recuperação todos os créditos existentes ainda que não vencidos, à época da apresentação do pedido¹²⁵ – salvo, evidentemente, aqueles que a própria lei excetua dos efeitos da recuperação (não sujeitos à recuperação), como é o caso daqueles elencados no art. 49. §§3º e 4º da LRF ou dos créditos que o fisco detém contra o devedor.

Créditos, para os fins da LRF, compreendem o conjunto de pretensões, direitos e obrigações contratuais ou extracontratuais que determinado credor detenha contra o devedor, podendo o referido crédito ser líquido ou que ainda esteja por ser liquidado¹²⁶. Nesse sentido:

¹²⁵ LRF, Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

¹²⁶ “Outro aspecto que se observa, e que não é nenhuma novidade, diz respeito à abrangência não só aos créditos vencidos, mas também aos vincendos, pela parte final do dispositivo. Nem poderia ser diferente, eis que todos os créditos existentes entendem-se *contraídos*, ainda que vincendos, são responsáveis pela situação de crise do empresário que pretende o benefício da recuperação judicial, merecendo ser abrangidos. [...] O fato é que, por vezes, a dificuldade econômica e financeira pela qual atravessa o empresário necessitado de recuperação pode não ser causada, exclusivamente, pela existência de obrigações pecuniárias vencidas e/ou vincendas, mas também pela existência de obrigações de dar ou de fazer. E, por conseguinte, o plano de recuperação que o empresário devedor pode lançar mão, segundo a nova lei, não se limita a oferecer condições diferenciadas de pagamento, podendo abranger todo o tipo de proposta, conforme o rol meramente exemplificativo do artigo 50” Cf. ANDREY, Marcos. Comentários In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 229 – 231.

Se o crédito existe no tempo do pedido, de regra, sujeita-se ele à recuperação judicial, mesmo que a ele não se tenha acrescido a eficácia da pretensão, nem da ação, consoante pode ler-se pela parte final do caput do art. 49 da LRF. Esse crédito pode ser contratual, extracontratual ou cambiário, contanto que tenha nascido por fato *anterior* ao pedido de recuperação, pouco importando que eventual sentença condenatória seja posterior ao pedido. [...]

A razão para entender-se que se sujeitam à recuperação judicial mesmo os casos de pretensão à indenização que ainda estão a depender de sentença condenatória no tempo do pedido de recuperação reside em que inclusive a empresa devedora, conhecedora do fato causador do dano, reconhece a possibilidade de ter de indenizar o dano ao provisionar contabilmente o seu pagamento. Ademais, deve-se determinar qual a carga eficaz preponderante da sentença que reconhece a existência do dever, se declaratória ou constitutiva¹²⁷.

Através da recuperação judicial, portanto, é conferido ao devedor a possibilidade de renegociar os créditos de seus credores sujeitos à recuperação. Para valer-se desta prerrogativa, deverá o devedor proceder da seguinte forma.

Primeiramente, este deverá inscrever o nome do credor com quem ele pretende negociar através da recuperação judicial em sua relação de credores, bem como especificar a natureza e o valor do seu crédito, uma vez a precificação do valor do crédito é uma das condições para que o nome do credor possa ser inserido na relação dos credores tanto àquela feita pelo devedor, como as demais subsequentes formuladas ao longo do processo da recuperação.

Ato contínuo, deverá o devedor inserir estipulação no plano de recuperação judicial contendo as modificações que ele pretende ver implementadas sobre o crédito lançado¹²⁸. Essa estipulação modificativa do crédito no plano de recuperação é fundamental, pois caso ela não seja realizada serão mantidas às condições originais do crédito, conforme a inteligência do art. 49, §2º da LRF¹²⁹.

Fica claro, portanto, que ao devedor foi conferida a prerrogativa de precificar em sua relação, da forma que melhor lhe parecer, o valor dos créditos ilíquidos dos seus credores. Por outro lado, ao juízo da recuperação foi outorgado o poder de liquidar às parcelas ilíquidas

¹²⁷ Cf. AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio Machado. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 48-49.

¹²⁸ Digno de nota é que a lei estipula uma restrição ao devedor no que tange a capacidade de renegociar suas garantias tendo em vista, nos termos do §1º do Art. 50 da LRF, é exigida a aprovação dos credores para que sejam procedidas modificações nestas. Nesse sentido:

LRF, Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, entre outros: [...]

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

¹²⁹ LRF, Art. 49: [...]§ 2ºAs obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

atreladas aos créditos sujeitos à recuperação¹³⁰, na ocasião em que é feita a consolidação do quadro geral de credores, podendo esta ser mais uma das características que confirma a existência de um juízo universal na recuperação judicial¹³¹.

É preciso salientar, ademais, que embora o credor insatisfeito com o lançamento do seu crédito no quadro de credores consolidado conserve a sua faculdade de votar contra o plano de recuperação judicial apresentando, a sua contrariedade não impede a homologação do mesmo.

Consequentemente, a sua influência sobre o destino desta deliberação estará limitada ao valor do crédito listado originalmente no quadro geral de credores homologado – salvo, evidentemente, nos casos dos credores das classes I e IV, os quais detêm a prerrogativa de terem seus votos computados por cabeça e não pelo montante dos seus créditos nas deliberações que envolvem aprovação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Por essa razão, são de extrema importância os institutos da habilitação de crédito, da apresentação de divergência e da impugnação que o credor pode lançar mão ao longo do processo, ao passo que todos eles são ferramentas que visam a garantir a correta representatividade do credor dentro do procedimento de recuperação judicial. Por todo exposto até aqui, compartilham-se as considerações de Luiz Roberto Ayoub e de Cassio Machado Cavalli:

Para participar do processo de recuperação, há a necessidade de se conhecer o valor do crédito. Essa necessidade não restringe a abrangência da recuperação judicial apenas às obrigações pecuniárias, mas diz respeito à operacionalização da participação do credor por obrigação não pecuniária na fase de processamento da recuperação. É que, por exemplo, os quóruns de instalação e de deliberação em assembleia-geral de credores serão computados em conformidade com o valor do crédito (arts. 36, §2º, e 38 da LRF). O valor do crédito será indicado na relação de credores que instruir a petição inicial (art. 51, III, da LRF), na relação de credores

¹³⁰Há um crédito sujeito à recuperação, no entanto, que o juízo recuperacional não pode liquidar como bem lhe parecer. Trata-se dos créditos derivados da Justiça do Trabalho, os quais, necessariamente, deverão ser apurados pelos juízos laborais, por força da Inteligência do art. 6º, §2º da LRF, o qual dispõe:

LRF, Art. 6º - A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...]

§ 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

¹³¹ Marcelo Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro atestam pela existência de um juízo universal nos processos de recuperação judicial. Nesse sentido, Cf. BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, **Curso Avançado de Direito Comercial**, 4. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 481-483.

confeccionada pelo administrador (art. 7, §2º, da LRF) e no quadro geral de credores (art. 18, parágrafo único, da LRF).

Os credores por obrigação de fazer e de não fazer participarão da recuperação pelo valor pecuniário de seu crédito, que deve ser declarado pela empresa devedora na petição inicial (art. 51, III, da LRF). Se o credor não concordar com o valor atribuído a seu crédito na petição inicial, deverá ele apresentar *divergência*, ao administrador judicial, fundamentando as razões pelas quais entende ser seu crédito de valor superior (art. 7º da LRF).

A importância da determinação do valor pecuniário do crédito reside, na fase de processamento da recuperação judicial, na determinação do valor pelo qual o credor poderá participar dessa etapa do processo, como, por exemplo, ocorre com o cômputo do *quórum* de deliberação em assembleia-geral de credores.

Ademais, para sujeitar-se à recuperação judicial, não importa que o crédito seja líquido ou que ainda esteja por ser liquidado, contanto que exista no tempo no tempo do pedido. A liquidação será realizada, para fins de participação na fase de processamento da recuperação, em sede de verificação administrativa e judicial de créditos.

Tendo em vista que o plano cuidará de reestruturar a empresa devedora, alterando a composição de seus ativos patrimoniais, inclusive pela possibilidade de alienação de unidades produtivas isoladas, deve o credor por obrigação de não fazer sujeitar-se à recuperação de modo que possa, também, *participar da recuperação*, deliberando acerca da aprovação, modificação ou rejeição do plano.

Tome-se o exemplo de empresa devedora por obrigação de não fazer concorrência ao credor em determinado mercado relevante, delimitado geograficamente e por setor. Em seu plano de recuperação, poderá a empresa devedora prever alienação de unidades produtivas isoladas que podem colocar o adquirente em posição de iniciar a ampliação de suas atividades precisamente no mercado relevante onde não poderia atuar a empresa devedora.

O adquirente das unidades produtivas isoladas não é apanhado pela obrigação de não fazer concorrência, de modo que ao credor do direito de não fazer interessa poder participar da recuperação judicial para influenciar na deliberação assemblear acerca do plano de recuperação.

Não apenas direitos subjetivos de créditos se sujeitam à recuperação. Na regra do art. 49 da LRF, incluem-se também os direitos potestativos que correspondem a estados de sujeição da empresa devedora¹³².

Se, por um lado, ao devedor foi conferida a possibilidade de precificar os créditos líquidos e ilíquidos existentes contra ele – embora, conforme já dito, contra a precificação feita pelo devedor caberia a apresentação de *divergência* e, contra a relação do administrador judicial caiba *impugnação* -, pode-se dizer que os mesmos procedimentos não se estendem aos credores.

Isto porque a habilitação de crédito, conforme a inteligência do art. 9, II da LRF¹³³, está condicionada à liquidez do crédito que se pretende habilitar, bem como a necessidade de

¹³² Idem, p. 53-54.

indicação de sua origem. A única forma dos credores poderem habilitar créditos ilíquidos em uma recuperação judicial se dá através do pedido de reserva previsto no art. 6º, III, da LRF¹³⁴. Esse pedido deverá ser dirigido ao juízo responsável por conduzir a demanda que verse sobre quantia ilíquida, cabendo a ele oficiar ao juízo recuperacional requerendo a reserva de importância. Com essas considerações, avança-se agora para o estudo do foro competente.

2.2 A regra do principal estabelecimento

A Lei nº 11.101/2005 estabelece como critério de *competência absoluta*¹³⁵ para o ajuizamento da ação de recuperação judicial “o local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil” (LRF, Art. 3º).

O conceito de principal estabelecimento não se confunde com o de sede ou domicílio do empresário¹³⁶. O seu real sentido é orientado por um critério econômico, podendo ser o

¹³³ LRF, Art. 9º A habilitação de crédito realizada pelo credor nos termos do art. 7º, § 1o, desta Lei deverá conter:

I – o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo;

II – o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação;

¹³⁴ LRF, Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. [...].

§ 3º O juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

¹³⁵ “A competência é a repartição da jurisdição entre os diversos órgãos encarregados da prestação jurisdicional segundo os critérios estabelecidos na Lei. Isso porque, nas sociedades modernas, não é concebível um “juízo único” em razão da quantidade da população, da extensão territorial e da natureza múltipla dos litígios. A competência é, portanto, um imperativo da divisão de trabalho. A limitação legal implica que a competência seja uma medida da jurisdição em confronto com o caso concreto. Assim, v.g., a jurisdição é o poder de julgar *in genere*, ao passo que a competência é a aptidão para julgar *in concreto*. *Mutatis mutandis*, poder-se-ia estabelecer um paralelismo entre a legitimidade e a capacidade das partes e a jurisdição e a competência. A capacidade processual é uma aptidão genérica, de sorte que, quem é capaz para um processo o é para todos, ao passo que a legitimação deve ser aferida levando-se em consideração uma causa determinada. O mesmo pode-se dizer em relação à competência. O juiz que tem o poder de julgar mantém-no para os processos em geral, como decorrência de sua investidura no cargo de magistrado. Entretanto, a competência somente é atribuída para determinada causa à luz dos critérios estabelecidos na lei. Sob esse aspecto, a lei, no sentido mais amplo do termo, é o “estatuto” da competência. O instituto vem regulado, primariamente, na Constituição Federal e, depois, na legislação processual infraconstitucional, na lei local de organização judiciária e no regime interno dos tribunais. Não obstante, algumas leis processuais especiais também dispõem sobre a competência, como, v.g., a Lei das Desapropriações, a lei de Falências, a Lei dos Acidentes de Trabalho, a Lei da União Estável e etc”. Cf. FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p. 94.

¹³⁶ “É irrelevante o local da sede ou administração da empresa, uma vez que a competência é fixada no local do principal estabelecimento da empresa” Cf. RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça Comarca da Capital, 18ª

local onde a empresa praticada pelo empresário movimentaria a circulação de maiores riquezas¹³⁷, ou ainda o local onde o empresário mantém o centro de administração dos seus negócios¹³⁸.

Ademais, não sendo possível a aferição do principal estabelecimento por este critério, a segunda possibilidade seria averiguar onde se encontra localizada a maior quantidade de bens do devedor¹³⁹. Nesse sentido:

Para uma primeira corrente, o principal estabelecimento seria o do domicílio estatutário, ou seja, aquele fixado como tal no contrato social ou nos estatutos. O ponto falho da ideia é que essa fixação poderia ser feita aleatoriamente, e até em fraude aos credores. Uma segunda alternativa corresponderia à sede administrativa da empresa, o centro gerador das decisões negociais.

Mas isto poderia facilitar (o exemplo é clássico) ao devedor de má-fé a mudança formal de sua sede às vésperas da impetração da recuperação judicial, fugindo assim, ao juízo naturalmente competente, e igualmente prejudicando os credores.

Daí a conclusão, cada vez mais acolhida pela jurisprudência, de que é preferível adotar, no dizer de Oscar Barreto Filho, “na conceituação do estabelecimento principal o critério quantitativo do ponto de vista econômico, qual seja, aquele em que o comerciante exerce sua maior atividade mercantil, e que, portanto, é mais expresso em termos patrimoniais”. [...]

Para que um estabelecimento seja, no entanto, considerado *principal* em relação a outros do mesmo empresário, é preciso que nele se localizem os ativos mais economicamente expressivos, ou se que se situe na cidade em que estejam em maior número os credores.

Mais um dado: o conceito em análise é, como se viu, econômico, mas destinado a fins *processuais*, servindo para determinar o *juízo* competente, que será o *do local do principal estabelecimento*.¹⁴⁰

Ainda sobre o conceito de principal estabelecimento, importantes são as considerações de Marcelo Bertoldi e de Marcia Carla Pereira Ribeiro:

O principal estabelecimento, da forma como /definido na lei, exclui o elemento convencional ou formal. O critério escolhido é o fático, aquele pautado na realidade, local onde são praticados efetivamente os atos de gestão da empresa, o seu centro de decisões. Logo, principal estabelecimento é o que se verifica na prática geral, não em convenção.

Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0031931-70.2010.8.19.0000, Decisão monocrática do Des. Relator: Cláudio Dell’Orto, Julgado em 13 de julho de 2010.

¹³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 8. Ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 261.

¹³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 21775/DF, 2ª Seção, Min. Relator. Bueno de Souza, julgamento em 04 de junho de 2001.

¹³⁹ Cf. AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio Machado. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 90-91.

¹⁴⁰ TOLEDO, Paulo Fernando. Campos Salles de. Comentários In TOLEDO, Paulo Fernando. Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 63-64.

Dessa forma, é possível que a sede seja uma, definida no ato constitutivo, e o principal estabelecimento outro, identificado por aspectos de fato. A opção do legislador visa afastar fraudes, como a indicação de uma sede de difícil acesso, ou de preferência do empresário, em detrimento do real centro de decisões de seus negócios.

Por fim, é na sede do principal estabelecimento que os documentos necessários à instrumento da recuperação e vários credores serão localizados¹⁴¹.

2.3 Vantagens na utilização da recuperação judicial pelos grupos de sociedade

A recuperação judicial apresenta diversas vantagens para os grupos de sociedades. Primeiramente, pela sistemática oferecida na recuperação judicial que facilita a precificação de créditos ilíquidos ou pendentes de decisão que existam contra o devedor, é possível que o grupo de sociedades combine *ex ante* os valores que deverão ser lançados por cada uma das sociedades membros do grupo em sua relação de débitos, que deverá instruir a cópia de suas petições iniciais.

É muito comum, dentro das estruturas dos grupos de sociedades, as sociedades assumam obrigações umas perante as outras. Por essa razão, a recuperação judicial permitiria às sociedades pré-estipularem a forma como deverá serem equacionadas suas dívidas através do lançamento dos seus débitos na relação inicial, que deverá ser apresentada na petição inicial.

A prática desta medida não só beneficia as sociedades, que poderão preestabelecer o montante de débito a ser lançados por cada uma delas, como também para os credores, que, desde logo, terão a publicidade das contingências que cada sociedade do grupo tem com determinada membro. Haveria, portanto, um ganho enorme de transparência neste processo de reestruturação.

Além disso, o ambiente da recuperação, que aproxima credores e devedores em busca de uma solução empresarial mais eficiente, permitiria, por exemplo, que a negociação em torno da substituição de garantias que determinada sociedade tenha dado para outra sociedade integrante do grupo, da prorrogação de um prazo de empréstimo ou, ainda, do abatimento do

¹⁴¹ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, **Curso Avançado de Direito Comercial**, 4. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 482.

saldo devedor, ocorressem de modo transparente, sob a fiscalização dos credores, do juízo recuperacional, do ministério público e do administrador judicial.

A reestruturação dos débitos das sociedades integrantes de grupos através da recuperação judicial não é interessante também pelo fato da recuperação judicial, oferecer um ambiente unificado em que se torna possível a realização de uma negociação global.

Outra vantagem da propositura de recuperação judicial por todas as sociedades integrantes do grupo de sociedades seria a suspensão das execuções, bem como o da retomada dos bens essenciais, duas características do processo de recuperação que certamente ajudam o empresário em crise a superá-la.

Ademais, a propositura da ação de recuperação judicial em conjunto pelas sociedades integrantes de grupo de sociedades pode ser a única maneira de reequacionar os débitos trabalhistas de modo coordenado, tendo em vista que a propositura individual ação por uma sociedade componente do grupo não impede que trabalhador demande as demais sociedades integrantes do “grupo econômico”, conforme leciona o Art. 2º, § 2º da CLT¹⁴².

Do mesmo modo, os débitos com consumidores cujo inadimplemento também pode acarretar na responsabilização subsidiária das integrantes de grupos de sociedades (CDC, art. 28, § 2º), é outro tipo de contingência cuja reestruturação através da recuperação judicial pode se mostrar mais eficiente.

Não se quer afirmar que a recuperação judicial seja a melhor ferramenta de reestruturação, até porque ela apresenta diversas falhas; no entanto, é inegável que este processo não deixa de ser uma opção interessante para os grupos de sociedades. Entretanto, embora seja possível listar algumas das benesses que, em tese, a recuperação judicial possa trazer para os grupos de sociedades, investigar o procedimento da recuperação quando proposto por elas em litisconsórcio ativo, requer uma série de atenções.

São diversas às indagações que surgem a partir da propositura em conjunto das sociedades componentes de grupos. Eis algumas delas.

O litisconsórcio formado por essas sociedades seria facultativo ou necessário? Além disso, os efeitos da sentença de recuperação com relação às partes deveria ser unitário ou ele poderia ser diferente? Quais seriam as consequências da formação de um litisconsórcio

¹⁴² CLT, Art. 2º- Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º- Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinada.

unitário na recuperação judicial? Quais critérios o magistrado deve levar em conta para definir se o litisconsórcio formado pelas sociedades integrantes do grupo será facultativo ou unitário?

Ademais, como ficaria a regra de competência absoluta do principal estabelecimento quando houvesse reunião das partes? Em havendo litisconsórcio no processo de recuperação, poderá ser apresentado um plano único ou poderão ser apresentados planos separados? E quanto a assembleia de credores? Devem haver assembleias distintas ou todos os credores deveriam ser reunidos em uma única assembleia?

A investigação acerca dessas questões anteriormente levantadas será endereçada a seguir.

3 A recuperação judicial dos grupos de sociedade: aspectos materiais e processuais a serem considerados

A recuperação judicial é um processo complexo. A aludida complexidade decorre das várias etapas deste procedimento que exigem haja convivência de fases judiciais e extrajudiciais. A recuperação judicial é, ao mesmo tempo, um processo e uma negociação judicial de reestruturação.

Por essa razão, muito em função deste caráter negocial-processual durante a sua marcha são formados verdadeiros diálogos entre questões de *direito material* e de *direito processual*.

Não obstante, o nó górdio a ser desvendado no direito recuperacional é saber diferenciar aquilo que seriam os aspectos de direito processual, dos de direito material no procedimento. Em seguida, e para nós esta é a tarefa mais árdua deste estudo, é identificar os diferentes momentos em que os aspectos de direito processual influenciam os de direito material, de modo a alterarem sua conformação e vice-versa.

Uma correta investigação acerca da recuperação judicial dos grupos de sociedades demanda esse tipo de abordagem. Isto porque, é preciso considerar as normas de direito material aplicáveis às sociedades e seus grupos; da mesma forma que as regras de direito processual.

Entre as várias regras de direito processual interessa-nos neste trabalho, em especial, o fenômeno da polarização de demandas, notadamente do litisconsórcio ativo formado neste processo por grupos de sociedades. Por essa razão, o presente capítulo será dividido em três partes:

a) na primeira parte serão expostos os aspectos de direito material mais importantes que devem ser observados no estudo da recuperação judicial dos grupos de sociedades. Notadamente, nesta etapa serão abordados os efeitos que a crise gera sobre as sociedades grupadas e, ademais, será apresentada como as regras de direito societário atinentes a essa estrutura societária influenciarão o processo de recuperação judicial;

b) na segunda parte serão expostos os aspectos processuais aplicáveis à recuperação dos grupos de sociedades. Nesta etapa será estudado o litisconsórcio, seu cabimento no processo de recuperação judicial, especialmente no que tange a compatibilização desta formatação processual com a regra do principal estabelecimento;

c) na terceira e última etapa serão endereçadas as influências que os aspectos processuais exercem sobre a esfera material dos devedores e vice-versa. Neste tópico serão propostas as seguintes questões:

- quais seriam os tipos de litisconsórcio admissíveis neste processo;
- quais seriam as vantagens e desvantagens de se apresentar um plano único de recuperação judicial nos casos em que várias sociedades integrantes de um mesmo grupo pleiteiam a recuperação judicial;
- e, por fim, delimitar a extensão dos efeitos consolidativos sobre as devedores que propõe a recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

3.1 Aspectos de direito material da recuperação judicial dos grupos de sociedade

O estudo dos aspectos relevantes de direito material da recuperação judicial dos grupos de sociedades demanda certa sistematização, dada a multiplicidade de fatores a serem considerados nesta análise.

Isto posto, em primeiro lugar é preciso investigar os efeitos que o estado de crise produz nos grupos de sociedades, bem como sistematizar os diferentes tipos de crise que podem vir a surgir sobre essas estruturas.

Em seguida, será feita uma análise de conveniência da utilização da recuperação judicial como mecanismo de reestruturação de sociedades grupadas em crise; por último, serão apresentados os aspectos de direito material que influenciarão na conformação processual da recuperação judicial, notadamente, na classificação do eventual litisconsórcio formado no processo de recuperação judicial.

3.1.1 A crise nos grupos de sociedade

O estudo dos aspectos materiais da recuperação judicial dos grupos de sociedades não se inicia com a propositura da recuperação judicial pelos devedores, mas sim com o estudo da crise que sobrevêm sobre estes.

Afinal, antes de se pensar na recuperação judicial como alternativa de reestruturação, é preciso sejam conhecidos os problemas da empresa. Identificar os problemas que concorrem para crise pode parecer algo trivial em um processo de recuperação, mas na verdade não o é.

Embora a maioria das crises não surjam sem dar indícios, ainda que discretos, a maioria dos empresários só se dão conta do problema em estágios mais avançados. Nesse sentido, o engenheiro Fábio Bartolozzi Astrauskas sobre o assunto:

A identificação do início da fase de declínio é fundamental para que sejam tomadas medidas para reformulação de estratégias que reconduzirão a empresa para um novo ciclo de crescimento. Assim, é lógico deduzir que as empresas que identificam sinais ou sintomas de declínio mais precocemente terão maiores chances de reverter a curva descendente de declínio e poderão prolongar sua vida de forma lucrativa. [...]

A crise causa unicamente por fatores externos é uma exceção. Pode acontecer de uma empresa entrar em crise porque foi afetada por uma causa única externa não prevista. Mudanças repentinas na legislação, catástrofes da natureza, crises globais, muitas vezes são imprevisíveis e podem eliminar diversas empresas de um mesmo setor.

Já uma causa única interna geradora de crise acontece muito e, geralmente, esta é a justificativa de boa parte dos casos de reestruturação, como, por exemplo, um grande investimento feito e que acabou consumindo o capital de giro da empresa. Esta causa é muito comum. Falta de capacidade para dimensionar e gerenciar o capital de giro talvez seja o erro interno mais comum.

A empresa não quebra porque tem prejuízo, ela quebra porque não tem capital de giro. Quando ela tem prejuízos seguidos, o dono ou acionistas decidem fechar o negócio e investir em outra atividade. A empresa só entra em crise quando não tem capital de giro, por problemas de insolvência financeira que foram se agravando pela má administração.

Quando a empresa realiza investimentos de longo prazo, que deveriam estar sendo financiados com recursos de longo prazo, mas ela se utiliza de recursos de curto prazo, tirando do seu capital de giro ou passando a descontar duplicatas. Isto é um erro primário, porém comum.

A teoria da administração financeira ensina que investimentos de longo prazo devem ser financiados por empréstimos de longo prazo. Mas o empresário responde que, na prática, a sua empresa não consegue tomar dinheiro de longo prazo junto ao BNDES ou outros agentes de fomento porque o projeto de financiamento leva muito tempo para ser aprovado ou porque deve impostos. Na verdade, na maioria das vezes, o projeto está mal feito e estruturado de maneira errada¹⁴³. [...]

Além de erros em decisões estratégicas, podem ser encontrados muitos erros de implementação das ações estratégicas. Podem faltar algumas informações de mercado, mas, principalmente, faltam informações internas da empresa, pois as demonstrações contábeis e financeiras existem apenas para cumprir a obrigação fiscal, a empresa não tem controles, os relatórios gerenciais são fracos, etc. Em outros momentos, a decisão estratégica pode até estar certa -e ela é tão certa- que

¹⁴³ ASTRAUSKAS, Fábio Bartolozzi. Reestruturação e recuperação de empresas In MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2016, p. 36.

mesmo os problemas de gestão acabam sendo mascarados e a empresa consegue superar esses problemas e seguir em frente.

As empresas que não observam os primeiros sinais de crise acabarão sofrendo os problemas de uma maneira muito aguda no futuro. Quando a empresa deixa de atentar para todos os sinais de crise, que se agravam e se acumulam com o passar do tempo, as alternativas de reestruturação se restringem e as medidas de correção tornam-se arriscadas. Assim, um grave erro é buscar auxílio apenas no agravamento da crise.¹⁴⁴

Se a identificação da crise de um único empresário não se mostra das tarefas mais simples, conforme exposto acima, o monitoramento do estado de saúde de sociedades em grupamento se mostra ainda mais difícil.

Explica-se: os grupos de sociedades são uma técnica de segmentação de riscos que possibilitam “limitar ao máximo a responsabilidade patrimonial perante os riscos dos investimentos¹⁴⁵”. Sua utilização se justifica pelo desejo que o empresário tem de expandir suas atividades para outros mercados, sem aumentar o volume de risco assumido¹⁴⁶.

Não obstante, tais argumentos sejam até verdadeiros, eles não são absolutos.

Por mais que a utilização dos grupos de sociedades objetive segmentar o volume total de responsabilidades assumidos pelo empreendedor, decorre dessa mesma forma de organização o risco, em maior ou menor escala, de a crise de uma única sociedade avançar sobre outras integrantes do grupo. Da estrutura decorre, portanto, o risco de contaminação.

O gerenciamento deste problema demanda que os responsáveis pelo seu monitoramento saibam onde estão as arestas na blindagem dos grupos de sociedades.

Para descobriros pontos frágeis na estrutura é fundamental compreender que na ambiência dos grupos de sociedades coexistem dois conceitos antagônicos, quais sejam (i) a ideia de limitação de responsabilidade e de segmentação de riscos, com (ii) a existência do grau de exposição que cada sociedade tem com as demais membros do grupo.

O conceito de limitação de responsabilidade¹⁴⁷, tão estudado no direito societário, dispõe em sua acepção clássica que o patrimônio do investimento (neste caso, da sociedade) não se confunde com o patrimônio dos seus investidores (os sócios).¹⁴⁸

¹⁴⁴ Idem, p. 36.

¹⁴⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Manual de direito comercial**. v. 2. São Paulo: Revista dos tribunais. 2005, p. 260.

¹⁴⁶ Nesse sentido, “[a]s razões econômicas para constituição de grupos decorrem principalmente das economias de escala, da otimização do processo produtivo, das sinergias, do aumento da eficiência operacional, da necessidade de grande capacidade de investimento em tecnologia e do desejo de dominação de novos mercados, cada vez mais em escala global” Cf. EIZERIK, Nelson. **A nova lei das S/A comentada**. v. III. São Paulo: Quartier Latin. 2011, p. 327.

¹⁴⁷ Para um aprofundamento deste tema, Cf. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

A blindagem fornecida por este princípio exorbita a esfera patrimonial e se estende para a proteção dos direitos pessoais dos sócios, na medida em que a limitação de responsabilidade previne que a decretação de falência da sociedade importe, via de regra, na extensão deste mesmo estado para os sócios, conforme os termos do art. 82 da LRF¹⁴⁹.

Não obstante, embora seja garantido por lei certa limitação de responsabilidade àqueles que se valem de determinadas estruturas societárias para realizar seus negócios, é preciso entender que na prática a proteção efetivamente entregue é menos abrangente do que no discurso. Igual afirmativa pode ser feita quanto ao conceito de *autonomia patrimonial*¹⁵⁰ tão difundido no estudo de determinadas estruturas societárias.

Ambos os conceitos (autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade) precisam ser compreendidos à luz da realidade e com certo grau de ressalvas.

O presente alerta se mostra essencial porque a repetição irreflexiva desses conceitos tão enraizados na disciplina societária pode conduzir o intérprete à conclusões de um todo falaciosas, especialmente quando se investiga os grupos de sociedades.

No mundo da teoria, a leitura isolada da legislação societária traz consigo a impressão de que o *empreendedor de boa-fé*¹⁵¹ teria nos grupos de sociedades formados por tipos de

¹⁴⁸ “Justifica-se a sistemática de submeter as perdas dos sócios ao limite do investimento, transferindo o prejuízo para os credores da sociedade, na medida em que ao direito positivo cabe, por meio do controle dos riscos, motivar os empreendedores na busca de novos negócios. Se todo o patrimônio particular dos sócios pudesse ser comprometido, em razão do insucesso da sociedade empresária, naturalmente os empreendedores adotariam posturas de cautela, e o resultante poderia ser a redução de novas empresas, especialmente as mais arriscadas” Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

¹⁴⁹ LRF, Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

¹⁵⁰ “A última e mais importante consequência da personificação de uma sociedade é a autonomia patrimonial, isto é, a existência de um patrimônio próprio, o qual responde por suas obrigações. Disso decorre que, a princípio, é o patrimônio da pessoa jurídica a garantia única de seus credores e, por conseguinte, os credores, a princípio, não possuem pretensão sobre os bens dos sócios. Do mesmo modo, o patrimônio social é imune às dívidas particulares dos sócios. A autonomia significa que as obrigações (créditos e débitos) da pessoa jurídica não se confundem com as obrigações (créditos e débitos) dos sócios, não havendo que se falar em compensação.” Cf. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3.ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2011, p.229-230.

¹⁵¹ A utilização da expressão é proposital, ao passo que se pretende excluir da presente investigação todas as discussões envolvendo a técnica de desconsideração da personalidade jurídica – refere-se aqui a teoria maior da desconsideração. Por mais que a utilização desta medida esteja cada vez mais banalizada, não é um escopo deste trabalho investigar uma medida que, ao menos em tese, deveria ter sua aplicação restrita aos empreendedor de má-fé.

sociedades cuja responsabilidade imanente dos sócios é limitada uma fortaleza contra os riscos de toda sorte.

Infelizmente, a prática demonstra que o empreendedor tem em suas mãos um exuberantecastelo de cartas.

A investigação da crise dos grupos de sociedades não deve feita com base nos diferentes tipos de crise ou, ainda, dos motivos que conduziram à crise, até porque este tipo de abordagem estaria vinculado, invariavelmente, a uma indesejada parcela de casuísmo.

Prefere-se neste trabalho endereçar as possíveis vulnerabilidades da estrutura ante um quadro de crise, ao invés das causas que originaram os efeitos. Portanto, a nossa investigação repousa sobre os efeitos da crise, ao invés e suas causas.

Dito isso, é possível identificar 3 (três) diferentes tipos de vulnerabilidades nos grupos de sociedades:

- a) as vulnerabilidades em função da própria estrutura societária;
- b) as vulnerabilidades em razão da codependênciadadas atividades econômicas; e
- c) as vulnerabilidades a em função do tipo de contingência.

3.1.1.1 *Vulnerabilidade da própria estrutura societária*

A vulnerabilidade em função da própria estrutura societária é um tema que já foi mencionado nesta dissertação, ainda de forma *en passant*, no tópico “2.2.1” com arrimo na doutrina de Tullio Ascarelli¹⁵² e de Cassio Machado Cavalli¹⁵³, ocasião em que foi abordada a relatividade do princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias.

Cumpre-nos agora resgatar aquelas considerações e aplicá-las no ambiente dos grupos de sociedades.

Naquela oportunidade, explicou-se que a relatividade do princípio da autonomia patrimonial significa que muito embora o patrimônio social não se confunda com o patrimônio pessoal dos sócios, as participações societárias detidas pelos sócios são, ao mesmo tempo, bens que garantem as obrigações pessoais contraídas pelos titulares da pessoa jurídica.

¹⁵² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945. p. 282

¹⁵³ CAVALLI, Cássio Machado. **Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 101- ss.

Portanto, é preciso entender que do ponto de vista da sociedade, a participação societária representa o montante de capital investido pelos sócios no empreendimento; enquanto que do ponto de vista do credor particular do sócio, aquelas participações representam bens suscetíveis de expropriação para garantir determinada obrigação.

Feita essa distinção, impende-se fazer uma crítica a noção de autonomia patrimonial, afinal embora o sócio não responda pelas dívidas da sociedade, as dívidas particulares daquele podem vir a afetar a esfera patrimonial da sociedade, ainda que de forma indireta¹⁵⁴. Para melhor esclarecer a crítica ora tecida serão dados dois exemplos.

Antes, contudo, de trazer os exemplos, faz-se as seguintes considerações:

a) todos os débitos desses dois exemplos são de natureza civil - o intuito é demonstrar que até mesmo os créditos mais corriqueiros detidos contra o sócio, os quais, em tese, estariam abarcados pelos efeitos da separação patrimonial que existe entre o sócio e a sociedade¹⁵⁵, podem vir a afetá-la;

b) todas as sociedades mencionadas nos exemplos a seguir são tipos societários cuja limitação da responsabilidade dos sócios é imanente. Todavia, ressalte-se, que não estão compreendidas nos exemplos a seguir às sociedades anônimas de capital aberto que tenha ações circulando em bolsas de valores. A presente ressalva se mostra essencial, tendo em vista que as sociedades anônimas de capital aberto, e que tenham suas ações circulando em bolsa de valores, possuem cotação de mercado, algo que, por sua vez, facilita sua negociação.

No caso das companhias abertas, a sociedade não precisa desembolsar o custo de desinvestimento das ações expropriadas por credor particular, o qual é deslocado da companhia e/ou de seus demais sócios para ser suportado pelos agentes de mercado. Por tais motivos, não seria de todo incorreto dizer que se verifica autonomia patrimonial em maior escala apenas nas sociedades anônimas de capital aberto.

Feitas essas duas considerações, passa-se aos dois exemplos:

Exemplo1: Adotando-se como premissa teórica que o direito de retirada na sociedade por prazo indeterminado não precisa ter motivo, porque o seu fundamento é o art. 1.029 do Código Civil, conforme sustenta parte da doutrina¹⁵⁶, um sócio endividado decide

¹⁵⁴ É evidente que há mecanismos contratuais e/ou estatutários que podem ser inseridos nessas sociedades e que poderão minimizar a influência de externalidades na esfera social. Não se nega a existência destes mecanismos e, muito menos, de sua efetividade. Todavia, o enfoque da presente análise é apresentar às possíveis vulnerabilidades dentro de uma estrutura grupal.

¹⁵⁵ Algo que, por exemplo, não ocorre com os créditos de natureza trabalhista ou com os créditos de natureza consumerista, os quais serão oportunamente mencionados na seção “4.1.1.3”.

¹⁵⁶ “É assegurado ao sócio pelo art. 1.029 do Código Civil de 2002 – de aplicação compulsória à sociedade limitada, visto sua implicação na resolução, ainda que parcial, do contrato da sociedade em relação ao sócio

desmobilizar o investimento feito em determinada sociedade, com a finalidade de angariar fundos para cumprir com suas obrigações. Sem adentrar em quaisquer detalhes quanto à forma como essa desmobilização de capital da sociedade será realizada, certo é dependendo do grau de participação societária detida pelo sócio, a continuidade da sociedade pode vir a ser ameaçada. Suponha-se que ele requeira da sociedade sua dissolução parcial. Neste caso, a continuidade da empresa foi ameaçada por um problema particular do sócio.

Exemplo 2: Um devedor está sendo executado judicialmente por um credor quirografário. Esse devedor possui participações em várias sociedades, titularizando tanto *quotas* e como *ações*. O credor, depois de observar a ordem do art. 835¹⁵⁷ do Código de Processo Civil, percebe que as participações societárias são os bens de valor mais expressivo detidos pelo devedor. Neste sentido, o credor formula ao juízo cível um pedido de *liquidação* das participações societárias detidas pelo devedor.

Destaque-se que antes da vigência do atual CPC, o pedido de liquidação de participação societária apenas poderia incidir sobre *quotas*, por força dos termos do parágrafo único do art. 1.026 do Código Civil¹⁵⁸. Foi por esse motivo que o Prof. Cássio Cavalli fez a afirmativa apresentada no limiar deste trabalho:

dissidente –, o direito de, além dos casos previstos na lei ou no contrato, poder retirar-se da sociedade, sempre que lhe aprouver (sociedade com prazo indeterminado) ou quando for verificada justa causa (sociedade com prazo determinado) [...] Firmando-se a sociedade por prazo indeterminado de vigência, o recesso poderá ser viabilizado mediante singela notificação aos demais sócios, por via judicial ou extrajudicial, por meio da qual o dissidente emita claramente sua vontade de desfazer-se do vínculo, com antecedência mínima de sessenta dias, não sendo necessário, porque a lei não exige, declarar justa causa para o ato. Na verdade, não se lhe impõe que justifique ou decline a causa de sua iniciativa, em atenção ao princípio de que ninguém é obrigado a manter-se contratado, por prazo indeterminado. Por simples manifestação unilateral de sua vontade, o sócio libera-se do vínculo contratual” CAMPINHO Sérgio. **O direito de empresa à luz do Novo Código Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2003, p. 209/210. Em sentido oposto posiciona-se o professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Nesse sentido, Cf. “É preciso ter os olhos atentos à realidade quando se fala em direito de recesso e as cautelas que aqui e em outros países têm sido adotadas para evitar, tanto quanto possível, que sua utilização ponha em risco a existência da própria sociedade. A retirada de sócio que contribui com parcela substancial para a formação do patrimônio social, de fato, pode torná-la economicamente inviável; se a participação for de menor relevância, pode não haver esse problema. O fenômeno não apresenta grande relevância, também, quando a sociedade é formada para o desenvolvimento de atividade intelectual, que, por ser inerente à qualidade pessoal do sócio, não cessa ou desaparece com a extinção da sociedade; torna-se mais grave, contudo, nas sociedades dedicadas à atividade agrícola e pode chegar a grau de gravidade extremo nas sociedades empresárias, notadamente nas de capital, como as anônimas. Por isso a lei adota critérios variáveis, ora admitindo amplamente, ora restringindo o direito de retirada, consoante o tipo societário considerado” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito da Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 243.

¹⁵⁷ Código de Processo Civil de 2015, art. 835: A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

¹⁵⁸ Código Civil, Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação

Assim, enquanto que nas sociedades limitadas há uma autonomia patrimonial fraca, que apenas subordina o pagamento dos credores pessoais dos sócios ao pagamento dos credores sociais, sem que, no entanto, se evite a liquidação da quota; nas sociedades por ações, além da subordinação dos credores dos sócios aos credores da sociedade, há uma proteção contra a liquidação da quota, que causa um *lock-in* do valor investido de modo a proteger o *going concern* da empresa ¹⁵⁹.

Todavia, hodiernamente, a previsão de liquidação foi estendida às ações das companhias fechadas, por força dos termos do art.861¹⁶⁰ do Código de Processo Civil. De acordo com esse dispositivo, portanto, a sociedade anônima fechada também ou, então os seus sócios que quiserem adquirir as participações, é obrigada a suportar do seu caixa os custos da liquidação das participações societárias detidas pelo sócio devedor.

Em ambos os exemplos foi possível demonstrar a fragilidade noção de separação patrimonial. Ao que parece, a autonomia patrimonial preserva, via de regra, o sócio dos infortúnios de sua sociedade. No entanto, o caminho inverso não se verifica, uma vez que a sociedade não possui qualquer proteção contra os infortúnios patrimoniais de seus titulares.

Transposto o raciocínio para a realidade dos grupos de sociedades, há mais chances de os problemas experimentados por uma única sociedade se espalhar para as demais. Nesse sentido, suponha-se que há um grupo de fato formado por 3 (três) sociedades anônimas fechadas. Neste grupo, o tipo de vínculo existente entre as sociedades é de controle, em que a sociedade “A” controla as sociedades “B” e “C”. A sociedade “A” detém 60% da sociedade “B” e “51% da sociedade “C”.

A sociedade “A” decidiu contrair um financiamento com uma instituição financeira “X” para implementar seu plano de expansão para novos mercados. No entanto, devido a uma retração anômala do mercado todas as projeções feitas até aquele momento não vingaram.

Com isso, a sociedade “A” se viu severamente endividada perante a instituição financeira, a qual já iniciou a execução das notas promissórias que lhe foram dadas em garantia do empréstimo.

¹⁵⁹ CAVALLI, Cassio Machado. **Empresa, direito e economia**: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/55327/000856780.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 nov.2016.

¹⁶⁰ Código de Processo Civil 2015, Art. 861. Penhoradas as quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz assinará prazo razoável, não superior a 3 (três) meses, para que a sociedade:

I - apresente balanço especial, na forma da lei;

II - ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual;

III - não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.

§ 1º Para evitar a liquidação das quotas ou das ações, a sociedade poderá adquiri-las sem redução do capital social e com utilização de reservas, para manutenção em tesouraria.

No presente caso, embora os titulares da sociedade “A” estejam, teoricamente, resguardados dos insucessos do seu plano de planejamento de negócios, as sociedades “B” e “C” têm apenas a ordem de preferência das ordens de penhora prevista no art. 835 do CPC para atrasar um provável futuro pedido de liquidação de ações.

3.1.1.2 A vulnerabilidade em razão da interligação das atividades econômicas praticadas pelas sociedades

O segundo tipo de vulnerabilidade que pode ser observado na estrutura dos grupos de sociedades diz respeito à possibilidade de haver forte interligação das atividades que são desempenhadas pelas atividades grupadas.

Muitas vezes, a atividade explorada pelo empresário é tão complexa que ele procura fragmentá-la em diversas sociedades. Isso é muito comum, por exemplo, nas sociedades petrolíferas, onde há sociedades responsáveis pela exploração de petróleo, transporte, refino e, por fim, os responsáveis pela distribuição do produto.

Uma forma que muitos empresários encontram para maximizar seus ganhos de escala se dá através de sua participação em diferentes etapas do processo produtivo. Com isso, aparecem sinergias operacionais e/ou financeiras¹⁶¹.

A proposta é fantástica. Quando executada de modo adequado é possível agregar um *sobrevalor* ao negócio¹⁶². No entanto, a depender do grau de dependência que for verificado entre as sociedades para o desenvolvimento desta atividade global, maior serão as chances de o problema de uma única “engrenagem” resultar na paralisação de todo motor.

Geralmente, quanto maiores as sinergias maiores as chances de o problema de uma única da sociedade tornar-se um problema do grupo.

¹⁶¹ MUNHOZ, Eduardo Sechi. **Aquisição de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 141-143, *passim*.

¹⁶² “Quando se fala em valor imaterial [...] fala-se também do valor extra adquirido pela notoriedade e reputação da atividade desenvolvida. No conceito norte-americano, de *goodwill*, esta ideia fica mais evidente [...] Destaca-se que, se o estabelecimento já se encontra em funcionamento há certo tempo e já possui boa reputação no mercado, a ponto de já possuir sua clientela, o valor que a ele é agregado é ainda maior [...] A expressão aviamento vem justificar o “sobrevalor” pago pelo estabelecimento quando este é objeto de algum negócio jurídico. Quando se paga pelo estabelecimento empresarial mais que a soma dos bens que o compõe, paga-se pelo aviamento”. Cf. MIGUEL, Paula Castelo. O estabelecimento comercial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v.118. Arb/jun. 2000, p. 11 e p. 52.

3.1.1.3 A vulnerabilidade em função do tipo de contingência

A investigação acerca das vulnerabilidades também deve ser analisada em função da natureza da contingência.

Isto porque, embora a legislação societária trate de regulamentar, em linhas gerais, o regime de responsabilidade dos sócios, há outras legislações especiais que conferem seu tratamento particular à matéria. Portanto, é preciso, ainda rapidamente, listar os diferentes contornos dados ao regime de responsabilidade dos sócios previstos em outros regimes legais.

Na Consolidação das Leis de Trabalho “CLT” (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, em seu art. 2º §2º)¹⁶³, há previsão que sociedades componentes de grupos de sociedades são solidariamente responsáveis pelo adimplemento das obrigações trabalhistas verificadas em qualquer uma delas.

Na Lei de Falências, conforme já dito, está disciplinado no art. 82 e seus parágrafos o regime de apuração de responsabilidade dos sócios.

Quanto à aplicação do referido dispositivo aos grupos de sociedades o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser necessária a comprovação de fraude por parte dos sócios ou dirigentes para que seja promovida a extensão dos efeitos da sentença de falência. Nesse sentido, é preciso compartilhar os termos do julgamento do Recurso Especial de nº 1.258.751. Antes de apresentar trechos deste julgado, cumpre-nos fazer breves considerações.

A sociedade “Sobar S/A – Álcool E Derivados” era integrante do econômico conhecido como “grupo Petroforte”. A referida companhia possuía um vasto patrimônio. Não obstante, sobreveio à Sobar S/A e as demais sociedades do seu grupo uma implacável crise, a qual teve o condão de levar todas as referidas sociedades à falência.

Nesse sentido, às vésperas de uma eminente falência, decidiram os controladores da Sobar S/A simular operações entre a companhia e outras sociedades por eles controladas, fazendo com que a Sobar firmasse contratos de empréstimo dando seus bens em garantia. Os empréstimos, obviamente, não eram pagos e os bens eram tomados por um valor ínfimo. No

¹⁶³ CLT, 2º [...] §2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

caso em comento, restou nítido o intuito das controladoras da Sobar S/A de fraudar os credores por meio dessas transações travestidas de legalidade.

Sendo inequívoca a intenção de fraudar os credores, o STJ considerou que o juízo singular agiu corretamente ao determinar a extensão dos efeitos da falência para as demais sociedades do grupo e, por esse motivo, negou segmento ao recurso especial apresentado pela sociedade cujos efeitos da quebra foram estendidos.

Curioso é que tamanha foi a fraude que os efeitos da falência foram estendidos para 243 (duzentas e quarenta e três) sociedades e 76 (setenta e seis) pessoas físicas. Compartilhe-se, a seguir, as principais passagens deste julgamento e, no fim, a sua ementa:

Cinge-se a lide a estabelecer se é possível estender os efeitos da falência de uma empresa a outra, por decisão incidentalmente proferida, sem a oitiva da interessada, na hipótese em que não há vínculo societário direto entre as empresas, mas em que há suspeita de realização de operações societárias para desvio de patrimônio da falida nos anos anteriores à quebra, inclusive com a constituição de sociedades empresárias conjuntas para esse fim. [...]

Consoante mencionei no julgamento do REsp 1.259.018/SP, para compreensão da lide, é necessário descrever, antes de mais nada, no que consistem as fraudes que a massa falida alega terem sido cometidas, justificando a desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos da falência a uma série de empresas e pessoas físicas. [...]

As operações são sempre as mesmas: as empresas e os sócios do Grupo Econômico da Petroforte contraem dívidas – geralmente com o Rural Leasing ou com o Banco Rural – como não são pagas, são movidas ações judiciais que nem sequer chegam à segunda instância. Daí se obtém uma sentença judicial, ora condenatória, ora homologatória de acordo entre as partes e, como consequência, os bens dados em garantia são transmitidos aos 'credores' – empresas do Grupo Rural. Ato contínuo, aparece a Securininvest que subroga-se na dívida e os bens são rapidamente repassados a terceiros ou outras empresas dos mesmos Grupos Econômicos. [...]

Ou seja: uma cadeia de operações societárias teria sido preparada, segundo o síndico, de modo a tentar criar uma veste de legalidade para a transferência dos bens. Durante a criação dessa cadeia, empresas do Grupo Rural teriam se associado com a Securininvest e empresas do grupo Petroforte, criando, entre eles, significativo vínculo societário. Além disso, haveria, sempre segundo o síndico, grande intercâmbio entre os grupos econômicos Rural e Petroforte.

Afirma-se que “nos autos da ação falimentar da Petroforte existem diversos documentos que comprovam a interferência direta na administração das empresas relacionadas no parágrafo anterior [do grupo Petroforte] por pessoas que são funcionários do Grupo Rural”. Toda a operação teria sido escancarada em uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico proposta pela RIVER SOUTH em face de VULTEE, SECURINVEST e CARLOS MASETTI, na qual farta documentação acerca de tudo teria sido juntada. É dentro desse panorama que o presente recurso deverá ser julgado [...]

Além disso, é importante frisar que a jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de dispensar a propositura de ação autônoma para que se defira a extensão dos efeitos da falência de uma sociedade a empresas coligadas, consoante se vê nos seguintes precedentes: REsp 1.034.536/MG, Rel. Min. Fernando

Gonçalves, DJe de 16/2/2009; REsp 228.357/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19/12/2003; entre outros. Assim, em princípio, caracterizada a coligação de empresas, a exigência de processo autônomo não se justificaria. A caracterização de coligação de empresas é, antes de mais nada, uma questão fática. Portanto, o que tiver decidido o Tribunal a esse respeito não pode ser revisto nesta sede por força do óbice da Súmula 7/STJ [...]

A partir dessas reflexões, verifica-se que a cadeia societária descrita neste processo, não só em relação ao complexo agroindustrial SOBAR, mas em relação a diversos outros bens, demonstra a existência de um *modus operandi* que evidencia a influência recíproca dos grupos societários RURAL, PETROFORTE e SECURINVEST (seja ele ou não integrante do mais amplo GRUPO RURAL), uns sobre os outros, com a ativa participação da recorrente na cadeia de negócios reputada fraudulenta pelas instâncias ordinárias.

Isso é especialmente significativo quando nos debruçamos sobre a operação societária aqui descrita, consistente em arrendamento de bens, posterior inadimplemento da arrendante, retomada judicial da garantia, constituição de empresas para a administração desses bens e seu posterior redirecionamento a sucessivas sociedades que, na forma, são aparentemente independentes, mas cujo capital social é, na maioria das vezes, detido por sociedades off shore cuja efetiva propriedade não é dado aos credores da massa falida conhecer. É significativo notar inclusive que a influência de um grupo sobre outro se manifesta até mesmo na constituição de uma sociedade (TURVO PARTICIPAÇÕES LTDA.) cujo capital era dividido entre o GRUPO SECURINVEST e o GRUPO PETROFORTE, para quem os bens aqui discutidos, retomados pelo GRUPO RURAL, foram inicialmente transferidos antes de serem repassados a terceiros supostamente independentes. É possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem, interpretando-se progressivamente o art. 50 do CC/02.

Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da praxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como sói ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica. Inexiste, portanto, nem sob a ótica dos arts. 6º, 12 e 14, do DL 7.661/45, nem sob a ótica do art. 50 do CC/02, violação de qualquer direito da recorrente. [...]

Forte nessas razões, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento

EMENTA DO JULGADO:

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.

2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.
3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.
4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.
5. Recurso especial não provido¹⁶⁴.

No Direito da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), a responsabilidades dos sócios é regulada no art. 37, I e II¹⁶⁵, sendo que a responsabilização independe da constatação de culpa. A intenção, para o direito da concorrência, é um dos critérios a serem considerados para fixar a dosimetria das penas daquela legislação.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), art. 28, §2º dispõe que as sociedades controladas possuem a responsabilidade subsidiária quanto aos débitos de natureza consumerista formado contra qualquer uma delas.

Na Lei Ambiental (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), há responsabilidades das pessoas jurídicas pelos crimes ambientais (no art. 3º), com a possibilidade de terem suas personalidades desconsideradas nos termos do art. 4º¹⁶⁶

No Código Tributário Nacional, nos art. 124¹⁶⁷ está disposta a solidariedade entre as sociedades grupadas para o adimplemento das verbas tributárias quando for verificado “interesse comum¹⁶⁸” entre elas.

¹⁶⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Terceira Turma, Recurso Especial “REsp 1.258.751”, Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 09/08/2011.

¹⁶⁵ Lei de Defesa da Concorrência, Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

¹⁶⁶ Lei ambiental, Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

¹⁶⁷CTN, Art. 124. São solidariamente obrigadas:

Na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), no art. 4º, §2º¹⁶⁹, esta consignada a possibilidade de responsabilização integral das sociedades componentes de grupo de sociedades, independentemente de culpa, pela prática de atos tipificados como de corrupção por qualquer uma delas.

Cada um dos mencionados diplomas legais disciplina de modo diverso o mesmo fenômeno jurídico: a responsabilidade dos sócios em razão daqueles tipos de contingência.

Por essa razão, irretocável é a tese de Paula Andrea Forgioni, quando defende que o estudo do direito empresarial deve ser feito dentro do mercado¹⁷⁰. Terminadas essas considerações iniciais acerca da crise e das vulnerabilidades dos grupos de sociedades, avança-se ao tópico seguinte.

3.1.2 Elementos materiais relevantes

A identificação da crise e das eventuais lacunas defensivas da estrutura grupal é o primeiro passo a ser tomado rumo à superação deste estado.

Dando continuidade a este estudo, é preciso agora pensar em possíveis soluções. A recuperação judicial, neste contexto, é mais uma das várias ferramentas que pode lançar mão o devedor em busca do seu soerguimento. Nem sempre ela será a melhor das opções, pois diversas questões precisam ser verificadas antes da eleição da recuperação judicial como medida mais adequada.

Em primeiro lugar, o processo de recuperação judicial não é um procedimento corriqueiro. A petição inicial desta ação, por exemplo, deve ser instruída com uma série de

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

¹⁶⁸ Nesse sentido, Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp 834.044/RS, Ministra Relatora Denise Arruda, julgado em 11 de novembro 2008.

¹⁶⁹ Lei Anticorrupção, Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.[...]

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

¹⁷⁰ “Temos um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua dinâmica. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função, razão de ser, no mercado.” Cf. FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009, p. 82.

documentos de não tão fácil produção, como relação de devedores, balanços, relação de bens dos sócios dos administradores e entre outros (LRF, art. 51)¹⁷¹.

Organizar toda a documentação requerida nos termos da lei é algo que pode tomar até meses do devedor e dos seus agentes, especialmente quando se pretende propor uma recuperação judicial em benefício de um grupo de sociedades.

Em segundo lugar, o procedimento da recuperação judicial é extremamente dispendioso. Ao longo do processo, o devedor deverá suportar despesas tais como: a remuneração do administrador judicial, nos termos do artigo 24¹⁷² §1º da LRF, os gastos com as publicações de todos os editais, o pagamento dos honorários dos advogados e de todos os demais profissionais que lhe irão auxiliar neste procedimento.

A recuperação judicial, além disso, traz também consigo o ônus do devedor se comprometera quitar todo o passivo trabalhista em até 1(um) ano após a concessão da recuperação, nos termos do art. 54 da LRF.

Portanto, *necessariamente*, o devedor deverá ter folego para atender esta exigência legal, não podendo o devedor apresentar em seu plano de recuperação judicial, por exemplo, cláusula que disponha de modo contrário, e mesmo nas hipóteses em que os credores trabalhistas estejam de acordo com essa negociação¹⁷³¹⁷⁴.

¹⁷¹“ A instauração da recuperação judicial advém, em evidência de um estado de desequilíbrio: quaisquer que sejam as causas da crise, as relações de poder se encontram desequilibradas sob o aspecto econômico, substancialmente em razão de sacrifícios de ordem pecuniária impostos a credores e demais *stakeholders* sujeitos aos efeitos da recuperação, cabendo à ordem jurídica a iniciativa de equacionar o quadro geral da instabilidade entre poderes, a começar por medidas destinadas a superar a assimetria informacional. É natural, pois, que no quadro da Lei nº 11.101/2005, o regime estabelecido seja exatamente o oposto daquele em vigor no curso do funcionamento normal equilibrado da atividade empresarial da companhia. Logo, o art. 7º, caput, da Lei 11.101/2005, estipula autêntica transferência de titularidade da informação, ao determinar que o administrador judicial tenha acesso aos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor, o que é reforçado pelo art. 51 §§1º e 3º, segundo os quais os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares permanecerão à disposição do juízo e do administrador judicial, podendo ser determinado pelo juiz seu depósito em cartório. “ Cf. MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 221.

¹⁷² LRF, Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

§ 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

¹⁷³“ [...] o devedor não poderá propor a cláusula, e se a propuser o juiz não poderá aceita-la, pois fere norma cogente, de interesse público, mesmo que os interessados estivessem de dispostos a com ela concordar” Cf. VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p 167.

¹⁷⁴ “Além disso, “o plano de recuperação judicial deverá prever o pagamento das parcelas estritamente salariais vencidas nos três primeiros meses anteriores ao pedido no prazo máximo do pedido a contar da homologação do plano”, em consonância com os termos do parágrafo único do artigo 54. Cf. AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio Machado. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 227.

Cumpra lembrar, ademais, que o período de pagamento das verbas trabalhistas encontra-se compreendido dentro do período de supervisão legal da recuperação judicial, período este em que o eventual descumprimento de previsão do plano de recuperação pode acarretar na convolação da recuperação judicial em falência.

Em terceiro lugar, se o trabalho já é dispendioso para uma sociedade, imagine para um grupo delas. Nestes casos, ainda saber dimensionar o tamanho da crise é fundamental. É preciso sejam mapeadas as obrigações assumidas por cada uma das sociedades grupadas, verificar onde há risco de contaminação e principalmente, saber se a maior parte dos créditos detidos contra elas são sujeitos à recuperação.

Os grupos de sociedade, em especial, precisam tomar particular cuidado com o passivo trabalhista. Isto porque, o passivo trabalhista de uma das empresas do grupo representa, na verdade, um passivo do grupo de sociedades, por força da regra de solidariedade prevista no §2º do Art. 2º da CLT já mencionada.

Em quarto lugar, o pedido de recuperação judicial, traz consigo o risco da decretação de falência dos devedores em caso de insucesso. Por esse motivo, é preciso que o devedor conheça, exatamente, seu real estado de saúde.

Uma recuperação judicial para ser exitosa precisa ser planejada com certo grau de antecedência, sendo indispensável a produção de um cronograma financeiro com os dispêndios a serem suportados durante o todo o processo, bem como da ampla documentação exigida. Nesse sentido:

A reorganização empresarial, judicial ou não, resulta, em assunção de custos financeiros, reputacionais e de oportunidade que serão incorridos pelo empresário em crise e por seus credores. Nestes custos devem ser computados os gastos e despesas diretamente relacionados à participação no processo, bem como aqueles que decorrem da reorganização em si. Afinal, a novação das obrigações do empresário devedor, necessariamente, enseja perdas que deverão ser suportadas pelas pessoas que com eles mantinham alguma relação empresarial. Desta forma, na busca pela preservação da unidade empresarial, deve-se levar em consideração as razões econômicas que motivaram sua constituição¹⁷⁵.

Por último, e talvez entre todos os alertas até aqui listados esse seja o mais importante, é preciso que o devedor - neste caso, os devedores, dado que a hipótese de investigação se refere à recuperação judicial de grupo de sociedades – comece a pensar com

¹⁷⁵ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os custos da reorganização judicial da empresa In MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2016, p.51 e 52.

antecedência nos termos do seu plano de reestruturação. A bem da verdade, o plano de reestruturação deve ser pensado antes de ser requerida recuperação judicial.

Isto porque o plano de recuperação judicial deve conter medidas reorganizadoras de cunho amplo, que deverão considerar uma solução global para as sociedades grupadas demonstrando, cumulativamente, a viabilidade econômica¹⁷⁶ tanto das soluções nele propostas, quanto das sociedades recuperandas.

Nesse contexto, seria uma temeridade deixar para iniciar os trabalhos apenas após o processamento da recuperação, durante o prazo improrrogável de 60 (sessenta dias) para apresentação do plano, porque se esse não for observado, a recuperação será convolada em falência¹⁷⁷.

3.1.3 Aspectos de direito societário a serem considerados

Cumpridas as duas etapas antecedentes acerca (i) das fraguezas estruturais dos grupos de sociedade e (ii) dos critérios a serem considerados na análise de conveniência de utilização da recuperação judicial como ferramenta de superação da crise, cumpre ainda atentar-se para algumas particularidades que o estado de recuperação judicial produz no direito societário. No capítulo 2 foram apresentadas as principais características funcionais de uma sociedade.

Quanto à disciplina dos grupos de sociedades, foram apresentados os distintos regimes jurídicos que são aplicáveis tanto aos grupos de fato e aos grupos de direito. O conhecimento e cumprimento das aludidas regras são fundamentais para o exercício de uma *governança* saudável¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “[...] o instrumento de avaliação de viabilidade econômica é o balanço patrimonial, no qual se confronta o ativo com o passivo exigível. Todavia, num processo de recuperação, mais que tratar da viabilidade econômica, importa avaliar a viabilidade financeira, ou seja, a capacidade da empresa de gerar recursos suficientes para cobrir todos os desembolsos necessários” Cf. MALHEIROS, Aristides. Plano de Recuperação – isso funciona? In *Revista do Advogado – Asp*, v.29, 21-28, 2009, p. 26.

¹⁷⁷ “O plano de recuperação deverá ser apresentado no prazo de sessenta dias a contar da decisão que determina o processamento da recuperação judicial, embora vários documentos relacionados no art. 51 sejam exigidos desde logo. Este prazo não poderá ser prorrogado e a omissão do devedor em relação a sua apresentação, bem como sua rejeição pelos credores, provocará a decretação de sua falência. Embora possa parecer um caso de decretação de falência *ex officio*, já que não foi requerida pelo devedor nem pelos credores, na verdade trata-se da convalidação do pedido de recuperação judicial em falências” Cf. BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira, *Curso Avançado de Direito Comercial*, 4.ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 498.

¹⁷⁸ Na doutrina nacional, a definição daquilo que seriam as boas práticas de governança corporativa surgiu a partir de ensaios críticos que alguns juristas fizeram sobre a conformação da estrutura jurídica societária. O professor Fabio Konder Comparato, por exemplo, erigiu sua tese acerca do poder de controle a partir da adoção

Não obstante, embora as referidas normas sejam de grande importância no ambiente societário, especialmente para fins de separação dos interesses dos sócios daquilo que seria o melhor *interesse social*, é preciso verificar de que modo tais regras influirão no curso da *recuperação judicial*¹⁷⁹. Afirma-se isso porque na recuperação judicial impera o *interesse na preservação da empresa* (ou *interesse recuperacional*) que, certamente, não se confunde com o interesse social.

Maurício Moreira Mendonça de Menezes apresenta, ainda que de maneira indireta, o conceito de *interesse recuperacional* a partir da descrição do papel da empresa em crise:

Sendo a empresa uma organização complexa, consubstanciada na coordenação de fatores humanos e materiais de produção, para o oferecimento de bens ou serviços ao mercado, com constantes implicações nas esferas patrimonial e existencial de terceiros, bem se vê que é concentradora de amplo rol de interesses, internos e externos à organização.

premissas que procuraram, o tempo todo, condicionar o exercício de tais prerrogativas aquilo que seria o legítimo interesse social. A forma eleita por ele para a consecução deste fim se deu pela adoção de uma tônica crítica em seus trabalhos, a qual, a bem da verdade, valeu-se muitas das vezes da utilização de contrastes entre a figura daquilo que seria o absurdo para o ideal. Em direito societário, muitas vezes, é se preciso trabalhar com os extremos para que se consiga mapear os contornos de toda zona cinzenta que se encontra entre os dois polos. Nesse sentido, vale a transcrição de trecho da obra do Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, Cf. “Pode-se, com efeito, criticar o legislador brasileiro pela falta de idealismo, mas não pela ausência de realismo. O sistema foi elaborado em torno da figura do acionista controlador, verdadeiro centro decisório da sociedade. Inclusive a distribuição de competências e a construção orgânica da sociedade são elaboradas com base na presunção de existência de um “sócio” soberano [...] Essa concentração de poderes nas mãos do acionista controlador – que para valer suas diretrizes administrativas não precisa sequer superar os obstáculos, ainda que meramente formais e procedimentais, consistentes em divisões de competência da administração – não é acompanhado por uma proteção efetiva das minorias. Os direitos concedidos as minorias institucionais resumem-se basicamente ao direito de informação e à atribuição de legitimidade para propositura de certas demandas no interesse da sociedade. Não há um direito de veto ou uma participação administrativa capaz de por minimamente o poder do acionista majoritário. Um sistema assim delineado contém um estímulo organizativo fortíssimo à concentração empresarial. Isso porque os minoritários são um “custo organizativo” que o empresário deve levar em conta.” COMPARATO, Fabio Konder; Salomão Filho, Calixto. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 453.

¹⁷⁹ José Alexandre Tavares Guerreiro foi um dos pioneiros a fazer a importante ressalva quando aos perigos de se confundir os interesses da companhia com os interesses do seu controlador. “O legislador brasileiro, de certa forma, trai sua própria convicção acerca do modelo administrativo da sociedade anônima como sistema de poder. Se é certo, de um lado, que os administradores devem ser independentes, no interesse da companhia (art. 154, *caput*, da Lei n. 6.404), não é menos certo, de outro lado, que o ordenamento societário alude como já dissemos, ao uso efetivo do poder de controle para “dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”. Ora, essas prerrogativas do acionista controlador, de dirigir e orientar, traduzem uma fina fissura na proclamada separação de poderes que, à maneira da construção de Montesquieu, deveria, em tese, embasar o modelo formal da sociedade anônima. Entre dirigir/orientar e influir decisivamente pode haver diferenças semânticas ou, se se preferir, diferenças de grau. Todavia, na medida em que a própria lei admite e até afirma tal possibilidade de dirigir/orientar por parte do acionista controlador, resulta claro que, por trás da administração profissional ou burocrática, atua a eminência parda dos titulares do poder acionário. Essa possibilidade confirma que, pelo menos do ponto de vista da análise sociológica, a estrutura burocrática da administração social pode ser levada a atender não o interesse da companhia, como em princípio quer a lei, mas a funcionar precisamente como o meio pelo qual se dá guarida aos interesses do acionista controlador, num típico esquema de dominação no sentido weberiano” Cf. Ora, essas prerrogativas. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade Anônima: poder e Dominação In **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 53, jan/mar.1984, p. 75-77.

Assim, pensar na função social da empresa exige especial ponderação, direcionada a saber quais responsabilidades podem ser imputadas à organização empresarial, no que diz respeito ao atendimento das legítimas aspirações e expectativas de seus colaboradores diretos e indiretos, fornecedores, credores, concorrentes, órgãos fazendários e, ainda, ao atendimento de determinados compromissos que se encontram incluídos em sua agenda social, abrangendo sob esse aspecto as demandas sociopolíticas que sua realidade local lhe apresenta (incluindo-se questões ambientais), sem se cogitar de assistencialismo ou paternalismo ¹⁸⁰ [...]

Logo o papel da empresa em crise merece ser interpretado segundo sua potencialidade (operacional, econômica e financeira) de ser gerida em atendimento aos interesses que são priorizados pela norma legal e constitucional, nomeadamente os interesses do trabalhador, de consumidores, de agentes econômicos, com os quais o empresário se relaciona, incluindo-se credores (principalmente aqueles considerados estratégicos para a atividade empresarial, como credores financeiros e comerciais, abrangendo fornecedores de produtos e serviços) e, enfim, de interesses da própria coletividade, entre os quais se destacam aqueles relacionados ao meio ambiente. ¹⁸¹

Percebe-se que a concepção de *interesse recuperacional* trazida pelo Prof Maurício Menezes muito se aproxima do conceito de interesse social proposto pelo prof. Calixto Salomão Filho com sua teoria organizativa -embrando que para o professor da USP como a capacidade organizativa das sociedades de gerenciamento adequado dos múltiplos interesses que orbitam ao seu redor¹⁸².

Analisando a sistemática da recuperação judicial, especialmente seu procedimento, percebe-se que o processo de recuperação é uma cirurgia em busca da concretude de todos os interesses que orbitam em torno da empresa insolvente.

Todavia, a diferença entre o interesse recuperacional e o *interesse social* é este norteia a atuação dos sócios na ambiência societária, e principalmente do controlador no exercício de seu *poder-função*¹⁸³, enquanto que aquele impõe um comportamento proativo a todos agentes

¹⁸⁰ MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 138

¹⁸¹ Idem, p. 148.

¹⁸² “A conclusão desse estudo deve ser necessariamente otimista em relação aos potenciais resultados de uma aplicação criteriosa da teoria organizativa. A razão para isso é muito simples. A experiência jurídica e econômica recente demonstra que só através dela é possível obter os objetivos tão almejados pelas duas teoria cognomidas clássicas sobre o interesse social. [...] A teoria organizativa e o institucionalismo integracionista em boa medida parecem ter uma resposta muito mais coerente para o mesmo problema. Afirmam que o objeto societário principal, o próprio interesse social, está na integração de os interesses e solução interna de conflitos entre os vários interesses envolvidos pela atividade social. [...] A teoria organizativa, quando bem aplicada, não é um retorno ao individualismo dos contratualistas, mas sim um passo avante em relação ao institucionalismo na defesa do interesse público. Possibilita a proteção dos interesses e a solução interna de conflitos, que podem ser bem atingidos por regras organizativas internas, e a externalização daqueles que não podem, acompanhada então de uma correta mediação legislativa de conflito (como ocorre no direito ambiental, direito antitruste – onde é bastante pueril, ao menos por enquanto, imaginar uma possível solução interna para os conflitos de interesse. “ Cf SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4.ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 51-52.

¹⁸³ “O titular do controle exerce a soberania societária. Não vai nisso nenhuma aberração. Ao contrário, a existência de um direito de controle representa um elemento indispensável na economia social, embora ele não

envolvidos na recuperação judicial (v.g. sócios, credores, Ministério Público, administrador judicial etc).

Percebe-se, portanto, que o *interesse recuperacional* é mais amplo do que o *interesse social*, o qual, no nosso entender, estaria inserido dentro do primeiro¹⁸⁴.

Nesse contexto, é preciso ter em mente que no âmbito da recuperação judicial, aquilo às vezes seria o melhor interesse social, pode ser sacrificado em benefício do interessa na recuperação da empresa.

Em uma recuperação judicial, por exemplo, é possível que seja determinada a venda de um ativo estratégico da sociedade recuperanda como forma de arrecadação de fundos para o pagamento dos credores trabalhistas concursais dentro do prazo de um ano previsto na Lei - algo que seria, convenhamos, impensável fora do ambiente da recuperação.

Neste contexto, seguindo a forma empregada no tópico antecedente, far-se-á uma exemplificação do aqui afirmado. Suponha-se que existe um grupo de sociedades, formado por 4 (quatro) sociedades anônimas de capital fechado, o qual atua no setor petrolífero.

Neste grupo, uma sociedade funciona como sociedade holding¹⁸⁵, que, por sua vez, controla as 3 (três) demais integrantes do grupo, que são suas subsidiárias integrais (LSA, arts. 251¹⁸⁶).

Cada uma dessas subsidiárias atuam em diferentes atividades do setor petrolífero:

tenha sido sublinhado, como deveria, na estrutura do modelo legal, até o advento da Lei nº6.404/1976. Não há sociedade sem poder, e sem organização o poder – ou seja, sem direito – como salientamos desde as páginas introdutórias. Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuindo ao titular para consecução de finalidades precisas” Cf. COMPARATO, Fabio Konder; Salomão Filho, Calixto. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 315.

¹⁸⁴“Em vista do posicionamento aqui adotado acerca da concepção da companhia sob a ótica organizativa, conforme acima detalhado, cabe dizer que o intuito de preservação da empresa estaria vinculado ao seu resguardo de uma organização, que abrange inúmeros interesses e cujo fundamento de existência refere-se exatamente ao respeito a esses mesmos interesses. Em outras palavras, a preservação da empresa é alcançada por meio de respeito, equilíbrio e integração entre os interesses por ela influenciados” Cf. CEREZETI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação de empresa na Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 214-215

¹⁸⁵ “As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio.” (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de Sociedades Anônimas**. v. 4, Tomo II 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14)

¹⁸⁶ LSA, Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

§ 1º A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único.

§ 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.

a) a subsidiária “A” atua na atividade de extração do petróleo, sendo essa, inclusive, titular de importantes contratos de concessão com o poder público;

b) a subsidiária “B” atua no setor de transporte, possuindo diversos oleodutos e gasodutos, bem como todo um sistema de logística que possibilita a distribuição do óleo negro e do gás extraídos com enorme eficiência; por fim,

c) a subsidiária “C” atua na parte de refino do petróleo.

Prosseguindo com a ilustração, suponha-se que o mencionado grupo foi atingido por uma forte crise econômico-financeira. A queda no preço do petróleo tornou a exploração de alguns projetos inviáveis, tendo em vista que as receitas futuras projetadas em razão da nova cotação do petróleo seriam insuficientes para cobrir os juros dos financiamentos contratados. Além disso, verifica-se que neste grupo há uma enorme sinergia entre as sociedades, algo que, conforme já mencionado, ao mesmo tempo que agrega um sobrevalor ao produto final das atividades deste grupo, torna as sociedades membros extremamente dependentes entre si.

Embora o quadro de crise da ilustração fosse considerável, verificou-se que era possível minorar os seus efeitos. Nesse sentido, decidiram as sociedades integrantes deste grupo impetrar em conjunto à ação de recuperação judicial para se reorganizarem.

Já no âmbito da recuperação judicial verificou-se que a subsidiária “A”, sociedade que reunia os ativos mais valiosos do grupo de sociedades, deveria ser alienada como uma forma de arrecadação para o pagamento de credores de todas as sociedades integrantes daquele grupo. A recuperação judicial tornou a subsidiária integral “A” ainda mais atrativa para seus compradores, isto porque, as alienações feitas no âmbito da recuperação judicial estão livres de ônus e sucessão, conforme inteligência do parágrafo único do art. 60 da LRF¹⁸⁷.

Neste contexto, no âmbito desta recuperação judicial hipotética, apareceu uma concorrente chinesa deste grupo, os quais conseguem captar recursos com juros muito menores em país de origem, interessada em adquirir a subsidiária “A” por um ótimo valor.

Na visão dos chineses, a desvalorização do preço do petróleo seria algo temporária e, por esta razão, seria interessante adquirir ativos depreciados pela transitória diminuição do preço mundial da commodity. Sem se adentrar em especificidades neste exemplo, a transação foi concretizada e a subsidiária “A” foi alienada por um ótimo valor para os concorrentes chineses, o qual foi integralmente utilizado para pagar os credores das sociedades grupadas,

¹⁸⁷ LRF, Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

que possuíam expressivo passivo trabalhista conjunto – lembrando que o passivo trabalhista é sempre “coletivo”.

Ademais, os chineses acordaram que manteriam as relações comerciais entre a subsidiária por eles adquirida com as demais subsidiárias do grupo, pelo período mínimo de 5 anos, contanto fossem mantidos os preços praticados anteriormente à aquisição. Com isso, ao término desta hipotética recuperação, o grupo de sociedades passaria a atuar apenas nos serviços de refino e transporte.

O exemplo acima dificilmente se concretizaria fora do ambiente de uma recuperação judicial.

A noção clássica que se tem de *interesse social* poderia tornarinjustificável a alienação da sociedade mais valiosa do grupo, que exerce a principal atividade por ele desempenhada (exploração do petróleo), para um concorrente direto e em benefício do interesse coletivo.

Em uma reorganização normalou seja que ocorre fora do ambiente da recuperação judicial, o usual é que sejam alienadas as unidades deficitárias e não as superavitárias. Na recuperação judicial, por outro lado, os critérios a serem observados foram outros e exigiram que os rumos da reestruturação tomassem rumos holísticos.

No caso hipotético, houve preservação de empresa exercida pelo grupo, embora seja discutível se a medida praticada é ou não justificável sob os auspícios do *interesse social* individual de cada uma das sociedades.

O exemplo utilizado se compraz, integralmente, com o espírito da LRF, o qual procura separar o destino do empresário do de sua empresa. Nesse sentido, novamente, muito pertinentes são as considerações de Calixto Salomão Filho, o qual reconhece a soberania do interesse de *preservação da empresa* sobre os *interesses do devedor*:

Em primeiro lugar, a clara opção institucionalista pela preservação da empresa da nova Lei de Falências exigirá, por necessidade de coerência lógica, a extensão desse institucionalismo para a vida social. O que se quer dizer é que não é possível pensar em preservação de empresa apenas no período de crise da empresa, mas também durante a sua vida. Assim sendo, a aplicação da nova Lei de Falências de forma coerente com o princípio da preservação da empresa pode ajudar a dar aplicação a princípios institucionalistas societários como o do art. 116 da Lei 6.404/1976.

Uma segunda consequência importante, essa mais do ponto de vista econômico, é sobre o grau de empreendedorismo. Elemento importante na histórica econômica para garantia do próprio processo de desenvolvimento, com frequência não lhe é atribuída a importância devida.

No caso de existência de um processo de recuperação de empresas eficaz e célere, o estímulo será a maior assunção de riscos ou o maior nível de investimento por parte da empresa, por ser menos grave e, sobretudo, por não ser mais irreversível o processo de ruína do empreendimento. Mais do que isso. Caso aplicado de forma

efetiva, o processo de recuperação de empresa permitirá operar a dissociação econômica desconhecida em nosso ordenamento.

De há muito tempo vem se tentando, através da limitação de responsabilidade, dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que o último sobreviva à primeira. A nova Lei procura fazer exatamente o inverso, i.e., dissociar ruína da empresa da ruína do empresário, permitindo que a primeira sobreviva ao último. Só o tempo e a força de princípios dos aplicadores dirá se isso será possível em meio à recuperação patriarcal-capitalista em que vivemos.¹⁸⁸

Neste compasso, entende-se que no ambiente da recuperação judicial as discussões em torno daquilo que seria o melhor *interesse social* ficam relegadas para um segundo plano de importância, dada a premente necessidade de se alcançar a preservação da empresa sobre todos os demais.

Isso não quer dizer, todavia, que não haja períodos em que as regras de direito societário não assumam maior importância no procedimento da recuperação judicial.

Dentro das várias fases que existem dentro da recuperação judicial, existem dois momentos em particular em que as regras de direito societário podem ganhar maior relevo.

O primeiro deles é na ocasião da deliberação dos sócios que decidirá acerca da conveniência ou não da propositura desta medida processual para sociedade. Tal deliberação encontra-se prevista no art. 122, IX¹⁸⁹ da Lei das S/A, referente as sociedades por ações, e no artigo 1.071, VIII¹⁹⁰ do Código Civil, referente às sociedades limitadas. Embora ambos os diplomas legais mencionem a concordata, é pacífico que a recuperação judicial foi o instituto sucedâneo daquela medida judicial.

A aprovação da proposta de requerimento de recuperação judicial ou sua ratificação é uma decisão dos sócios¹⁹¹.

Ademais, eventuais questionamentos acerca da legalidade desta deliberação, que autorizará a propositura da recuperação judicial, encontram-se adstritos ao crivo daquilo que seria o melhor *interesse social*.

¹⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social In SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coord). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 - Artigo por artigo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 54

¹⁸⁹ Lei das S.A, Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: (Redação dada pela Lei nº 12.431, de 2011).[...]

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

¹⁹⁰ Código Civil, Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: VIII - o pedido de concordata.

¹⁹¹ Nesse sentido, o artigo 115, *caput* da LSA determina que o acionista deverá exercer o voto no interesse da sociedade, sob pena do voto ser considerado. LSA, Art. 115: O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionista.

Ninguém obriga o empresário a propor recuperação judicial. Não se trata de uma *regra de direito posto*¹⁹², mas, na realidade, de uma das alternativas que se pode valer o empresário em crise. Contudo, a partir do momento que é aprovada a deliberação que autoriza a propositura da recuperação, ocorre a derrogação do *interesse social* como regra geral de orientação daquela da sociedade, o qual será substituído pelo *interesse recuperacional*

Embora a discussão aparente ser de cunho estritamente teórico, ela não é.

Dizer que o eixo de governança de uma sociedade é deslocado do parâmetro do *interesse social* para o *interesse recuperacional*, quer dizer conferir poderes para os stakeholders opinarem, diretamente, sobre a gestão da sociedade e, ao mesmo tempo, diminuir a ingerência dos sócios sobre as deliberações sociais.

Isto porque, e em primeiro lugar, é preciso não esquecer que a concessão da recuperação judicial pelo juiz de direito é condicionada à obtenção da aprovação da maioria dos credores das recuperandas, segundo os critérios previstos na LRF. Caso não seja alcançado este quórum na votação, o procedimento será convolado em falência.

Ademais, muito embora os credores não detenham legitimidade para apresentar um plano de reestruturação para ser votado no processo de recuperação judicial da mesma forma como o devedor, eles detêm o poder de rejeitar o plano apresentado por este.

Dentro do processo de recuperação, como se sabe, é atribuído aos devedores o ônus de apresentar um plano de recuperação judicial o qual deverá propor as soluções para superar o quadro de crise.

É muito comum que o aludido plano de recuperação preveja medidas que irão implicar na ampla reorganização do devedor e alteração de sua conformação patrimonial. Entre as medidas de reorganização, estão, por exemplo, a alienação de controle, a fusão, a cisão, a constituição de unidades produtivas isoladas.

Portanto, não se pode desconsiderar a influência que credores de uma empresa em recuperação judicial exercem sobre a gestão da sociedade recuperanda.

Em segundo lugar, os sócios da empresa em recuperação judicial que detenham participação superior a 10%, nos termos do Art. 43¹⁹³ da LRF, não terão o seu crédito considerado para fins de instalação e de votação do plano de recuperação apresentado. A regra

¹⁹²Cf. GRAU, Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros. 2000, p.33-82.

¹⁹³.LRF, Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

de conflito de interesses, em sua modalidade forma (*divieto di voto*) regra de que vigora na recuperação judicial, é prova da derrogação aqui mencionada do interesse social em benefício do interesse recuperacional.

No caso específico da recuperação judicial de um grupo de sociedades, é possível que sejam propostas medidas dentro deste plano de recuperação que contrariem as regras de comutatividade que valem para as sociedades integrantes de um grupo de fato quando fazem operações entre si (operação entre partes relacionadas), por exemplo.

Em uma recuperação judicial, se o plano prever uma operação não comutativa entre sociedades integrantes de um grupo de fato essas seriam válidas, dado que o objetivo-fim do processo de recuperação judicial é atender aos interesses da maior coletividade possível, algo que não poderia ser limitado por regras de governança das sociedades. Nesse contexto, é preciso que o interesse público na preservação da empresa prevalece por regras individuais¹⁹⁴.

Embora o plano de recuperação possa prever estratégias de recuperação não subordinadas às regras de governança aplicáveis aos grupos de sociedades em operações entre partes relacionadas em recuperação judicial, dado que os termos do plano de recuperação judicial, se aprovados, alterarão a conformação patrimonial do devedor (como, por exemplo, são as medidas previstas no art. 50, II da LRF¹⁹⁵), entende-se que antes deste plano ser apresentado em juízo da recuperação, seria de bom alvitre que este plano fosse votado pela AGC da sociedade, ao invés de ficar a cargo exclusivo da administração.

Deste modo, poderá haver uma supervisão do interesse social sobre os termos da reorganização a ser proposta em juízo. A realização desta assembleia é um alvitre para se compatibilizar o *interesse recuperacional* com o *interesse social*. Ademais, essa deliberação antecedente deverá respeitar o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias que o devedor está submetido para apresentar seu plano de recuperação judicial em juízo, o qual caso seja descumprido poderá acarretar na decretação de sua falência.

¹⁹⁴“ É nesse sentido que a doutrina atenta para o fato de que, em sua evolução, o direito concursal passou a ser visto sob a perspectiva de um interesse público na prossecução da empresa e na conservação dos meios por ela organizados. Indica-se, ainda, que esse interesse é caracterizado como público não apenas por ser distinto do interesse específico do devedor ou dos credores, mas especialmente porque se refere ao interesse que pode coincidir com o da coletividade como um todo ou que, ao menos, diz respeito a um interesse por ela privilegiado. Não por outro motivo se reconhece a imperiosidade de um sistema concursal que tenha como fundamento a considerações de todos os interesses em jogo e o alcance de um ponto de equilíbrio entre eles.” Cf. CEREZETI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação de empresa na Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 234.

¹⁹⁵ LRF, Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

3.2 Aspectos processuais do litisconsórcio ativo

Tecidas essas considerações acerca dos principais aspectos materiais da recuperação judicial dos grupos de sociedades, cumpre agora avaliar algumas questões de cunho processual deão estudo da recuperação judicial dos grupos de sociedades.

No capítulo 3 foram feitas considerações acerca do funcionamento procedimental de uma recuperação judicial.

Não obstante, cumpre-nos nesta seção tratar exclusivamente do estudo do litisconsórcio ativo eventualmente formado por sociedades integrantes de grupos que almejem requerer, conjuntamente, sua recuperação judicial. Nesta etapa, além de tratar sobre o litisconsórcio, falar-se-á, obviamente, pela compatibilização do uso deste litisconsórcio com a regra do principal estabelecimento insculpido na lei de falências. A Lei nº 11.101/2005 é silente em suas disposições quanto ao cabimento de litisconsórcio na ação de recuperação judicial.

A ausência de disposição expressa regulamentando a questão desperta certo grau de insegurança, dando azo para o surgimento de dúvidas, aliás, muito pertinentes, acerca da possibilidade de flexibilização da regra de competência absoluta do principal estabelecimento como sede da recuperação, nos casos em que sociedades, com diferentes estabelecimentos principais, desejarem impetrar em conjunto a recuperação judicial¹⁹⁶.

A resposta para esta indagação exige o estudo da regra insculpida no art. 189 da LRF¹⁹⁷, o qual dispõe que se aplica o Código de Processo Civil de 1973, no que couber, aos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/2005. Ressalte-se que, muito embora o mencionado diploma legal faça alusão expressa ao Código de Processo Civil revogado, parte-se da premissa de que a *mens lege* é determinar a aplicação da Lei vigente, em homenagem ao brocardo *tempus regit actum*. O ordenamento deve ser compreendido com coerência e, portanto, não faria o menor sentido a Lei de Falências conferir regência supletiva/subsidiária aos termos de uma legislação revogada.

¹⁹⁶ Ricardo Brito Costa foi um dos pioneiros a pesquisa sobre o assunto. Para o mencionado jurista, seria possível conviver no processo de recuperação judicial a figura do litisconsórcio ativo facultativo. Nesse sentido, Cf. COSTA, Ricardo Brito. Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo? In **Revista do Advogado- AASP**, v. 29, 105, 174-183, 2009, p. 176.

¹⁹⁷LRF, 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.

A cláusula de regência subsidiária prevista no artigo anterior é um dos principais argumentos utilizados pela doutrina em prol do cabimento do litisconsórcio na recuperação judicial. Nesse sentido, colaciona-se as opiniões de Julio Kahan Mandel e de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, respectivamente:

Em 2015, a lei de recuperação de empresas (Lei nº11.101/05 – LRF) completou dez anos de vigência, e deveria ganhar a confiança dos cidadãos em virtude da segurança jurídica que a prática e antiguidade de uma lei conferem. Contudo, em relação ao tema do litisconsórcio, uma omissão da LRF, e diversas posições divergentes ainda em busca da consolidação jurisprudencial, vem fazendo com que o litisconsórcio ativo em recuperação judicial não venha a usufruir dessa segurança.

Isso ocorre porque o litisconsórcio não foi previsto expressamente na LRF, praticamente não vinha sendo abordado pela doutrina e a discussão ainda não foi pacificada pelos Tribunais Superiores. Mas a aplicação dos ditames do Código de Processo Civil (CPC) já é algo indubitável, pois o cabimento do litisconsórcio já é algo corriqueiro, e nem poderia ser diferente em uma lei empresarial com foco econômico.¹⁹⁸

*** **

O fato de não haver previsão na lei brasileira para a crise de grupos de empresas e a circunstância de não terem eles personalidade jurídica, e, conseqüentemente, não disporem de legitimação ativa para impetrar recuperação judicial, acarretaram um problema para o qual se encontrou resposta engenhosa. Com efeito, a crise de uma empresa integrante de um grupo econômico pode vir a afetar outras que igualmente dele participem.

As características grupais, no entanto, exigem uma visão de conjunto, que a recuperação isolada de uma das empresas do grupo não iria proporcionar. Como compatibilizar essa questão com o sistema jurídico? A ideia luminosa foi a de ingressar em juízo com pedido de recuperação judicial formulado por todas ou parte das sociedades integrantes do grupo, uma vez que estas, sim, são dotadas de legitimidade ativa.

O direito processual apoia a via adotada, por meio do instituto do litisconsórcio ativo. As hipóteses que o justificam, previstas no art. 46 do CPC [referindo-se ao CPC de 73] autorizam a iniciativa, ante a conexão ocorrente entre as pretensões relativas às diversas impetrantes.

O reconhecimento do litisconsórcio traz consigo a solução para mais uma dúvida que poderia ser suscitada: o processamento do pedido seria conjunto ou, embora perante o mesmo juízo, objeto de diferentes processos? A lei processual é expressa a respeito, afastando qualquer controvérsia: o art. 46, acima citado, dispõe que os coautores “podem litigar (são, pois, autorizados a tanto) “no mesmo processo”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ MANDEL, Júlio Kahan. Litisconsórcio ativo na recuperação judicial: sua aplicação pelos tribunais In MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido. 2016, p 155.

¹⁹⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial de grupos de empresas In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord). **Temas de direito empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 349.

A jurisprudência pátria caminha no mesmo sentido dos doutrinadores acima²⁰⁰.

Digno de nota, aliás, é que o litisconsórcio ativo nos processos de recuperação vem sendo admitidos, inclusive, em casos em que há sociedades estrangeiras integrando o polo ativo dessas demandas. O argumento que vem sendo utilizado pelos julgadores para a aceitação desta estranhíssima – para se dizer o mínimo – configuração processual repousa na unidade funcional que o grupo de sociedades representa, escudado no conceito da preservação de empresa²⁰¹.

Não é o objeto de esta pesquisa investigar sobre competência internacional e, muito menos, tratar sobre o tema da insolvência transnacional. Por essa razão, não se aprofundará neste tema.

Não obstante, acredita-se que o princípio da preservação da empresa não deve ser utilizado como desculpa para o afastamento de regras que limitam o âmbito de aplicação da jurisdição nacional, como aquela prevista, por exemplo, no art. 21 do Código de Processo Civil de 2015²⁰².

A justiça brasileira não possui jurisdição para conceder a recuperação judicial de uma sociedade estrangeira, quiçá decretar sua falência – haja vista que o insucesso da recuperação judicial importa na convolação da falência –, ainda mais quando os bens desta sociedade estrangeira estiverem situados no exterior.

²⁰⁰ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000. Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 28/06/2012.

²⁰¹ “A existência de empresas estrangeiras no polo ativo da presente demanda não é vetada por lei. Não obstante o Brasil não tenha ainda adotado a Lei Modelo da UNCITRAL para falências transnacionais, nada impede que empresas constituídas no exterior, mas que tenham no Brasil o centro principal de suas atividades (COMI – Center of Main Interest) e sejam inequivocamente controladas e integrantes de grupo econômico empresarial brasileiro, requeiram perante a Justiça brasileira a tutela legal prevista na Lei 11.101/05. No caso, as requerentes constituídas no exterior são integralmente controladas pela OAS S/A e atuam apenas e tão somente como instrumentos de captação de recursos no exterior, sem atuação operacional. O litisconsórcio ativo também está bem justificado, na medida em que todas as empresas atuam de forma sistêmica e integram o 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” Cf. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais - Foro Central Cível. Decisão Interlocutória de fls. 652/653 da Recuperação Judicial nº 1030812-77.2015.8.26.0100, Magistrado Daniel Carnio Costa, publicada em 17/04/2015.

²⁰² Código de processo civil de 2015, Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Não se concorda, absolutamente, com esse desrespeito a regras cogentes legais formais com supedâneo na prevalência das características materiais funcionais das estruturas constituídas, sem prejuízo de existir opinião de peso sustentando a tese ora rechaçada²⁰³.

Feitas essas considerações quanto ao cabimento do litisconsórcio ativo nos processos de recuperação judicial, cabe agora tratar, especificamente, sobre este instituto.

O litisconsórcio encontra-se regulamentado no art. 113 a 118 do Código de Processo Civil, podendo este fenômeno ser compreendido como “a situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação processual, ou, em ambas as posições²⁰⁴”.

O fenômeno do litisconsórcio está atrelado à pluralidade de partes na relação processual. O litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto.

Sua existência encontra fundamento na ideia de economia processual. Além disso, o uso do litisconsórcio pode servir para prevenir a proliferação de decisões conflitantes, dado que através da sua utilização é possível centralizar perante um único juízo o poder para decidir a (s) lide(s) das partes²⁰⁵.

Interessa-nos aqui tecer considerações exclusivamente acerca do litisconsórcio ativo. Portanto, não serão comentadas as características do litisconsórcio passivo existente na recuperação, o qual é formado não só pelos credores concursais, mas, na verdade, por todos aqueles que possam vir a ser afetados pelo processo de recuperação²⁰⁶.

²⁰³Embora, haja opiniões de peso no sentido contrário ao posicionamento adotado. Nesse sentido, Cf. “A eficiência econômica – isto é, a preservação de valor nas liquidações e nas recuperações de empresa – conduz o entusiasmo pela ajuda mútua com outros juízes e pelo respeito aos princípios e regras falimentares estrangeiras. A falta (ou mesmo a existência) de normas específicas não tem sido obstáculo para os processos de insolvência, que parecem convergir para o universalismo em um momento trópico. Esses esforços conjuntos têm sido valiosos na construção de um Direito transnacional das insolvências internacionais baseado na autonomia da vontade e que é mais engenhoso e personalizável do que um sistema guiado por normas vinculativas poderia jamais sonhar – e, portanto, mais adequado a enfrentar os desafios impostos pela quebra da empresa – dispersas – por um mundo imprevisível, multifacetado e globalizado” SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; A insolvência transnacional para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação In SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (Coord). **Direito da Empresa em Crise: Problemas e Soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 139.

²⁰⁴DINAMARCO, Candido Rangel. **Litisconsórcio**. 7ed. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 39.

²⁰⁵ Cf. FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p. 243-244, *passim*.

²⁰⁶ A presente ressalva revela-se essencial, tendo em vista que há credores que mesmo não estando sujeitos aos efeitos novativos da recuperação são afetados por ela, como é o caso, por exemplo, dos proprietários de créditos oriundos de contrato de alienação fiduciária. O litisconsórcio passivo formado no processo de recuperação judicial consiste em modalidade sui generis de litisconsórcio multitudinário, tendo em vista o fato deste ser composto por uma imensa variedade de sujeitos, os quais, cumpre lembrar, nem sempre conservam a mesma posição jurídica de interesses com relação aos devedores.

O litisconsórcio pode ser formado por mera conveniência das partes²⁰⁷. Nestes casos, o litisconsórcio é denominado de “*eventual*” ou “*facultativo*” (v.g. o litisconsórcio ativo previsto no art. 94, §1º da Lei 11.101/2005²⁰⁸, que é o litisconsórcio que pode ser formado pelos credores para possibilitar o requerimento de falência).

Por outro lado, a constituição do litisconsórcio pode ser obrigatória em determinadas causas. Neste caso, o litisconsórcio é denominado “*necessário*” ou “*obrigatório*”.

Parte considerável da doutrina²⁰⁹ se mostra recalcitrante em reconhecer a existência de um *litisconsórcio ativo necessário*, dado que o reconhecimento desta modalidade, na prática, condicionaria o exercício do direito de ação a formação do litisconsórcio

A ideia de um litisconsórcio ativo necessário colide com a regra da inafastabilidade da jurisdição que vigora em nossa constituição.

Anco Marcio Valle, promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, em seu parecer acostado no processo de recuperação judicial da OSX, que tramitou perante o juízo da 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na ocasião em que era discutido o cabimento do litisconsórcio formado por sociedades empresárias membros do Grupo “X” teceu as seguintes considerações:

Não há litisconsórcio necessário no polo ativo, visto que o direito abstrato de invocar a tutela jurisdicional constitui um direito subjetivo e não uma obrigação. Ninguém pode ser compelido a ser autor e a exercer o direito de ação, sobretudo em se tratando de recuperação judicial, ainda que entre empresas de um mesmo grupo econômico. Cada companhia – com personalidade jurídica própria e patrimônio autônomo – é que avalia se deve ou não impetrar o pedido, bem como se deve

²⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Justitia, 1973, p. 66.

²⁰⁸ LRF, Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: [...] § 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.

²⁰⁹ “Há que se considerar, para responder corretamente a essa indagação, o âmbito do princípio dispositivo, que, embora esteja mitigado hoje em dia, continua ocupando papel de relevo dentro do processo Civil. Parece-nos, de fato, que a figura do litisconsórcio necessário ativo não se compatibiliza com o mencionado princípio dispositivo” Cf. ALVIM NETO, José Manoel de Arruda, ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora GZ. 2012. p.110.

²¹⁰ “No caso da ação de recuperação judicial na qual a empresa autora propõe um plano de recuperação que objetiva a superação de sua crise econômico-financeira, cuja aprovação e concessão judicial tem natureza contratual, não se vislumbra a menor possibilidade de se imaginar a imposição de litisconsórcio necessário ativo para empresas autônomas e independentes, mesmo sendo componentes de um grupo econômico. Haveria, se se admitisse o litisconsórcio necessário ativo para tais empresas, a violação dos princípios dispositivos e da liberdade de contratar” Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Reflexões sobre o Litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupos econômicos na recuperação judicial In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord). **Processo societário II – Adaptado ao novo CPC – Lei nº 13;105/2015**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 471.

integrar-se ou não em litisconsórcio ativo com as demais, podendo instaurar feitos independentes distribuídos a Juízos diversos, se entender mais adequado.²¹¹

O litisconsórcio pode também ser canalizado a partir dos efeitos que a sentença produzirá sobre os consortes.

Neste caso, se o juiz verificar a indivisibilidade do objeto litigioso, leia-se casos hipótese em que o magistrado deverá proferir provimento jurisdicional equânime, . nestas situações, haverá então um *litisconsórcio unitário* (CPC/2015, art. 116²¹²), tendo em vista que o provimento judicial deverá ser uno para ambas as partes²¹³. É o caso, por exemplo, da sentença que julga procedente a ação de divórcio consensual.

Por outro lado, se os efeitos da sentença puderem ser distintos para cada um dos consortes e estar-se-á diante de um *litisconsórcio simples* ou *comum*²¹⁴.

Embora o litisconsórcio ativo tenha sua formação calcada em um juízo de conveniência das partes, a lei estabelece alguns critérios restritivos para sua utilização. O artigo 113²¹⁵ do Código de Processo Civil dispõe que pode haver reunião de partes no mesmo processo quando:

- a) entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- b) quando entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; ou, ainda;
- c) ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Qualquer das situações previstas acima pode, casuisticamente, ser aplicada na recuperação judicial dos grupos de sociedades.

²¹¹RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. 3ª vara empresarial. Recuperação Judicial da OSX (Processo nº - 159941-90.2014. 8.19.0001). Parecer do Ministério Público Estadual de lavra do promotor Anco Marcio Valle fls. 345-360.

²¹² NCPC, Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

²¹³ “Deveras, há situações de direito material que implicam a “indivisibilidade do objeto litigioso”, de tal sorte que o juiz, ao decidir a causa, deve dar o mesmo destino a todos os litisconsortes. A decisão, sob o prisma lógico-jurídico, não pode ser cindida; por isso, a procedência ou improcedência do pedido deve atingir a todos os litisconsortes. [...] a decisão deve ser necessariamente, materialmente, igual para ambos, implicando a homogeneidade da decisão que caracteriza o denominado *litisconsórcio unitário*. “ Cf. FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p. 246.

²¹⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário facultativo)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 18.

²¹⁵ Código de Processo Civil de 2015, 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

Destaque-se, todavia, que o magistrado poderá vetar a formação do litisconsórcio facultativo nos casos em que a utilização desta estrutura possa comprometer a organização do processo (Art. 113, §1º do CPC²¹⁶) e, obviamente, contanto que o julgamento dessas demandas separadamente não importe no risco de serem proferidas decisões conflitantes.

Entre os aspectos a serem verificados na formação do litisconsórcio, a *conexão* (CPC/15, art. 55²¹⁷) é, sem dúvida, o de maior relevância, a qual tem o poder de deslocar a competência relativa²¹⁸, conforme os termos dos arts. 54²¹⁹ e 62²²⁰ do Código de Processo Civil.

O litisconsórcio ativo formado no processo de recuperação judicial será sempre facultativo²²¹. Nesse sentido, o desembargador Manoel de Queiroz Pereira em seu artigo intitulado “Reflexões sobre o Litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupos econômicos na recuperação judicial” faz uma meticulosa análise acerca dos elementos que justificariam formação do litisconsórcio neste tipo de procedimento:

Assim, quando a lei permite o litisconsórcio em razão de os direitos e obrigações derivarem dos mesmos fundamentos de fato e de direito, é possível admitir-se o litisconsórcio entre duas ou mais empresas participantes de um grupo econômico que invocam como causa da crise econômica - financeira a mesma situação fática, como, por exemplo, crise energética, desaquecimento do mercado, fatores climáticos, alteração da política cambial do governo nacional, desvalorização excessiva da moeda nacional, etc.

²¹⁶ CPC/2015, art. 113 [...] § 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença

²¹⁷ CPC, Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput:

I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico;

II - às execuções fundadas no mesmo título executivo.

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

²¹⁸ “Dá-se a prorrogação legal nos casos em que, entre duas ações, haja relação de conexidade ou continência (CPC, arts. 102-103; CPP, arts. 76-77). Em ambos os casos a semelhança das causas apresentadas ao Estado-juiz (mesmos fatos a provar; mesmo bem como objeto de dois conflitos de interesses) aconselha que, a propósito de ambas, forme o juiz uma única convicção, de modo a evitar decisões contraditórias em dois processos distintos e, em qualquer hipótese, atendendo a princípio da economia processual. “CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 259.

²¹⁹ CPC 2015, Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.

²²⁰ CPC 2015, Art. 62. A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes.

²²¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio Machado. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 30.

Ora, se as empresas em crise econômica financeira são (i) coligadas, (ii) controladoras, (iii) controladas, ou se ainda, (iv) celebram convenção para realizar objetivos comuns ou participar de atividade ou empreendimentos comuns, a crise de uma delas poderá contaminar a outra empresa. Em tais situações, a causa de pedir, próxima ou remota poderá ser a mesma ou, ainda, poderá caracterizar-se a conexão entre elas. Destaque-se, ademais, ser possível haver afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito²²².

Por fim, o magistrado, com base no parágrafo único do art. 46, do CPC/1973 ou no parágrafo único do art. 113 do CPC/2015, examinará se o deferimento do litisconsórcio ativo poderá comprometer a rápida solução da crise econômico-financeira das empresas, acarretando morosidade excessiva no andamento da recuperação judicial e no cumprimento do plano apresentado. Esta análise terá de ser realizada com rigorosa aplicação dos princípios que norteiam o instituto da recuperação judicial, avaliando-se o atendimento dos mandamentos insculpidos no art. 47, da Lei nº 11.101/2005. [...]

Na medida em que o juiz tem o poder de presidir o processo de recuperação judicial, competirá a ele verificar se o processamento simultâneo e em processo único das recuperações judiciais das empresas requerentes não acarretará dificuldades aos credores, notadamente, os titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, normalmente hipossuficientes. A localização das sedes das empresas é fator relevante para o juiz examinar se o processamento da recuperação judicial em local muito distante do estabelecimento das empresas do grupo econômico poderá implicar dificuldades para o comparecimento dos credores às assembleias gerais.²²³

Em consulta à jurisprudência, verificou-se que alguns de os os critérios apresentados pelo Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, vêm sendo empregados pelos julgadores.

Nesse sentido, cumpre-nos apresentar 4 (quatro) julgados em que foi aventado o litisconsórcio nos processos de recuperação judicial.

O primeiro deles trata-se do agravo de instrumento nº 0346981-05.2009.8.26.0000 que foi julgado na 1ª Câmara Reserva de Falência e Recuperação. Neste processo, o próprio desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças atuou como relator deste julgamento. Neste processo as sociedades “GHF COMERCIAL INTERNATIONAL TRADING LTDA”. e “ECOBRAS COMERCIAL LTDA. – EPP” postularam sua recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

As referidas sociedades não possuíam qualquer tipo de vínculo entre si, não podendo sequer se dizer integrantes de um mesmo grupo econômico. Ademais, os objetos das sociedades não possuíam qualquer tipo de correlação entre si. Não suficiente, na prática verificou-se que a atuação de cada uma dessas companhias ocorrida de forma completamente

²²² Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Reflexões sobre o Litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupos econômicos na recuperação judicial In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord). **Processo societário II – Adaptado ao novo CPC – Lei nº 13.105/2015**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 472 e 473.

²²³ Idem, p. 474-475.

independente. O único aspecto em comum entre as recuperandas seria o seu sócio-controlador.

Por essas razões, a 1ª Câmara Reservada de Falências e Recuperação Judicial entendeu que não estariam configurados os requisitos que autorizariam a formação de um litisconsórcio ativo naquele processo, quais sejam: (a) existência de grupo econômico, (b) sinergia no exercício das atividades, (c) comunhão de obrigações e credores. Nesse sentido, compartilha-se relevantes trechos deste julgado:

[...] Como bem anotou a ilustre magistrada, efetivamente, não estão presentes os requisitos que autorizariam o litisconsórcio para o pedido de recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/2005 não disciplina a questão do litisconsórcio, mercê do que, caberá à jurisprudência estabelecer em que hipóteses será admissível o requerimento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo. Esta Câmara Especializada tem admitido litisconsórcio quando as empresas constituem-se grupo econômico e são sediadas na mesma comarca.

Não é o caso das agravantes que não se enquadram no conceito de grupo econômico, haja vista não estarem presentes os requisitos do art. 265 da Lei nº 6.404/76, que seria aplicável analogicamente às sociedades limitadas, e preceitua que a sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedade, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. Nas sociedades agravantes não ocorre participação recíproca das sociedades do grupo, havendo apenas como coincidência a presença do mesmo sócio majoritário, o que não confere a elas a natureza jurídica de "grupo econômico".

Não bastasse o reconhecimento de que as sociedades agravantes não formam um grupo de fato, e, muito menos, um grupo de direito, a circunstância de estarem elas sediadas em comarcas distintas, tem sido entendida por esta Câmara Especializada como fator impeditivo de utilização do litisconsórcio ativo para o requerimento de recuperação judicial, pelos diversos problemas que acarreta para o desenvolvimento do processo.

Ademais, os quadros de credores são distintos, os empregados também são diversos. Evidentemente, considerando-se a natureza contratual da recuperação judicial, a exigir que o plano de recuperação seja aprovado pela assembleia-geral de credores, que devem ter a oportunidade comparecer ao ato assemblear, não se mostra justo exigir que empregados se locomovam de uma comarca para outra para deliberar sobre o plano e outros incidentes. [...]

As agravantes, em rigor, não formam um grupo econômico, mas sim, autêntico empresário individual que, na condição de sócio majoritário tem apenas um sócio em cada sociedade, estes com ínfima participação societária, sendo ele o verdadeiro "dono" das aludidas sociedades.

Ademais, estando as sociedades estabelecidas em duas cidades distintas, prevalece o interesse dos credores, especialmente da classe dos empregados, no sentido de que a recuperação judicial se processe na comarca do principal estabelecimento, a teor do art. 3º, da Lei nº 11.101/2005, regra de competência funcional e absoluta, não se justificando que tais credores tenham que se deslocar de seus domicílios para comparecerem à assembleia-geral de credores para deliberarem sobre a proposta de plano recuperatório a ser formalizada pelas devedoras. Entre o dilema de facilitar o processamento da recuperação judicial das duas empresas num único juízo, com

menos despesas e dificuldades e a tutela plena do direito dos credores, notadamente dos empregados das empresas, opta-se pela tutela dos direitos trabalhistas e dos titulares de créditos por acidentes de trabalho, não se permitindo, em tal caso, o litisconsórcio ativo das empresas.

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial requerida em litisconsórcio por duas sociedades empresárias distintas, cada uma delas com sede social em comarcas diversas. Alegação de serem integrantes do mesmo grupo econômico. Decisão que determina a emenda da inicial em razão da inviabilidade do litisconsórcio ativo.

Natureza contratual da recuperação judicial que impõe se facilite a presença dos credores na assembleia-geral para examinar o plano da devedora. A distância entre os estabelecimentos principais das empresas requerentes causa dificuldades incontornáveis à participação dos credores, notadamente os trabalhadores, nos conclaves assembleares realizados em comarcas distintas.

Princípio da preservação da empresa e da proteção aos trabalhadores, ambos de estatura constitucional que, se em conflito, elevem ser objeto de ponderação para a prevalência do mais importante. Tutela dos trabalhadores em razão da hipossuficiência.

Manutenção da decisão que repeliu a possibilidade do litisconsórcio ativo no caso vertente, mantida a possibilidade da emenda da inicial para que cada uma das empresas requeira a medida recuperatória individualmente, observada a regra da competência absoluta do art. 3º, da LRF. Precedente da Câmara.²²⁴

O segundo precedente é o agravo de instrumento nº 571.985-4/9-00, o qual também foi julgado pela antiga 1ª Câmara de Falência e Recuperação Judicial.

A relatoria deste agravo coube ao saudoso desembargador Romeu Ricupero. Neste caso, as sociedades CONDUPOWER FIOS E CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA., QUIROGA INDÚSTRIA DE LAMINAÇÃO E COMÉRCIO LTDA. e COMERCIAL JP DE METAIS LTDA requereram, em litisconsórcio ativo, sua recuperação judicial.

As referidas sociedades não possuíam, aparentemente, nenhum tipo de vínculo entre si. Inexistia vínculo societário entre as sociedades, relação de controle e, como se não bastasse, até mesmo os seus sócios eram distintos.

Além disso, as sociedades poussiam seus respectivos “principais estabelecimentos” em comarcas distintas. Não obstante, segundo os requerentes, a operação das 3 (três) sociedades se daria de forma integrada, segundo os postulantes, haveria comunhão de obrigações e credores entre as sociedades. Fora isso, os requerentes afirmavam ter a intenção de no bojo do processo de recuperação judicial requerer aos credores das companhias como estratégia de recuperação a aprovação de uma fusão entre as 3 (três) sociedades, a fim de conferir maior transparência aos seus negócios.

²²⁴ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Especial de Falências e recuperação judicial. Agravo de instrumento nº 0346981-05.2009.8.26.0000, Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 15/09/2009.

Por motivos óbvios, a formação do aludido litisconsórcio não foi autorizada. Isto porque, embora os recuperandos alegassem possuir estreita ligação entre as suas atividades e comunhão de obrigações, os julgadores entenderam que não era possível aferir a existência desse alegado vício.

Ressalte-se que nos autos não havia sequer comprovação de que haveria a comprovação de que o controlador das três sociedades era o mesmo, algo que, certamente, ajudaria a dar feições de um grupo econômico àquelas sociedades. Ademais, os julgadores ao analisar as informações dos autos verificaram que não haveria a alegada comunhão de credores e obrigações que tentavam fazer crer os devedores-recuperandos. Nesse sentido, compartilha-se trechos relevantes deste julgamento:

[...] Com efeito, pelos documentos encartados nos autos, não existe o Grupo Condupower. As três empresas têm endereços diferentes, CNPJ (MF's) diferentes, sócios diferentes, empregados diferentes, credores diferentes, além do que, em relação a cada uma delas, quando existe obrigação acessória, a responsabilidade é de pessoas físicas diferentes.

Nada, absolutamente nada, demonstra sequer a existência de um grupo de fato, sendo que uma das requerentes nem tem endereço na Comarca de Itatiba, onde se pretende o processamento do benefício legal. Se nem os sócios são os mesmos, o que as liga em grupo de fato? Se não há empresa *holding*, se não há empresa controladora, como se pode admitir que as requerentes constituam um grupo econômico de fato?

Qual é o dado objetivo que permite assim concluir? No campo das hipóteses, é claro, é inadmissível a idéia de três falências em um único processo, ainda mais três empresas diferentes, que não constituem, de direito, um grupo econômico.

No campo das hipóteses, é evidente, é inadmissível a realização de assembléia geral única, com credores de uma empresa tendo voz e voto no plano de recuperação de outra, na qual não figura como credor.

Mesmo com procedimentos separados, nada impede que as três requerentes apresentem único plano de recuperação, correndo o óbvio risco de não ser aprovado em um dos procedimentos, com a conseqüente decretação da quebra, desde que as agravantes não consigam convencer os credores sobre a existência de um grupo econômico de fato e sobre a necessidade e a vantagem de uma fusão das três empresas.

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

Recuperação de empresas - Litisconsórcio ativo (requerimento feito por tres empresas conjuntamente) - inadmissibilidade - As três empresas tem endereços diferentes, CNPJ (MF)'s diferentes, sócios diferentes, empregados diferentes, credores diferentes, além do que, em relação a cada uma delas, quando existe obrigação acessória, a responsabilidade é de pessoas físicas diferentes - Nada, absolutamente nada demonstra sequer a existência de um grupo de fato sendo que uma das

requerentes nem tem endereço na Comarca de Itatiba, onde se pretende o processamento do benefício legal - Agravo de instrumento não provido²²⁵.

O terceiro precente é o agravo de instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000, que foi julgado pela 1ª Câmara de direito empresarial do estado de São Paulo. Neste processo, as sociedades SÃO MANOEL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A , TÊXTIL ITATIBA S/A e FRANCO MATOSTIN TÊXTIL S/A requeram em litisconsórcio ativo recuperação judicial.

As sociedades possuíam o mesmo objeto e eram integrantes do grupo familiar Franco Matos. As referidas sociedades possuíam obrigações e credores comuns, havia grande sinergia entre o exercício das atividades dessas sociedades e o controle das três sociedades era o mesmo. Destaque-se, todavia, que cada sociedade possuía seu principal estabelecimento em comarca distinta das demais.

Nesse contexto, decidiu a 1ª Câmara de Direito Empresarial que a constituição do litisconsórcio deveria ser permitida. No caso concreto, verificou-se que havia, de fato, uma unidade de controle entre as sociedades. Consequentemente, era de fácil constatação que as sociedades formavam um grupo econômico. Ademais, conforme restou decidido pelos julgadores, o fato de haver pluralidade de principais estabelecimentos não impediria, *prima facie*, a formação do litisconsórcio.

De acordo com o entendimento formado neste julgamento, seria possível compatibilizar a regra do principal estabelecimento prevista no artigo 3º da LFR com o litisconsórcio.

Nestes casos, a foro competente para o processamento da recuperação judicial proposta por grupo de sociedades seria o “estabelecimento principal do grupo ou seja, o principal estabelecimento de onde emanaria o poder de controle daquelas sociedades. Nesse sentido, transcreve-se os trechos mais relevantes deste voto, bem como a ementa que este levou:

Trata-se de agravo de instrumento manejado por SÃO MANOEL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A (atual denominação de FRANCO MATOS PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A), TÊXTIL ITATIBA S/A e FRANCO MATOSTIN TÊXTIL S/A no pedido de recuperação judicial que formularam em litisconsórcio ativo. Insurgem-se contra a decisão reproduzida às fls. 525/529, que indeferiu seu pedido de processamento em litisconsórcio da recuperação judicial e, via de consequência, determinou a emenda da inicial para que constasse no polo ativo apenas uma empresa, com principal estabelecimento naquela comarca. [...]

²²⁵ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 1ª Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento 571.985-4/9-00. Desembargador Relator Romeu Ricupero. Julgado em 29 de outubro de 2008

A Lei nº 11.101/2005 não disciplina a questão do litisconsórcio ativo, mercê do que, coube à jurisprudência estabelecer em que hipóteses seria admissível o requerimento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

Como bem notado pela magistrada a quo, esta Câmara Especializada tem precedentes de minha relatoria inadmitindo o litisconsórcio quando as empresas são sediadas em comarcas diversas [...]

Não obstante, mais recentemente o assunto foi revisitado pelos eminentes Desembargadores desta Câmara Especializada ROMEU RICUPERO e ELLIOT AKEL, que, sobretudo à luz dos princípios de preservação da empresa (art. 47 da Lei nº 11.101/05), reconheceram a possibilidade, em tese, de formulação de pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, desde que presentes nos autos elementos que justifiquem a apresentação de plano único de recuperação, bem como a posterior aprovação de tal cúmulo subjetivo pelos credores. [...]

Sobre a matéria, o professor FÁBIO ULHOA COELHO assevera que: *"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 de acesso à medida judicial"* (Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresa, 7ª ed., 2010, Saraiva, p. 139; grifo)

No caso dos autos, além de não ter havido a constituição formal do grupo econômico por meio de convenção, conforme determina o art. 265 da Lei nº 6.404/76, uma das empresas possui seu único estabelecimento na cidade de Paraopeba (Minas Gerais). Incumbe, assim, desvendar se: (i) existente grupo econômico de fato entre as sociedades São Manoel Participações e Empreendimentos S/A, Têxtil Itatiba S/A e Franco Matos Tintêxtil S/A; e (ii) presentes circunstâncias excepcionais que justifiquem a cumulação subjetiva do pedido.

A este respeito, as recorrentes argumentam que (fl. 05/06): "todas as empresas possuem: (i) o mesmo corpo diretivo e acionistas; (ii) o mesmo contador; (iii) o mesmo controller; (iv) funcionários comuns; (v) compras conjuntas de insumos; (vi) obrigações acessórias e recíprocas; e, principalmente, (vii) não existem isoladamente. A Franco Matos Tintêxtil S.A. atualmente só existe para atender à demanda da Têxtil Itatiba".

De fato, dúvida não há quanto à existência de grupo econômico de fato. Isto porque, a despeito da ausência de convenção formal (art. 265 da LSA), todas as sociedades são controladas, direta ou indiretamente, pelos Srs. Fernando Eustáquio Franco Matos e Márcio José Franco Matos (fls. 07, 26, 33 e 41), sendo eles seus únicos diretores (fls. 23, 25, 27, 30, 34 e 38).

Além disso, as empresas Têxtil Itatiba e Franco Matos Tintêxtil possuem objetos sociais idênticos e a São Manoel (controladora das outras duas empresas) tem como única atividade a participação em outras sociedades (fls. 24, 30 e 37). Outrossim, a controladoria e a contabilidade das três empresas são elaboradas em conjunto, inclusive com resultados consolidados (fls. 08 e 56/65), nos termos do art. 275 da LSA.

Destarte, relembrando a magistral lição de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, no sentido de que: *"a melhor doutrina considera a unidade de direção o único critério geral de identificação de todos os grupos econômicos"* (O poder de controle na sociedade anônima, 4ª ed., 2005, Ed. Forense, p. 43), é de rigor o reconhecimento *in casu* de grupo de fato entre as empresas agravantes.

Consequentemente, resta apenas desvendar se o fato de uma das recuperandas possuir seu único estabelecimento em localidade diversa das demais seria óbice para o processamento em conjunto da recuperação judicial das três empresas.

E, tenho que, na hipótese, a resposta é negativa.

As empresas São Manoel Empreendimentos e Participações e Têxtil Itatiba possuem sede social em Itatiba, sendo que esta última, além da sede, detém outros quatro estabelecimentos sociais (três em São Paulo e um em Fortaleza), conforme fls. 22, 24, 27 e 30. Por sua vez, a Franco Matos Tintêxtil tem sede em Paraopeba (Minas Gerais), não possuindo quaisquer outros estabelecimentos.

Todavia, após a atenta análise dos autos, verifica-se que a única sociedade com sede em localidade diversa (a Franco Matos Tintêxtil S.A.) não possui empregados (que se encontram todos alocados junto à Têxtil Itatiba vide fls. 53/54 e 144/175), inexistindo, assim, credores trabalhistas fora da Comarca de Itatiba. Além disso, a quase integralidade da produção da Tintêxtil (92,8%) é destinada à Têxtil Itatiba (fls. 07 e 45).

Além disso, os seguintes fatores corroboram a simbiótica relação entre as agravantes: (i) Tintêxtil é garantidora da Têxtil Itatiba no contrato de compra e venda de ativos, celebrado com a Vicunha (fls. 81/86); (ii) Têxtil Itatiba é garantidora da Tintêxtil Cédula de Crédito Rural, pactuada com o Banco Citibank (fls. 88/99); (iii) foi elaborado plano único de recuperação judicial, que (dentre outros meios de recuperação) propõe o pagamento de créditos da recuperação da Têxtil Itatiba por meio de dação em pagamento de imóveis de propriedade da Franco Matos Tintêxtil (fls. 623/656). Não bastasse isso, após minucioso trabalho, o administrador judicial identificou que o sucesso do plano dependeria do processamento conjunto da recuperação judicial, *verbis* [...]

Destarte, se o litisconsórcio ativo atende à finalidade última do instituto da recuperação judicial (i.e., a superação da crise-econômica financeiramente das empresas), conforme fundamentadamente explicitado pelo administrador judicial, o seu deferimento pelo Judiciário é medida que se impõe.

Bem por isso, com a devida vênia ao respeitável entendimento perfilhado pela douta magistrada a quo, por vislumbrar presentes elementos que autorizam a excepcional apresentação de plano recuperacional único pelas três empresas, será dado provimento ao agravo, a fim de reformar a decisão agravada, deferindo-se o pedido de litisconsórcio ativo por elas formulado, para que a recuperação judicial das recorrentes seja processada na Comarca de Itatiba (local do principal estabelecimento do grupo art. 3º da LRF). Via de consequência, caberá ao juízo de primeira instância verificar o preenchimento dos demais requisitos legais previstos nos arts. 48 e 51 da Lei nº 11.101/05.

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Possibilidade. Precedentes desta Câmara que reconheceram a possibilidade, em tese, de pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, desde que presentes elementos que justifiquem a apresentação de plano único, bem como a posterior aprovação de tal plano subjetivo pelos credores. Pedido formulado por três sociedades empresárias distintas, detidas direta ou indiretamente por dois irmãos. Grupo econômico de fato configurado. Estabelecimento de uma das sociedades em cidade e estado diversos. Irrelevância no caso concreto, principalmente em razão desta empresa não possuir empregados. Ausência de credores trabalhistas fora da Comarca de Itatiba. Administrador judicial que demonstra a relação simbiótica das empresas. Pedido de litisconsórcio ativo que atende à finalidade última do instituto da recuperação

judicial (superação da crise econômico-financeira das empresas). Decisão reformada. Agravo provido²²⁶.

No quarto precedente, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 0568604-31.2014.8.13.0000, decidiu acerca do cabimento do litisconsórcio em uma recuperação judicial formada pelas sociedades AF ANDRADE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., SÃO SIMÃO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., ANDRADE ENERGIA LTDA. e COMPANHIA ENERGÉTICA VALE DO SIMÃO.

Entre as sociedades recuperandas haveria vínculo societário e unidade de comando. As sociedades funcionavam de modo interligado. Verificou-se, ademais, que a crise atingiu o grupo como um todo, havendo obrigações e credores comuns. Mais que isso, percebeu-se que a recuperação em conjunto seria a melhor forma de combater a crise. Diante dessas constatações, decidiram os julgadores pelo cabimento do litisconsórcio ativi no âmbito da recuperação judicial. Nesse sentido:

[...] Já no tocante ao inconformismo do agravante quanto ao processamento da recuperação judicial de forma conjunta para as empresas do grupo Andrade, não há nenhum apontamento, pelo recorrente, de qualquer prejuízo concreto para os credores com a formação do litisconsórcio ativo das empresas recuperandas.

Destaca-se, ainda, que o contrato celebrado pelo agravante, Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC), possui natureza extraconcursal, ou seja, seu crédito não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, §4º e art. 86, II, ambos da Lei 11.101, de 2005, o que abala até mesmo o interesse do agravante na discussão do processamento da recuperação judicial do grupo econômico.

Além disso, com base nos documentos apresentados pelas empresas, o juiz de primeiro grau fundamentou a formação do litisconsórcio ativo na constatação da atuação coordenada das empresas, estrutura societária interligada, mesmo objeto social, além da contabilidade conjunta.

Some-se a isso que a crise financeira atingiu todo o grupo, exatamente pela administração interligada e indissociada das empresas, sendo impossível analisar, separadamente, a capacidade econômica de cada uma, conforme demonstra a projeção de fluxo de caixa do grupo acostada aos autos.

Comentando acerca da possibilidade de litisconsórcio ativo na recuperação judicial, o ilustre comercialista Fábio Ulhoa Coelho, destaca que *"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 de acesso à medida judicial"* (Comentários à lei de falências e de recuperação de empresa. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2010, p. 139).

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

²²⁶ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000, Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 26 de junho de 2012.

Agravo de instrumento – Recuperação judicial - Grupo econômico - Plano único de recuperação judicial – Relação de coordenação das empresas recuperandas – Administração interligada - Possibilidade. É juridicamente possível o litisconsórcio ativo em processo de recuperação judicial, desde que constatados os elementos que justifiquem a apresentação de plano único, bem como a posterior aprovação do cúmulo subjetivo pelos credores, como no caso de grupo econômico que possui administração e contabilidade interligadas.²²⁷

Apresentados esses julgamentos, muito embora sejam extremamente persuasivas as razões trazidas pelo Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças no seu artigo, bem como todas as decisões judiciais colacionadas que seguem linha de argumentação semelhante, ousa-se aqui dissentar, ao menos em certa medida dos critérios apresentados pelo emérito professor

É inequívoco que a verificação do grau de integração presente no grupo de sociedades aspirante à recuperação judicial é determinante para avaliar a conveniência da constituição de um litisconsórcio. Aliás, vai-se além: é a verificação destes elementos que definirão se o eventual litisconsórcio a ser formado será *simples* ou *unitário*.

Contudo, é preciso não confundir os elementos que definirão o tipo de litisconsórcio formado no processo de recuperação judicial, com a regra de competência prevista na lei de falências.

O critério adotado pelo legislador para determinação do foro competente para a propositura da ação de recuperação judicial é o do principal estabelecimento. Ao que nos parece pelos argumentos desenvolvidos nos julgados, esta-se confundindo os critérios que definiram o tipo de litisconsórcio formado com a regra de definição da competência para processar e julgar o caso.

Em outras palavras, está ocorrendo uma confusão entre àquilo que seriam os aspectos materiais da recuperação, com aquilo que seriam seus aspectos processuais.

O posicionamento defendido pelo professor Manoel de Queiroz Pereira Calças²²⁸ em seu artigo, elegeu como um dos critérios para aferição se o litisconsórcio seria possível a

²²⁷ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 0568604-31.2014.8.13.0000. Desembargador Relator Marcelo Rodrigues 28 de Abril de 2015.

²²⁸ “Na medida em que o juiz tem o poder de presidir o processo de recuperação judicial, competirá a ele verificar se o processamento simultâneo e em processo único das recuperações judiciais das empresas requerentes não acarretará dificuldades aos credores, notadamente, os titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho, normalmente hipossuficientes. A localização das sedes das empresas é fator relevante para o juiz examinar se o processamento da recuperação judicial em local muito distante do estabelecimento das empresas do grupo econômico poderá implicar dificuldades para o comparecimento dos credores às assembleias gerais.” Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Reflexões sobre o Litisconsórcio ativo entre empresas componentes de grupos econômicos na recuperação judicial In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord). **Processo societário II – Adaptado ao novo CPC – Lei nº 13.105/2015**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 474 e 475.

situação dos credores trabalhistas, pois, no seu entender, estes credores não poderiam ser prejudicados sendo obrigados a votar no estabelecimento principal do grupo, ao invés da empresa.

Sem dúvida, o passivo trabalhista, dada a previsão de solidariedade prevista no direito laboral (art. 2º, §2º da CLT), é um tipo de contingência muito relevante em qualquer processo de reestruturação, por se tratar de tipo de contingencia que afeta a todas as sociedades grupadas de uma só vez.

Não obstante, o direito dos trabalhadores, absolutamente, em nada pode modificar a regra de competência da recuperação judicial do principal estabelecimento prevista no artigo 3º da LRF. Veja bem, não se está aqui menosprezando a importância dos créditos trabalhistas e, muito menos, de seus titulares no processo de recuperação.

Só que, verdadeiramente, não se consegue entender o porquê deveria haver uma sobreposição dos interesses dos credores trabalhistas sobre os dos demais credores do processo, ainda que se trate de crédito de natureza alimentar e tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que justificaria a derrogação de uma regra de competência prevista na lei de falências

Para nós, a finalidade do processo de recuperação está em *reequilibrar* todos os interesses ameaçados pela crise, não havendo uma classe de credores mais importante que as outras. Por essa razão, é preciso que haja uma regra para definição de competência neutra, ao passo que, todos os interesses são importantes²²⁹.

Além disso, não se pode ignorar os seguintes argumentos:

a) a regra da solidariedade que beneficia os credores trabalhista que litigam contra sociedades grupadas deve ser interpretadaa contrario senso para autorizar que estes credores estejam sujeitos à alteração da regra do estabelecimento principal do devedor para o estabelecimento do grupo de sociedades, isto porque a reunião dos processos é benéfica, pois evita que o credor trabalhista tente receber o mesmo crédito das diferentes integrantes do grupo, caso os processos de recuperação judicial tramitassem separadamente;

b) com o advento do processo eletrônico, fato é que essa preocupação manifestada pelo desembargador Manoel se revela exagerada, dado que não haveria prejuízos

²²⁹ “[a] preservação da empresa não deve ser vista como um objetivo legal pró-devedor. Na verdade, ela é medida destinada a proteger a empresa e a promover a satisfação dos interesses gerais por ela abrangidos, passando pelos interesses dos trabalhadores, dos credores financeiros, dos fornecedores, dos investidores, do mercado e da comunidade como um todo”. Cf. CEREZETI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação de empresa na Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 209

reais ao trabalhador, o qual poderá habilitar-se no processo de recuperação judicial de maneira remota;

c) a Lei permite que os trabalhadores sejam representados por seus sindicatos e/ou procuradores com poderes específicos.

A existência de passivo trabalhista, portanto, não altera a regra do principal estabelecimento, mas, na verdade, ajuda na constatação de que eventual litisconsórcio formado no processo da recuperação judicial será de natureza unitária, dada a premente necessidade de ser conferido tratamento uno a um tipo de contingência coletiva.

No caso do professor Manoel Pereira Calças, percebe-se que ele se valeu de aspectos do direito material, leia-se características da contingência trabalhista, para justificar a aplicação de uma regra de competência de caráter, eminentemente, processual. O professor Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, por sua vez, ao analisar o instituto do litisconsórcio na recuperação judicial incorreu em um equívoco de aplicação de regras processuais no seu raciocínio.

O emérito professor aem seu artigo intitulado “Recuperação judicial de grupos de empresas” utilizou a conexão como justificativa para relativização da regra do principal estabelecimento, prevista na lei nos casos em que grupos de sociedade requerem recuperação judicial²³⁰.

Segundo com o professor da USP, a conexão derrogaria o principal estabelecimento das sociedades grupadas em benefício daquilo que seria o principal estabelecimento do grupo de sociedades.

Data venia, discorda-se deste posicionamento. A conexão só tem o condão de derrogar a *competência relativa*²³¹; e no caso da recuperação judicial, a regra do principal

²³⁰ O direito processual apoia a via adotada, por meio do instituto do litisconsórcio ativo. As hipóteses que o justificam, previstas no art. 46 do CPC [referindo-se ao CPC de 73] autorizam a iniciativa, ante a conexão ocorrente entre as pretensões relativas às diversas impetrantes. O reconhecimento do litisconsórcio traz consigo a solução para mais uma dúvida que poderia ser suscitada: o processamento do pedido seria conjunto ou, embora perante o mesmo juízo, objeto de diferentes processos? A lei processual é expressa a respeito, afastando qualquer controvérsia: o art. 46, acima citado, dispõe que os coautores “podem litigar (são, pois, autorizados a tanto) “no mesmo processo”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial de grupos de empresas In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord). **Temas de direito empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 349

²³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Conflito de Competência "CC 10143/SP", Min. Rel. Waldemar Zveiter, Julgamento em 14/12/1994

estabelecimento é de *natureza absoluta*²³². É pacífica a jurisprudência do STJ nesse sentido²³³²³⁴²³⁵.

Só há uma única regra a ser observada para definir o foro competente para o ajuizamento da ação de recuperação judicial, havendo ou não litisconsórcio a ser formado: a regra do principal estabelecimento prevista no art. 3º da LRF.

Caso não seja possível respeitá-la, não há que se falar em litisconsórcio ativo.

Conforme visto no item “3.4” *infra*, a regra do principal estabelecimento deve considerar o local onde as principais atividades sociais são exercidas²³⁶O STJ vem mantendo este entendimento desde o período do regime falimentar anterior²³⁷. Com arrimo no entendimento de que o principal estabelecimento é aquele onde “*são tomadas as decisões administrativas mais importantes*”, para o caso do eventual litisconsórcio a ser formado no processo da recuperação judicial, tem-se como juízo competente para ajuizamento da ação o do principal estabelecimento do controlador do grupo ou, valendo-se da terminologia empregada pela 1ª Câmara de direito empresarial do estado de São Paulo, no “*principal estabelecimento do grupo*”²³⁸.

Nesse sentido, para atender aos comandos do art. 3º da Lei de Falências, deverão os devedores que pretenderem ajuizar sua recuperação judicial em litisconsórcio ativo provarem sua condição de controladores²³⁹, dado que a aferição do poder de controle é matéria fática,

²³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Conflito de Competência “CC 91047 / SP”, Ministro Relator Massami Uyeda, julgado em 25 de novembro de 2009.

²³³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, “AgRg no Resp 1463148/SE”, Ministro Relator. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/09/2014.

²³⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, “AgRg no Ag 1385227/MS”, Ministro Relator Benedito Gonçalves, julgado em 23/10/2012.

²³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, AgRg no Ag 1233761/BA, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, julgado em 19/08/2010.

²³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial “REsp 1006093 DF (2006/0220947-8 2002/0155087-3)”, Ministra Relatora Antônio Carlos Ferreira, Julgado em 16/10/2014

²³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Conflito de Competência “CC 37736 SP 2002/0155087-3”, Ministra Relatora Nancy Andriighi, Julgado em 16/08/2004

²³⁸ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000, Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 26 de junho de 2012.

²³⁹ Cabe lembrar que o controle pode ser exercido sem que o seu titular seja proprietário de qualquer ação. Nesse sentido, Fabio Konder Comparato leciona “É mister, no entanto, ressaltar que o controle, enquanto elemento unificador do grupo econômico de subordinação, não precisa manifestar-se, necessariamente, sob a forma de participação acionária em todas as sociedades controladas. Há casos de aguda dependência externa, no suprimento de matéria-prima ou no escoamento da produção, por exemplo, os quais provocam a integra de uma sociedade em um grupo, sem participação de capital. [...] No caso Joan M. Harriman et al. V. E.I. Du pont de Nemours and Company um tribunal federal reconheceu que “os meios indiretos de disciplina ou influência, que podem tornar um controlador, nesse qualidade, responsável pela violação da Lei de Valores Mobiliários (*Securities Exchange Act*), não precisam ser a titularidade de ações; eles podem surgir de outras relações de negócios da existência de administradores comuns (*interlocking directors*), laços familiares e miríades de outros fatores. Não se pode, neste ponto, eludir uma grave indagação: esse controle-dominação, na sociedade

bem como comprovarem de qual dos seus estabelecimentos promanariam as decisões do controlador.

Na ocasião do processamento, o juízo da recuperação judicial exercerá um duplo controle sobre a recuperação judicial proposta em litisconsórcio, ao passo que o juiz deverá se pronunciar (i) se o estabelecimento principal indicado pelos consortes atende ou não aos comandos do comando do art. 3º, como também (ii) acerca da higidez do litisconsórcio apresentado.

No atual CPC sabe-se que uma das hipóteses de interposição de agravo de instrumento são taxativas.

Nesse sentido, caso seja determinado o processamento de recuperação judicial proposta em litisconsórcio ativo por um grupo de sociedades; ou, ainda, caso seja denegada o grupamento de demandas, aquele que se sentir lesado poderá desafiar esta “decisão de inclusão ou de exclusão” pelo manejo do agravo de instrumento, nos termos do Art. 1.015, VIII, IX do CPC²⁴⁰.

Acredita-se que o critério ora apresentado, o qual se vale da aferição do principal estabelecimento do controlador do grupo de sociedades, coaduna-se com o espírito do art. 3º da Lei de Falência, bem como com os cânones do direito processual que disciplinam o estudo da competência.

3.3 Consequências materiais da utilização do litisconsórcio ativo na recuperação judicial

anônima, constitui uma noção unívoca ou plurívoca? Existirá um só ou, ao contrário, vários poderes de dominação, na sociedade anônima, de sentido diverso? Efetivamente, a análise do fenômeno não deve reduzir-se a aspectos legais sob pena de mirrar-se numa exegese estéril de palavras. O exercício do poder, em qualquer sociedade, nem sempre se ajusta ao modelo normativo. Há poderes de fato formais, e poderes de direito, assim como há soberanias efetivas e soberanias meramente formais, destituídas de qualquer efetividade. O diretor de uma companhia, que goza da confiança e da intimidade de um Ministro de Estado, do qual depende em última instância a sobrevivência da empresa, costuma exercer um poder de fato incontestável, sem correspondência com as suas prerrogativas diretoriais. O voto da empresa pública acionista, ainda que minoritárias, tem um peso desproporcional à sua participação no capital da outra sociedade. [...] Os exemplos poderiam multiplicar-se e, certamente, calaram fundo no espírito de alguns autores. Assim, ao cabo de metódica análise do fenômeno do controle como elemento constitutivo do grupo societário, Michel Vanhaecke concluiu tratar-se de uma noção mais de fato do que de direito, dada a extrema variabilidade de suas manifestações. E afirmando a impossibilidade de uma definição geral do controle de uma sociedade por outra, estima que o reconhecimento da existência do fato deveria ser deixada à livre apreciação dos juízes” COMPARATO, Fabio Konder; Salomão Filho, Calixto. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 38-40

²⁴⁰ Código de Processo Civil de 2015, Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:[...]

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; [...]

Na etapa derradeira desta dissertação, cumpre listar os efeitos que o uso do litisconsórcio acarreta no direito material.

Nesta senda, serão tecidas considerações acerca do:

- a) tipo de litisconsórcio cabível em uma recuperação;
- b) a conveniência da apresentação de um plano único de recuperação judicial pelas sociedades integrantes de grupo de sociedades; e, por fim,
- c) será enfrentada a questão da consolidação dos bens dos devedores e da lista de credores em função da utilização de litisconsórcio na recuperação judicial.

3.3.1 Efeitos materiais decorrentes da utilização do litisconsórcio na recuperação judicial

Ao longo deste trabalho foram apresentadas as principais características procedimentais da recuperação judicial, bem como as regras gerais de funcionamento do litisconsórcio formado neste processo. Dito isso, faz-se necessário neste momento endereçar alguns pontos específicos sobre o nosso tema.

Conforme mencionado, o §1º do Art. 113 do CPC determina que o juiz “poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença”.

Percebe-se que o juiz exerce um juízo de conveniência sobre o rito da admissibilidade do litisconsórcio na ocasião de sua apresentação.

Neste juízo de admissibilidade, o juiz deverá levar em consideração tanto os aspectos do direito material das sociedades recuperandas, como também os elementos de cunho processual, como, por exemplo, levar em consideração os impactos, em termos de organização do procedimento, que a reunião de partes no polo ativo acarretará ao longo do processo.

Ocorre que averiguação de ambos os conceitos muitas vezes se entrelaçam, de tal modo que se torna difícil, *prima facie*, separá-las.

Isto porque, é a averiguação de elementos materiais como, por exemplo, o tipo de crise que aflige as sociedades grupadas e, ainda, a eventual necessidade de formulação de uma

estratégia que enderece o problema de maneira global, que irá definir se o litisconsórcio formado naquela recuperação judicial será *simples* ou *unitário*.

O CPC dispõe em seu artigo 116 que o “litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”. É nesta etapa que os critérios materiais trazidos no item “4.1” se revelam fundamentais.

São esses alguns dos critérios materiais que deverão ser observados pelo magistrado para aferir se o litisconsórcio formado na recuperação judicial é de natureza simples ou unitária:

- a) se os devedores possuem algum tipo de vínculo entre si – podendo este vínculo ser societário ou apenas de controle;
- b) se as sociedades possuem credores comuns (v.g. credores trabalhistas, débitos com consumidores, instituições financeiras com débitos garantidos por bens de diferentes sociedades do grupo);
- c) se há forte interligação entre as atividades desenvolvidas pelas sociedades, fazendo aparecer considerável grau de dependência entre elas;
- d) se a crise que se pretende combater representa uma ameaça global para as sociedades do grupo; e, finalmente,
- e) se a realização de uma reorganização global maximiza as chances de se alcançar o valor de *preservação da empresa* como um todo.

Se todos esses fatores estiverem presentes, tem-se maiores chances de os devedores estarem formando um litisconsórcio *unitário* do que *simples*. No entanto, até mesmo para formação do litisconsórcio simples, é preciso que entre as partes haja, pelo menos, vínculo de controle.

Muito mais do que uma discussão de cunho processual, a classificação entre o litisconsórcio, se simples ou unitário, produz enormes efeitos no plano prático.

Enquanto que no litisconsórcio simples a reunião das partes no mesmo polo processual não implicará, obrigatoriamente, em provimento jurisdicional idêntico para ambas (característica do litisconsórcio simples); no litisconsórcio unitário às sociedades devedoras, necessariamente, deverão receber um destino comum naquele julgamento.

É preciso, neste contexto, transportar para o âmbito da recuperação quais seriam as consequências da formação de um litisconsórcio unitário para um simples neste tipo de procedimento. Para tanto, revela-se necessário entender a recuperação judicial.

O procedimento da recuperação judicial, diferentemente dos processos convencionais, é dotado de um caráter negocial, em que a concessão do provimento jurisdicional requerido ao magistrado encontra-se condicionado à aprovação da maioria dos credores (quer seja aprovação tácida, como aquela alcançada na recuperação judicial).

Considerando-se o papel dos credores, cumpre indagar, de que forma, em tese, a utilização do litisconsórcio impactaria no procedimento da recuperação judicial? O uso do litisconsórcio teria o condão de unificar a lista de credores das duas sociedades recuperandas automaticamente? Além disso, as sociedades em litisconsórcio, por se apresentarem dessa forma, são obrigadas a apresentarem plano único de recuperação judicial? Por fim, a assembleia geral de credores desses processos deve ser uma única assembleia?

Naquilo que diz respeito ao litisconsórcio simples, supõe-se que a resposta para todas essas perguntas sejam “dependerá do juízo de conveniência das partes e do magistrado”. Não obstante, quando se analisa o litisconsórcio unitário, o caso é outro.

Isto porque, considerando os efeitos materiais que promanam do litisconsórcio unitário, os quais demandam que o provimento jurisdicional a ser proferido seja uno, leia-se uma única sentença convalidando o procedimento em falência ou uma única sentença condendo a recuperação judicial, acredita-se que a unidade não influenciará apenas os efeitos da sentença homologatória, mas também na forma de votação dos credores sobre o plano apresentado pelo devedor.

Elucubra-se este efeito procedimental nos casos em que o litisconsórcio seja unitário, uma vez que a concessão do provimento da recuperação judicial encontra-se condicionada à aprovação dos credores.

Não se pode tergiversar que a natureza da sentença proferida no processo de recuperação é de cunho homologatório. O juiz a concederá a reestruturação apresentada pelo devedor, que conte com a aprovação dos credores e que passe pelo controle da legalidade. Para demonstrar o afirmado, nos valeremos da ilustração que segue.

Suponha-se que duas sociedades, que possuem principal estabelecimento na mesma localidade, requerem, conjuntamente recuperação judicial.

O magistrado, de plano, ao analisar a relação entre ambas sociedades percebeu que se tratava, nitidamente, de litisconsórcio unitário, pois era impossível que uma daquelas sociedades sobrevivesse sem a outra.

Em que pese estar-se diante de um litisconsórcio unitário, determinou o magistrado que ocorressem assembleias de credores distintas, pois, na sua visão, a autonomia patrimonial

das sociedades, bem como da necessidade de cada credor preencher sua lista de credores, impunha a realização de votações separadas.

Além disso, embora fosse facultado às recuperandas a apresentação de um único plano, optaram pela elaboração de planos distintos, por conta da realização de assembleias de credores distintas.

Ocorre que, surpreendentemente, em uma das assembleias verificou-se que o plano de uma das empresas foi aprovado e na outra rejeitado. Sobre este caso hipotético, não haveria a menor chance de o plano rejeitado fosse aprovado pelos credores, em razão de seus termos e da impossibilidade de os devedores apresentarem solução viável para a crise.

Considerando todas as variáveis apresentadas acima, neste específico exemplo, convivendo situação de reprovação e aprovação do plano de recuperação, o juiz, por estar diante de um litisconsórcio unitário deverá decretar a falência de ambas as sociedades. Explica-se o porquê.

A concessão da recuperação, conforme visto no capítulo anterior, está condicionada à aprovação previa pela assembleia geral de credores quanto aos termos do plano de recuperação judicial na forma prevista na LRF.

Já para decretação de falência, não há essa regra. Por essa razão, entende-se que a rejeição absoluta do plano de recuperação judicial por uma das assembleias de credores, em havendo litisconsórcio unitário, faz prevalecer os efeitos da convolação de falência sobre os demais consortes, ainda que o plano tenha sido aprovado na outra assembleia, pois o litisconsórcio unitário impõe a concessão de um provimento jurisdicional uno.

O aspecto processual tipo de litisconsórcio formado pelos devedores) influenciará, de modo determinante, no provimento judicial a ser concedido pelo juiz na recuperação.

É evidente que a faculdade de se organizar em ativo litisconsórcio é uma faculdade, podendo o devedor sinalizar em sua petição dirigida ao magistrado o tipo de litisconsórcio que ele desejaria formatar naquele processo— se simples o unitário.

Todavia, e essa afirmativa é de extrema importância, caberá ao juiz decidir acerca da natureza daquele litisconsórcio.

Com isso, verifica-se que subjazdo próprio pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo um risco de haver discrepâncias entre o provimento legal que era esperado pelos devedores para aquele será entregue pelo magistrado (v.g as partes pretendiam formar um litisconsórcio simples, porém, o juiz o considerou unitário).

Por tais motivos, considera-se que a propositura da ação de recuperação judicial em litisconsórcio deveria ser restrita às hipóteses em que há litisconsórcio unitário, leia-se casos

esses em que o objetivo de preservação da empresa só seria atingível caso fossem endereçadas medidas globais de reestruturação. Efetivamente, não se consegue conceber quais seriam os possíveis ganhos processuais, especialmente em termos celeridade e economia processual, que a propositura da ação de recuperação judicial em litisconsórcio ativo simples traria para o devedor.

A propositura da recuperação judicial em litisconsórcio ativo não diminui o valor da taxa judiciária a ser dispendido pelos devedores, muito menos o valor da remuneração do administrador judicial²⁴¹, o qual é fixado em razão do volume de crédito que se pretende novar. Ambas são as duas despesas de considerável relevância dentro do cálculo do custo processual da recuperação judicial.

Ato contínuo, propositura da recuperação em litisconsórcio ativo pelas devedoras não faz desaparecer as exigências do art. 51 da LRF, que versam a instrução da petição inicial do devedor, cujos comandos deverão ser atendidos individualmente por cada um dos consortes. Os advogados também terão o mesmo tipo de trabalho, pois em sua análise sobre o caso eles, necessariamente, deverão considerar as situações jurídicas distintas de cada uma das sociedades.

A única benesse que se poderia vislumbrar a partir da propositura de um litisconsórcio simples em recuperação judicial seria pelo possível aproveitamento de alguns atos processuais, como, por exemplo:

- a) a publicação de editais unificados para todas as sociedades; e, ainda
- b) a realização da assembleia de credores em um mesmo local, na mesma data, só que em horários distintos, para deliberar sobre o plano.

Não obstante, a conveniência de se implementar tais medidas é bem discutível, especialmente em termos de organização procedimental para credores e devedores, além de implicar, efetivamente em uma redução ínfima de custos.

Se se deseja propor a recuperação de diversas sociedades integrantes de um mesmo grupo, sem se correr risco que o destino de todas as sociedades seja unificado, melhor seria então propor várias recuperações judiciais de *forma separada e simultaneamente*.

Os efeitos obtidos neste caso seriam os mesmos do que aqueles obtidos através da propositura de recuperação em litisconsórcio simples, sem, contudo, correr-se o risco daquele

²⁴¹ De certo modo, o valor da remuneração do administrador judicial possui correlação com o valor da causa, pois o valor da remuneração poderá chegar a até 5% do valor total dos créditos que se pretende novar, sendo, portanto, o mesmo critério a ser empregado para determinação do valor da causa, tendo em vista ser esse o efetivo benefício econômico pretendido.

litisconsórcio ser declarado unitário ou, ainda, ser declinada a competência do juízo da recuperação, por este entender que o critério do principal estabelecimento não teria sido atingido.

Ao que parece, a utilização do litisconsórcio simples na recuperação judicial é ruim para o empresário, o qual ficará à mercê da interpretação do judiciário sobre tema de cunho extremamente controvertido e impacta, sobremaneira, na sua reestruturação e, ao mesmo tempo, traz para o juiz uma preocupação adicional no que tange à organização do procedimento.

O processamento de uma recuperação judicial contendo um litisconsórcio ativo simples traz o risco de, simultaneamente, e em um mesmo processo, ocorrerem situações discrepantes, na qual um plano de recuperação judicial poderá ser aprovado e outro reprovado, caso seja determinada a realização de diferentes assembleias. Neste exemplo hipotético em que no litisconsórcio simples, o plano de uma sociedade foi aprovado, enquanto o da outra foi reprovado, como compatibilizar o rito da convolação de falência com o da concessão recuperação judicial? Não há regra procedimental para resolver este conflito.

Uma das únicas soluções que se vislumbra para este tipo de impasse seria o desmembramento do processo, nos termos do art. 113, §1º do CPC, de modo que fossem separados os autos da falência, dos autos da recuperação judicial.

Por esse motivo, entendemos que a utilização do litisconsórcio na recuperação judicial, embora seja permitida, deveria ser utilizada apenas nas hipóteses em que houver litisconsórcio unitário, leia-se caso em que (i) houver endividamento grupal, (ii) forte interdependência econômica, (iii) a reestruturação global do patrimônio do grupo seja mais eficiente para garantir a preservação da empresa e, por fim (iv) haja um controlador comum entre todas as sociedades.

Do contrário, é preferível que as recuperações judiciais das sociedades do grupo corram separadamente, podendo, todavia, serem distribuídas por dependência para o mesmo juízo em que for protocolizada a primeira delas, contanto seja respeitada a regra do principal estabelecimento da maneira aqui proposta no tópico 4.2.

3.3.2 Utilização de plano único de reestruturação

A propositura da recuperação judicial em litisconsórcio ativo pode resultar na apresentação escolher do devedor de apresentar um plano único de reestruturação.

O plano único, neste caso, consistiria em um plano de reorganização que contemplaria a situação jurídica de todos os membros do grupo de sociedades, considerando suas particularidades, porém, apresentando-lhes uma solução global.

A lei não proíbe esta prática. Aliás, digno de nota é que são pouquíssimas as imposições exigidas pela lei quanto ao conteúdo do plano de recuperação judicial²⁴². Ao devedor é conferida ampla autonomia para formular o plano que melhor lhe pareça, sendo de sua inteira responsabilidade a elaboração e organização deste.

Quanto maior a integração verificada entre as sociedades grupadas, maiores serão seus ganhos de sinergia. Por outro lado, ao mesmo tempo que a integração traz incremento de valor, ela também faz também aparecer a interdependência. Sociedades grupadas que desempenham suas atividades de modo perfeitamente alinhadas, criam entre si um maior grau de exposição às crises umas das outras.

Neste contexto, a utilização de um plano único pode ser extremamente vantajosa para os devedores, na medida em que lhes confere a possibilidade de apresentarem uma solução integrada para uma crise que afeta as sociedades grupadas, ainda que de maneira distinta

Conforme já visto, é muito comum que a crise sobre uma única integrante do grupo de sociedades desencadeie um processo de contaminação. A confecção de um plano único de recuperação pelo grupo de sociedades em litisconsórcio é fundamental para estancar a propagação do contágio. Além disso, a renegociação global permite que as sociedades grupadas explorem da melhor forma suas sinergias, tornando, assim, mais eficiente o processo de soerguimento. O manejo adequado desta técnica pode recolocar nos trilhos o grupo de sociedades.

A utilização do plano único também é benéfica para os credores e demais agentes da que atuam na recuperação. Isto porque a sua apresentação ao mesmo tempo em que agrega maior transparência ao processo de reestruturação, na medida em que expõe o real estado da crise do grupo, bem como permite sejam apresentadas soluções para tais problemas. Haveria, portanto, ganhos de transparência e eficiência.

²⁴² Quanto a sua forma, a lei exige que o plano de recuperação, nos termos do art. 53 da LFR, (I) contenha a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, (II) faça a demonstração de sua viabilidade econômica e que, ademais, seja apresentado junto com este (III) um laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Quanto ao seu conteúdo, as únicas cláusulas consideradas péticas do plano de recuperação judicial dizem respeito ao pagamento dos créditos trabalhistas, previsto no art. 54 e seu parágrafo único.

Em que pese os inequívocos ganhos de informação que podem ser obtidos através da apresentação de um plano único, a utilização desta técnica de recuperação²⁴³ pode ser uma faca de dois gumes²⁴⁴, especialmente em se tratando de situações em que forem propostas recuperações judiciais em separado por sociedades integrantes de um mesmo grupo ou, ainda, nos casos em que o litisconsórcio seja de natureza simples.

A utilização do plano único nessas duas hipóteses poderá causar uma séria desorganização no procedimento, pois, imagine-se, novamente, as hipóteses em que o plano único apresentado poderá ser aprovado e reprovado em diferentes assembleias.

Em havendo litisconsórcio simples, com assembleias separadas, ou processos de recuperações judiciais separados, a eventual rejeição de um plano único de recuperação, por qualquer uma das assembleias de credores, prejudicará a implementação do seu conteúdo, ainda que parcial.

É verdade que diferentemente da situação de litisconsórcio unitário, no qual a decretação de falência de uma das sociedades grupadas importaria na falência das demais, a rejeição do plano único, por qualquer uma das assembleias, não produziria o “efeito dominó” que ocorre nos casos em que há litisconsórcio unitário.

Todavia, ainda que não implique na decretação de falência das demais sociedades do grupo, a rejeição do plano único em das assembleias faz surgir uma desorganização no curso do processo de recuperação no que diz respeito cumprimento do plano, haja vista que coexistirão situações em que haverá concessão da recuperação judicial e convocação em falência. Tamanha desorganização procedimental ficaria a cargo do magistrado dirimir.

A solução a ser adotada para essa situação dependerá dos contornos do caso concreto, não obstante a atitude “esperada” é que seja determinada a realização de ajustes no plano

²⁴³ A organização do plano de recuperação judicial em um plano único não deixa de ser uma das estratégias do devedor para convencer os devedores acerca da viabilidade de sua empresa –

²⁴⁴ “Mesmo com procedimentos separados, nada impede que as três requerentes apresentem único plano de recuperação, correndo o obvio risco de não ser aprovado em um dos procedimentos, com a conseqüente decretação da quebra, desde que as agravantes não consigam convencer os credores sobre a existência de um grupo econômico de fato e sobre a necessidade e a vantagem de uma fusão das três empresas.” Cf. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 1ª Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento 571.985-4/9-00. Desembargador Relator Romeu Ricupero. Julgado em 29 de outubro de 2008. Este precedente já foi oportunamente analisado no item 4.2 infra deste trabalho. Cumpre apenas rememorar que neste caso as sociedades devedoras não reuniam os requisitos para formação do litisconsórcio, dado que sequer havia um vínculo de controle entre elas. Não obstante, as referidas sociedades impetraram a recuperação em litisconsórcio pois pretendiam formular um plano único de recuperação, no qual seria proposta a fusão das 3(três) sociedades devedoras como forma de sua recuperação. Na ocasião do julgamento a formação do litisconsórcio foi desautorizada. Não obstante, entenderam os julgadores que as sociedades poderiam apresentar o plano único de recuperação, mesmo em processos de recuperação separados. O alerta feito no âmbito deste julgamento, o qual condiciona a falência das três sociedades em caso de reprovação do plano único plano, não diz respeito aos efeitos gerados pela rejeição do plano único em si, mas, na verdade, a possibilidade de rejeição absoluta por parte dos credores dessas sociedades à proposta de reorganização por meio da técnica de fusão.

único, determinando a confecção de planos separados, os quais deverão ser submetidos à nova votação pela assembleia de credores.

Ocorre que a adoção desta possível solução, importaria necessariamente na prorrogação do “improrrogável” prazo de 180 (cento e oitenta) dias da suspensão das ações e execuções em curso. Não se questiona aqui essa possibilidade, a qual doutrina²⁴⁵ e jurisprudência²⁴⁶ vêm aceitando.

O que se pretende demonstrar, unicamente, é a indesejada desorganização procedimental que pode ser desencadeada a partir da utilização de um plano único de recuperação judicial e de sua consequente rejeição, em processos em que hajam procedimentos de recuperação separados ou, ainda, sejam formados litisconsórcios ativos simples.

Por último, e ainda tratando sobre o plano único, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, defende que os termos da referida renegociação global estariam adstritos, integralmente, às regras societárias particulares aos grupos de sociedades. O mencionado jurista deu especial ênfase em sua explanação acerca da importância da comutatividade nas operações que são celebradas entre as sociedades grupadas que formam o grupo de fato (art. 245 da LSA).

Segundo ele, é preciso que seja evitado, a todo custo, que hajam previsões do plano de reestruturação que incentive o “*tunneling*”²⁴⁷, que são as hipóteses em que a controladora se vale da estruturação societária grupal para maximizar seus ganhos às expensas do prejuízo de outras sociedades. Nesse sentido:

[...] nada impede, ao meu ver, que o plano de recuperação seja único na forma, na apresentação. Penso, mais, que assim poderão ser mais bem atendidas as finalidades buscadas pelas partes. Mas o fato de ser em formato único não leva em conta as finalidades buscadas pelas partes. Mas o fato de ser em formato único não significa

²⁴⁵ SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 48-51.

²⁴⁶Nesse sentido, Cf. “[o] prazo de 180 dias para a suspensão das ações e execuções ajuizadas em face da empresa em dificuldades, previsto no art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/2005, pode ser prorrogado conforme as peculiaridades de cada caso concreto, se a sociedade comprovar que diligentemente obedeceu aos comandos impostos pela legislação e que não está, direta ou indiretamente, contribuindo para a demora na aprovação do plano de recuperação que apresentou”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Agravo Regimental no Conflito de Competência “AgRg no CC 111.614, 2”. Ministra Relatora Nancy Andrighi Julgamento em. 10.11.2010.

²⁴⁷“Na hipótese em tela, é de se indagar se a confusão patrimonial aqui estabelecida (uma vez que se pretende fazer o uso do patrimônio de uma das sociedades para solver obrigações assumidas por outra integrante do grupo de fato) constitui um caso de *tunneling*. Sem pretender aprofundar esse ponto, as circunstâncias do caso permitem responder afirmativamente a essa questão. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial de grupos de empresas In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord). **Temas de direito empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 348

que o plano deva ser objeto de deliberação que não leve em conta as situações específicas de cada uma das empresas integrantes do grupo de fato. Cada uma das sociedades componentes do grupo preserva sua personalidade jurídica, tendo, conseqüentemente, patrimônio próprio, com o qual deverá responder exclusivamente às obrigações por ela assumidas. Se assim não se fizer, haverá confusão patrimonial, inadmissível em especial nos grupos de fato, como já se observou²⁴⁸.

Mais uma vez, não partilhamos da opinião do ilustre jurista, haja vista que “o interesse social”, o bem jurídico que justifica a criação de todas as regras de governança aplicáveis às sociedades, perde, de certo modo, sua importância no ambiente da recuperação, uma vez que prevalece neste processo o *interesse recuperacional* que governa a sociedade em recuperação judicial, conforme explanação feita no item 4.1.3 infra.

No que diz respeito à utilização do plano único, a jurisprudência fixou entendimento de que sua utilização seria conveniente nos casos em que a crise atinge o grupo de sociedades de maneira global²⁴⁹, sem se adentrar, categoricamente, no mérito se o cabimento desta medida estaria restrito às hipóteses em que houver litisconsórcio unitário.

Nesse sentido, compartilham-se 2 (dois) diferentes precedentes que trataram do tema.

O primeiro deles é o agravo de instrumento nº 2215135-49.2014.8.26.0000, o qual foi julgado pela. 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No presente caso as sociedades Sifco Metals Participações S/A, Sifco S/A, BR Metals Fundições Ltda, Tubrasil Sifco Empreendimentos e Participações S/A, Alujet Industrial e Comercial Ltda, Nic Net Assessoria Empresarial Ltda requereram recuperação em litisconsórcio ativo. Havia entre as recuperandas vínculo societário, um controlador comum e interdependência entre as atividades por ela desempenhadas. Verifica-se, portanto, estarem presentes todos os elementos para formação de um litisconsórcio unitário.

Não obstante, os credores das referidas sociedades pleitearam ao juízo da recuperação que as sociedades em litisconsórcio apresentassem planos de recuperação separados, e em assembleias separadas, por força da aplicação do princípio da autonomia patrimonial que rege

²⁴⁸Idem, 335.

²⁴⁹“Admitido o litisconsórcio ativo entre as empresas recuperandas, por conta da comunhão de interesses e obrigações reconhecida, não há razão justificante para a apresentação de planos separados, porquanto a pluralidade ativa somente tem proveito acaso as massas sejam mantidas unidas. Tendo sido reconhecida a integração das agravadas em parte do grupo empresarial que enfrenta crise econômico-financeira (incluindo suas causas) e reconhecida a interligação entre as empresas, configurando verdadeiro e intransponível entrelaçamento negocial, se mostra pouco proveitoso, e até inviável, a apresentação de planos separados ante a impossibilidade de se delimitar as responsabilidades individuais de cada devedora diante da pleora de credores” Cf. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 2ª Câmara reservada de direito empresarial. Agravo de instrumento nº 2084295-14.2015.8.26.0000 Desembargador relator Carlos Alberto Garbiem julgado em 31 de Agosto de 2015”.

as sociedades. Ademais, alegaram os credores que a utilização de um plano único implicaria em confusão patrimonial entre as sociedades devedores.

O pedido formulado pelos credores foi inderido pelo juízo de primeiro grau. Inconformados, os credores manejaram agravo de instrumento contra esta decisão. O Tribunal, por sua vez, manteve a decisão de piso. Na ocasião deste julgamento, entenderam os desembargadores da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Estado de São Paulo que o plano único era uma medida necessária nos casos em que a crise seja de proporções grupais.

Os julgadores decidiram com base em minucioso relatório do administrador judicial, o qual constatou a existência de uma crise que ameaçava a continuidade do grupo como um todo e da premente necessidade de se endereçar uma reorganização global para sanear este problema.

Os desembargadores asseveraram em sua decisão, ademais, que o plano único é uma medida para que seja evitada a desorganização no processo.

Uma nota importante a se fazer é que a expressão “litisconsórcio unitário” não consta nos termos do julgamento. Não obstante, pela fundamentação empregada pelos julgadores, é evidente que os desembargadores vislumbraram que o litisconsórcio daquele caso era de caráter unitário. Nesse sentido, seguem abaixo os trechos mais importantes deste julgado:

[...] As agravadas [referindo-se as sociedades recuperandas] compõem um grupo econômico. São constituídas por dois sócios pessoas físicas e/ou outras pessoas jurídicas, que, na origem, também são constituídas por esses sócios. Aliás, o Administrador Judicial, em sua resposta, retrata a situação fático-jurídica de forma bastante clara: há entre as recuperandas "a) unicidade de direção; b) interdependência econômica; c) células industriais que se complementam para a consecução das atividades do grupo". [...]

O litisconsórcio era, pois, de rigor. Se assim o é, os atos a serem praticados no processo de recuperação devem considerar o grupo globalmente, sob pena de se tornar o processo inviável e tumultuado

Aliás, pede-se vênua ao Administrador Judicial, para aqui adotar seus argumentos como razão de decidir, porque abordam os aspectos mais relevantes a recomendar a apresentação de plano único, única relação de credores e assembleia também única: "*Caso fosse considerado plano em separado por cada empresa, com votação em separado, consequentemente seria necessário lista de credores para cada empresa, uma deliberação para cada empresa e um destino para cada empresa, todas em volta de um mesmo processo.*"

Sob o aspecto procedimental teremos 6 recuperações em andamento, em curso dentro de um processo de recuperação judicial. Além disso, na hipótese de não aprovação do plano de recuperação judicial de uma empresa e outras aprovadas, será decretada a falência de uma empresa enquanto as outras ficarão mantidas sob o regime recuperacional.

Por conseguinte, serão abertas duas fases e procedimentos processuais no mesmo processo, ou seja, processo falimentar e processo de recuperação judicial, com marcha processual totalmente distinta.

Como consequência do desdobramento comum da marcha processual do regime falimentar, será automaticamente postulada a extensão dos efeitos falimentares com relação às empresas sob o regime recuperacional, que certamente contaminará a responsabilização patrimonial de todas, com o desfecho da bancarrota de todas do mesmo grupo.

O emaranhado societário das empresas permite que na hipótese de decretação de falência de uma das empresas consequentemente o risco de contaminação em relação às outras seja iminente, de acordo com os decididos pelos Tribunais Superiores que tem acolhido a extensão dos efeitos da falência com relação às empresas do mesmo grupo [...].

Portanto, está devidamente demonstrado nos autos que as empresas pertencem ao conglomerado do grupo econômico SIFCO, tendo em vista a unidade de direção e objeto social com propósitos que se complementam para as atividades econômicas e empresariais, o que justifica a apresentação de plano único". [...]

Nesse vértice, e pelos mesmos argumentos, também não se pode acolher o pedido subsidiário, porque votações em separado, com escrutínio em separado, também representação retardamento e tumulto no processamento da recuperação.

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

Recuperação judicial. Litisconsórcio ativo. Plano único, lista única, assembleia única. Alegação, por alguns credores, de necessidade de individualização dos planos, com lista própria e realização de assembleia com os respectivos credores. Decisão mantida. Separação do processamento das recuperações que causaria tumulto processual. Descabimento na hipótese. Caracterização de grupo econômico de fato, Unidade de direção e relação de interdependência entre empresas do grupo. Precedentes. Recursos Desprovidos.²⁵⁰

O segundo precedente a ser analisado trata-se do agravo de instrumento nº 2183899-79.2014.8.26.0000, que foi julgado pela 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nesta processo, as sociedades INEPAR S.A. INDÚSTRIA E CONSTRUÇÃO, INEPAR EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A, INEPAR - ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO S.A., IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A, IESA ÓLEO & GÁS S/A, INEPAR TELECOMUNICAÇÕES S/A, IESA TRANSPORTES S.A., SADEFEM EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S.A. e Tt BRASIL ESTRUTURAS METÁLICAS S/A requereram em litisconsórcio sua recuperação judicial.

O juízo da recuperação autorizou o processamento do litisconsórcio por verificar que as sociedades em questão pertenceriam ao mesmo grupo econômico. Contra esta decisão, todavia, insurgiu um dos credores alegando que o processamento da recuperação em

²⁵⁰ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara reservada de direito empresarial. Agravo de instrumento nº 2215135-49.2014.8.26.0000, Desembargador relator Teixeira Leite em 25 de março de 2015.

litisconsórcio causaria confusão patrimonial, especialmente, pela possibilidade de utilização de plano único de recuperação pelas sociedades recuperandas.

Os membros da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial rechaçaram os argumentos deste credor.

Segundo o entendimento manifestado neste julgamento, a utilização de plano único não geraria confusão patrimonial. Pelo contrário, a sua utilização seria curial nos casos em que a crise das sociedades recuperandas fosse de escala grupal. Nesse sentido:

[...] BANCO FIBRA ingressou com agravo de instrumento em face de r. decisão proferida nos autos do pedido de recuperação do Grupo Inepar. Explica que o presente recurso tem como fundamento a decisão proferida nos autos originais e que deferiu o processamento da recuperaçãojudicia, admitindo seja o pedido deduzido em litisconsórcio ativo, com a apresentação de um único plano de recuperação. Ocorre que não há um grupo econômico juridicamente constituído.

O ajuizamento da recuperação em litisconsórcio ativo pode causar confusão de ativos e passivos em prejuízo dos credores. Requer seja deferido efeito suspensivo da decisão proferida e o provimento do recurso para afastar a possibilidade de litisconsórcio ativo. [...]

É o relatório. [...]

O recurso não comporta provimento.

De início, é de se ponderar que os documentos encartadosnos autos atestam a existência de um grupo econômico de empresas, e, havendo crise a assolar todas as empresas, não veda a legislação a propositura de um pedido único de recuperação judicial.

Até porque, e diferentemente do quanto alegado peloagravante, não ficou comprovado qualquer prejuízo para os credores ou para o direito de defesa com a distribuição do pedido em conjunto. Ademais, se a crise atinge o grupo de forma generalizada, seria prejudicial a distribuição dediversos pedidos de recuperação judicial, com planos distintos, já que o fato poderia ensejar decisões contraditórias e prejudicar a massa de credores. [...]

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGAMENTO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Deferido o pedido de recuperação de 9 empresas, componentes do mesmo grupo econômico. Inconformismo. Alegação de litisconsórcio existente para causar confusão deativos e passivos. Não demonstração de qualquer dado concreto a amparar a tese do agravante. Recorrente que, ademais, tem a sua sede em São Paulo. Nega-se provimento, prejudicado o regimental.²⁵¹

²⁵¹ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara reservada de direito empresarial. Agravo de instrumento nº 2183899-79.2014.8.26.0000, Desembargador relator Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 29 de abril de 2015

Quanto a utilização da técnica de plano único pelas sociedades recuperandas, pode-se afirmar que a sua utilização é mais recomendável nos casos em que houver litisconsórcio unitário. Por fim, antes de encerrar o presente tópico, cumpre fazer uma importante ressalva.

A faculdade que é conferida ao devedor de se valer de um plano único como técnica de recuperação judicial nos casos em que houver pluralidade de partes em recuperação, não exime o dever de cada uma dessas sociedades confeccionar sua relação individual de credores.

Embora a lei não proíba que as devedoras proponham seus planos de recuperação de modo unificado, a lei exige que o tratamento de suas respectivas relações de credores seja feito de forma individualizada. Nesse sentido:

Não participa da votação do Plano de Recuperação Judicial - e não integra, por isso, o quórum de deliberação - o credor cujo direito não for por ele afetado. Se houver mais de um plano em votação, e apenas um deles alterar o direito de determinado credor, ele participa apenas da votação deste e não do outro.

Essa exclusão da base de cálculo do quórum de deliberação do Plano justifica-se no pressuposto da lei de que o credor não atingido pela proposta de reorganização da empresa não teria nenhum interesse no resultado da votação. Tal pressuposto é questionável porque, mesmo não sendo atingido diretamente pela proposta em votação, é claro que o credor pode ter o seu direito ameaçado na hipótese de aprovação de um plano inconsistente, que não leve à efetiva recuperação do devedor.²⁵²

Assevera-se; que para que os efeitos novativos da recuperação sejam produzidos, até mesmo nos casos em que haja litisconsórcio e que seja apresentado um plano único de recuperação, é preciso que (i) haja previsão de novação no plano de recuperação apresentado²⁵³, (ii) que este plano seja aprovado nos termos do art. 45 ou do §1º do art. 58 e (iii) que o juiz conceda a recuperação judicial.

3.3.3 Consolidação dos bens e da lista de credores das sociedades recuperandas

²⁵² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.369.

²⁵³ LRF, Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

A última questão a ser analisada nesta dissertação diz respeito à investigação em torno da suposta consolidação dos bens e da lista de credores das sociedades recuperandas que poderá ocorrer nos casos em que a recuperação judicial for proposta em litisconsórcio.

O fenômeno da consolidação teria o condão de afetar a esfera material das sociedades recuperandas e de seus credores de tal forma que seriam desconsideradas suas autonomias em prol de uma representação mais realista e equilibrada de todos os interesses em jogo na recuperação judicial.

Em termos práticos, a consolidação faz com que ativo e o passivo das sociedades em litisconsórcio seja considerado uma coisa só, promovendo a relativização da autonomia objetiva de cada uma dessas estruturas societárias, bem como dos direitos dos credores²⁵⁴.

O tema é motivo de considerável embate na doutrina e na jurisprudência. O alarido se justifica, afinal a correta compreensão do instituto demanda a consideração de variáveis de direito processual, falimentar e empresarial.

No âmbito processual, a incidência da consolidação dos bens e listas de credores do devedor é restrita aos processos de recuperação em que seja formado um litisconsórcio, impondo-se, portanto, o conhecimento deste instituto do direito processual.

No que concerne ao direito recuperacional, a consolidação afeta tanto o interesse dos credores como dos devedores, pois unifica o destino dos devedores e, ao mesmo tempo, unifica todos os credores, de partes distintas na mesma lista.

Na seara empresarial demanda conhecimento de regras de direito societário pelo intérprete, especialmente, no que tange ao regime de governança das sociedades empresárias que estão em recuperação.

A interpretação do fenômeno da consolidação, além disso, será influenciada pela concepção que o seu intérprete tem acerca da natureza jurídica da recuperação judicial, notadamente se partidário da corrente contratualista ou processualista.

Enquanto que os partidários da corrente contratualista da natureza da recuperação judicial, por exemplo, atribuirão aos credores o poder decisório sobre a consolidação; os partidários da corrente processualista, por outro lado, conferirão ao magistrado a prerrogativa de decidir sobre este tema.

²⁵⁴“Em linhas gerais, ela consiste na consolidação – total ou parcial – das dívidas concursais e ativos das sociedades, que passam a responder perante todo o conjunto de credores, desconsiderando-se o fato de que cada devedora teria gerado um específico passivo. “ Cf. CEREZETI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direito societário, processual e concursal In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord). **Processo societário II – Adaptado ao novo CPC – Lei nº 13;105/2015**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 764.

Por essa razão, as explicações acerca da consolidação serão feitas tanto à luz dos partidários da vertente contratualista, como processualista.

3.3.3.1 *O fenômeno da consolidação para a corrente processualista*

Para os partidários desta corrente, a consolidação nada mais é do que a consequência procedimental que é gerada na recuperação judicial por conta da constituição de um litisconsórcio ativo unitário.

O processamento da recuperação judicial em litisconsórcio ativo unitário produz um efeito imediato nas sociedades devedoras, qual seja lhes unifica o destino caso seja decretada a falência de qualquer uma delas, conforme explanação presente no tópico 4.3.1 infra.

Em decorrência da formação deste litisconsórcio unitário na recuperação judicial, haveria, portanto, uma “desconsideração”²⁵⁵ da autonomia subjetiva e individual dessas sociedades, a qual seria substituída por um senso uniformidade quanto o destino de cada uma delas em caso de falência.

Esse seria, portanto, o primeiro efeito procedimental produzido na esfera dos devedores em razão de sua organização em um litisconsórcio ativo unitário.

Ato contínuo, a impossibilidade de se separar os destinos das sociedades devedoras, torna justificável a apresentação de um o plano único de recuperação pelas sociedades recuperandas, tendo em vista que a utilização desta técnica é mais efetiva para endereçar crises que afetam o grupo como um todo.

Rememora-se que um dos principais fundamentos para admissão do litisconsórcio na recuperação judicial é a existência de uma crise de escala grupal. Em sendo coletiva a crise, é preciso sejam apresentadas *soluções coletivas e unificadas*, por até mesmo imposição do princípio da transparência que rege o processo de recuperação judicial.

Não se deve confundir, todavia, os efeitos procedimentais produzidos, propriamente pelo processamento da recuperação em litisconsórcio unitário que dizem respeito à consolidação/unificação dos destinos das sociedades devedoras em caso de falência de uma

²⁵⁵ O emprego do termo desconsideração não pode ser confundido com a técnica de desconsideração da personalidade jurídica insculpita no art. 50 do Código Civil. A desconsideração pode ser invocada para atingir os bens particulares dos sócios que se valem da autonomia da pessoa jurídica para perpetrar fraude contra os credores sociais.

delas, bem como da unificação da lista de credores, com efeitos processuais que decorrem da concessão da recuperação judicial. O litisconsórcio unitário não altera a composição patrimonial dos devedores. Ele tão somente unifica o provimento judicial que será proferido pelo magistrado na recuperação judicial, bem como reúne as listas de credores das sociedades para fins de votação.

Não se pode absolutamente esquecer que é a aprovação do plano de recuperação pelos credores, com sua consequente homologação em juízo, que tem o poder de alterar a configuração patrimonial tanto de credores e devedores.

Feitas essas importantes considerações, é evidente que se o provimento judicial deverá ser uno em decorrência da formação do litisconsórcio unitário, a prudência impõe que também que sejam unificadas as listas de credores das sociedades recuperandas para fins de votação, de modo que haja uma única assembleia para deliberar sobre o plano, em prol de uma contagem que consideraria o grupo de sociedades como um todo ao invés de cada uma das recuperandas componente do grupo de sociedades.

É evidente que a unificação das listas de credores não agrada aos credores, afinal a imposição deste efeito (i) desconsideraria as condições originalmente contratadas junto ao devedor e (ii) privariam o credor plenamente sua influência no processo de recuperação daquele devedor com quem este contratou. O credor sente como se o seu crédito contra determinada sociedade fosse diluído entre todo o grupo, comprometendo, portanto, o seu poder negocial no processo de recuperação judicial.

Com isso, surgem reclamações por parte dos credores no sentido de que a consolidação da lista dos credores e da realização de uma única AGC seria contrária à regra da autonomia patrimonial das sociedades.

A irresignação acima é compreensível, todavia injustificada.

A unificação dos destinos das sociedades decorrentes da formação do litisconsórcio unitário na recuperação judicial demanda, como consequência lógica a unificação das listas de credores e a realização de assembleia única. Não faria o menor sentido determinar a realização de assembleias de credores separadas, com listas de credores separadas.

Tal prática apenas contribuiria para o surgimento de graves distorções no processo, ao passo que tornaria os grandes credores das sociedades mais endividadas que compõem grupo de sociedades em recuperação judicial mais poderosos, afinal se considerado que o litisconsórcio unitário faz com que a convolação de falência de uma das suas sociedades se estenda para as demais, é evidente que seriam oferecidas condições melhores para os grandes credores das sociedades mais endividadas do grupo do que para todos os demais.

O motivo disso é elementar: haveria enorme preocupação que a decretação da quebra da sociedade em situação mais frágil do grupo importasse na quebra demais sociedades grupadas.

Por essa razão, quando encarado sob o prisma da unificação dos destinos em caso de falência, e notadamente dos efeitos particulares do litisconsórcio unitário, entende-se, perfeitamente, o porquê a caracterização do litisconsórcio unitário exige a unificação das listas dos credores das sociedades recuperandas, bem como da realização de assembleia única.

A unificação das listas dos credores e da realização de uma única assembleia para deliberar sobre o plano não importa na diluição da influência de nenhum credor. Na verdade, a unificação da assembleia representa uma forma de trazer o equilíbrio de forças entre os credores dentro do procedimento de reestruturação global, garantindo-lhes a igualdade de participação e oportunidades dentro de um processo reestruturação do grupo.

Aliás, é preciso refletir que os processos concursais não existem para proteger o devedor de seus credores, mas, na verdade, para proteger o credore da atuação predatória e egoística dos outros próprios credores. Mais que isso: o processo concursal foi criado para garantir a igualdade de oportunidades entre os credores²⁵⁶.

Fora de um processo de recuperação judicial ou de falência, credores e devedores podem negociar da forma que melhor lhes aprouver. Neste contexto, o devedor pode muito bem optar por pagar integralmente a um de seus credores favoritos, deixando a todos os demais à mingua.

A sistemática dos processos concursais é, justamente, coibir esse tipo de conduta. Os processos concursais foram criados para garantir o tratamento isonômico dos credores, os quais são divididos em razão das particularidades dos seus créditos.

A consolidação da lista de credores não viola qualquer direito dos credores e, muito menos, reduz sua autonomia dentro do processo de recuperação judicial.

Isto porque, mesmo com a consolidação, permanece inalterado o direito individual de cada credor votar pela aprovação ou reprovação do plano de recuperação judicial que for apresentado pelo devedor. Portanto, a unificação das listas de credores das sociedades e a

²⁵⁶ “ Neste contexto, Longhofer e Peters consideram que a legislação falimentar não tem por objetivo proteger o devedor de seus credores, ou proteger estes daquele. Para os autores, em face dos custos e perdas que decorrem das disputadas travadas entre credores, os procedimentos legais de insolvência objetivam proteger os credores dos próprios credores. “Cf. PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os custos da reorganização judicial da empresa In MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido. 2016, p.56.

realização de uma assembleia única apenas faz com que o voto proferido pelo credor seja corretamente redimensionado como parte de um processo de reestruturação grupal.

Por tais motivos, afirma-se que os argumentos contrários a unificação das listas de credores e realização de uma única assembleia não reflete (i) o objetivo almejado em um processo de recuperação judicial de grupos de sociedades em que os postulantes se organizam em litisconsórcio ativo unitário e, muito menos, (ii) se compraz com a concepção de preservação de empresa e, principalmente, com a noção de *interesse recuperacional* aqui trabalhada.

Insiste-se que a consolidação da lista de credores e a realização de uma assembleia única para todas as recuperandas nada mais é do que uma consequência procedimental da utilização do litisconsórcio unitário formado no processo de recuperação judicial. A comprovação da presente assertiva se encontra na própria Lei de Falências e Recuperação Judicial no artigo 62, §2º, o qual dispõe que caso haja convocação da recuperação judicial em falência “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.”

Sendo a consolidação uma *consequência* procedimental do processo de recuperação judicial em que haja litisconsórcio unitário, não é defensável, absolutamente, que os seus efeitos subsistam caso a recuperação seja convocada em quebra.

Por último, sendo a consolidação da lista dos credores e a realização de uma assembleia única uma consequência da formação do litisconsórcio unitário e, considerando que cabe ao juiz decidir quanto a classificação do litisconsórcio formado no processo, é evidente que compete ao juiz a decisão acerca da conveniência de haver consolidação no processo.

Coaduna com este entendimento o professor José Alexandre Tavares Guerreiro, o qual, em seu parecer no processo de recuperação do “Grupo Oi”, opinou no sentido de que caberia ao juiz decidir acerca da conveniência ou não de se promover a consolidação. Nesse sentido:

Em outras palavras, há grupos e grupos.

Isso porque a depender da estrutura e tipo de vinculação entre as sociedades do grupo as soluções de recuperação poderão ser as mais variadas, podendo até mesmo pensar-se em soluções individualizadas para cada sociedade, a depender do nível de autonomia e independência gerencial e segregação das atividades do grupo.

De outro lado, como é de se esperar nos casos de grupos de sociedades com estrutura administrativa e de controle concentradas em uma única sociedade, a recuperação do grupo pode depender necessariamente de tratamento conjunto a todas as sociedades, como é o caso do Grupo Oi, sujeito à regulação das concessões de serviços de telecomunicações.

[...] Em geral, o litisconsórcio ativo pode até permitir, na prática, uma ou outra solução para a recuperação dos grupos de sociedades, mas, em outros casos, isso pode não ser suficiente para viabilizar a recuperação do grupo como um todo. A depender da sua interdependência, podem ser necessárias medidas que envolvam todas as sociedades do grupo, considerando-se a sua ligação de fato

[...]

Na hipótese de apresentação de plano unificado, é possível e recomendável a votação do plano em assembleia de credores ser realizada, igualmente, de forma unificada, consequentemente com votação unificada por todos os credores sujeitos à recuperação judicial, independentemente da sociedade contra a qual possuem crédito? Resposta: Sim. Essa parece ser a única forma de viabilizar a recuperação judicial de cada sociedade do Grupo Oi - que dependerá da recuperação do Grupo Oi, como um todo. Por isso é que, conforme se desenvolveu, esse caso demanda a consolidação não só processual, mas também substancial, de forma a envolver todos os créditos contra o Grupo Oi.²⁵⁷ [...]

A quem compete decidir sobre a legalidade da apresentação de plano unificado na recuperação judicial?

Resposta: A decisão sobre a legalidade da apresentação de plano unificado na recuperação judicial compete ao juiz da recuperação judicial, que levará em conta os elementos processuais e substanciais, que permitem a consolidação²⁵⁸..

Com essas considerações, se avança para a exposição da visão contratualista sobre a consolidação.

3.3.3.2 O fenômeno da consolidação para a corrente contratualista

Os partidários da corrente contratualista acerca da natureza jurídica da recuperação judicial vislumbram na consolidação uma medida a ser definida pelos credores, dado que a LRF determina em seu artigo 35, I, “f”, que a assembleia de credores detem competência para deliberar sobre “qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores”.

Para eles, a consolidação ao unificar a lista de credores e determinação a realização de uma assembleia promove a diluição da influência que o credor poderia exercer individualmente no processo de recuperação da sociedade devedora contra qual ele detinha o

²⁵⁷RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. 4ª vara empresarial. Recuperação judicial da Oi, processo nº0203711.65.2016.8.19.0001, Parecer Professor José Alexandre Tavares Guerreiro, fls. 100.550-100.551.

²⁵⁸RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça Comarca da Capital. 4ª Vara Empresarial. Recuperação judicial da Oi, processo nº0203711.65.2016.8.19.0001, Parecer Professor José Alexandre Tavares Guerreiro, fls. 100.550

crédito e, ao mesmo tempo desconsideraria, absolutamente, a autonomia patrimonial que separa estas sociedades²⁵⁹.

Além disso, outro argumento comumente utilizado pelos partidários desta concepção é feito com base no artigo 49, §2º da LRF²⁶⁰, o qual prevê que as condições originalmente contratadas serão mantidas, exceto se houver previsão no plano de recuperação em sentido contrário e, evidentemente, caso este plano venha a ser aprovado.

A redação do mencionado dispositivo levaria à conclusão de que a recuperação judicial não poderia produzir efeitos na esfera pessoal dos credores sem que antes houvesse prévia anuência desses. Caso contrário, estar-se-ia antecipando, ainda que parcialmente, os efeitos da recuperação judicial antes mesmo que ela fosse concedida.

Por tais motivos, Sheila Christina Neder Cerezetti defende que seria mandatório a organização de prévias assembleias de credores por recuperandas, as quais deveriam deliberar acerca da conveniência ou não de haver a referida consolidação, sugerindo, inclusive, o quórum que deverá ser observado nestas deliberações:

Dado que a LRE optou por atribuir aos credores a decisão acerca da viabilidade da empresa, ao conceder a eles o poder de determinar a aprovação ou desaprovação do plano., correto também a eles permitir que, face a uma realidade grupal, aceitem a proposta dos devedores de que o plano envolva os ativos e os passivos de todas elas como se apenas uma se tratasse.

A consolidação processual será, então, acompanhada da consolidação substancial. Mas se esta decisão dos credores é necessária e prévia à consolidação, ela precisa ser tomada em efetiva consideração das personalidades jurídicas das devedoras, vale dizer, em assembleias gerais de credores de cada uma das devedoras. [...] ²⁶¹

A decisão sobre a consolidação substancial deve ser tomada com base no quórum especial previsto para aprovação do plano. A opção por esta via mais rígida justifica-se pela excepcionalidade da consolidação substancial e, em especial, pelos graves efeitos que ela pode gerar sobre os direitos dos credores.

A deliberação pela consolidação não se confunde com uma decisão qualquer dos credores, a qual o quórum geral bem atende, mas se constitui em resolução da mais acentuada importância para o deslinde da recuperação e da satisfação dos créditos. Ela se aproxima muito mais da decisão sobre o plano do que de qualquer outra. ²⁶²

²⁵⁹TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Recuperação judicial de grupos de empresas In FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord). **Temas de direito empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 349

²⁶⁰ LFR, Art. 49, [...] § 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

²⁶¹ Cf. CEREZETI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre Direito societário, processual e concursal In YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord). **Processo societário II – Adaptado ao novo CPC – Lei nº 13.105/2015**. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 778.

²⁶² Idem, p. 779.

A posição defendida pela mencionada professora, no sentido de que caberia aos credores decidirem acerca da conveniência de haver ou não consolidação dentro da recuperação, encontra certo amparo na jurisprudência. Separa-se aqui dois acórdãos que resumem o postulado contratual da ilustre professora da faculdade de direito da USP.

O primeiro deles trata-se do agravo de instrumento nº 2123667-67.2015.8.26.0000, o qual foi julgado pela 2ª Câmara reservada de direito empresarial do estado de São Paulo. No presente processo, as sociedades ALCOMETALIC DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA. e WIREX COPPER INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS DE REFRIGERAÇÃO LTDA formaram litisconsórcio e requereram recuperação judicial.

Entre as referidas sociedades havia vínculo de controle e comunhão de obrigações e credores. Nesse sentido, primeiramente, autorizou o juízo singular o processamento da recuperação e, em seguida, facultou as partes a utilização do plano único.

Contra esta decisão, foi interposto agravo de instrumento. O Tribunal, ao seu turno, entendeu que embora estivessem reunidos os requisitos para admissão do litisconsórcio na recuperação, caberia aos credores definirem se aceitariam ou não a utilização do plano único.

No presente caso, avisa-se, os julgadores empregaram a expressão plano único e consolidação como sinônimas. Nesse sentido, compartilha-se os principais trechos deste julgado, bem como sua ementa:

TRECHO DE ACÓRDÃO PROFERIDO NA 2ª CÂMARA DE DIREITO EMPRESARIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Concluem-se pois essas considerações de caráter geral, em tornodo “litisconsórcio”, no sentido de reiterar que está ele, em recuperações judiciais, longe de se restringir a um tema de ordem processual pura, não bastando a acolher o processamento plurissubjetivo, com a devida vênia, considerações de ordem vaga e remota acerca de uma pretensa comunhão de interesses, como se se estivesse examinando a mera conveniência de um litisconsórcio facultativo sob o prisma formal.

É preciso, mais que isso, examinar detidamente as razões para o requerimento conjunto, bem como a situação individual de cada empresa requerente do benefício, atividade que se diz com os pressupostos legais para a postulação e queportanto se deve fazer antes da aceitação do plano.

Nessa linha, observe-se que as C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial têm admitido pedidos conjuntos de recuperação judicial, em caráterexcepcional, restrito às situações em que demonstrada a existência, em razão da intensidade do vínculo que as une, de influências recíprocas entre as sociedadesrequerentes do benefício legal, integrantes de um mesmo grupo econômico seja de fato ou de direito no interior do qual as dificuldades individuais acabam repercutindo emtodos os componentes do grupo, tudo a evidenciar que a superação do momento de criseeconômico-financeira somente poderá ser alcançada através do esforço conjunto dosmembros do ente coletivo. [...]

Passando enfim, no que tange ao apregoado “litisconsórcio”, ao exame específico do caso concreto, nota-se que as agravadas requereram recuperação judicial em conjunto em virtude da estreita relação operacional entre elas alegadamente existente, evidenciada segundo afirmam não apenas pela circunstância de integrarem um mesmo grupo econômico, mas também pelas garantias que teriam prestado umas em favor das outras em negócios jurídicos celebrados com terceiros (garantias cruzadas), bem como pela confusão patrimonial que dizem haver na espécie.

E, de fato, a caracterização de um grupo econômico de fato se mostra bem delineada na espécie, pois demonstrada a comunhão informal de esforços entre as autoras e a atuação, muitas vezes, conjunta no mercado, decorrentes ao que se deduz da circunstância de ambas as sociedades possuírem atualmente um único e mesmo sócio, que as administra (cf. contratos sociais de fls. 268/273 e 279/285).

A existência de garantias cruzadas, por seu turno, embora demonstrada tão somente quanto a duas cédulas de crédito bancário (reproduzidas a fls. 408/424), apenas evidencia ainda mais a intensidade do vínculo que une as autoras, indicando que a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações de cada uma delas suplantou o plano meramente individual, atingindo-as de forma coletiva.

Essa intensa atuação conjunta das agravadas, por seu sinal e abstraído qualquer juízo de valor em torno de sua legitimidade, também é reforçada pela confusão patrimonial entre elas existente, demonstrada não apenas pelos comprovantes de transferência bancária de fls. 458/460, 462/465, 467/469, como também pelos documentos de fls. 425/450, que comprovam o adimplemento, por parte da autora Alcometalic, de obrigações originariamente assumidas pela autora Wirex.

O exame atento do instrumento recursal, desse modo, revela que as agravadas, além de efetivamente integrarem um mesmo grupo econômico de fato, mantêm entrelaçamento operacional bastante acentuado, tudo a recomendar em última análise o processamento de recuperação judicial conjunta.

Prospera todavia a irresignação manifestada pelas agravadas quanto à possibilidade de elaboração, desde logo, de plano recuperacional único.

Não se olvida, a esse respeito, da existência de decisões no sentido da inexorabilidade da apresentação de um plano recuperacional único, quando admitido o processamento de recuperações conjuntas - ou, se se preferir, em litisconsórcio ativo (por exemplo, veja-se o AI nº 2178366-42.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. 9/12/2014).

Em contrapartida, em igualmente recente decisão, de cunho monocrático, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao deixar assentada a reserva com que devem ser vistas as hipóteses de pedidos conjuntos, ressaltou caber em tais casos deliberação separada pelos credores das respectivas sociedades, em cada classe, com possibilidade de aprovação do plano quanto a algumas das sociedades e rejeição quanto a outras deliberação restrita, insista-se, aos credores de cada sociedade (Medida Cautelar nº 23282, Rel. Min. Raul Araújo, j. 18/11/2014).

A segunda hipótese se mostra mais acertada. Ora, a elaboração de um único plano de recuperação judicial presta-se, em última análise, a abusos e tem o condão de gerar graves distorções no tocante à situação dos credores de alguma das sociedades recuperandas, por primeiro diluindo o peso de suas participações na composição dos quóruns de votação e prestando-se inclusive a comprometer a legitimidade das deliberações assembleares, conforme venham tomadas, e depois, no plano da renegociação objetiva das obrigações, interferindo nas condições originárias dos negócios jurídicos por eles celebrados com as devedoras independentemente da situação econômico-financeira efetivamente apresentada por cada uma delas.

De todo modo, deferido o processamento do pedido recuperacional conjunto, entende este Relator que 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.

Nesses termos, as autoras devem, 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

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

Processual. Recuperação judicial. Recurso interposto contradecisão que deferiu o processamento de recuperação judicial conjunta. Alegação de descumprimento de requisitos processuais formais necessários à obtenção do benefício legal. Descabimento.

Petição inicial, acompanhada da relação de bens do sócio administrador, que descreve as razões concretas da crise econômico-financeira, em atenção às regras do art. 51, I e VI, da Lei nº 11.101/2005. Pedido recuperacional não inviabilizado, ademais, pela condenação do sócio administrador por crime contra a ordem tributária.

Inteligência do art. 48, IV, do mesmo diploma legal. Ajuizamento de demanda de recuperação judicial por sociedades empresárias distintas, em conjunto. Possibilidade. Peculiaridades da via recuperacional que realçam a influência do direito material sobre o instituto do litisconsórcio, restringindo-o, nessa órbita, às situações em que existem intensos laços operacionais entre as devedoras postulantes do benefício.

Entrelaçamento societário das recuperandas demonstrado, no caso, não apenas pela circunstância de integrarem um mesmo grupo econômico, mas também pela existência de garantias cruzadas, bem como pela confusão patrimonial entre elas caracterizada. Pluralidade subjetiva corretamente admitida na espécie.

Deferimento do processamento coletivo que não autoriza, contudo, a confecção de apenas um plano de recuperação judicial por parte das devedoras, em conjunto.

Elaboração de plano recuperacional único que, por propiciar abusos patrimoniais e distorções nas deliberações assembleares, não deve em princípio ser aceita pelo Poder Judiciário, somente podendo ser deferida se aprovada pelos credores próprios de cada recuperanda. Decisão de Primeiro Grau, deferitória do processamento recuperacional conjunto, reformada quanto a esse aspecto. Agravo de instrumento das sociedades-credoras parcialmente provido²⁶³.

A segunda decisão a ser analisada trata-se do agravo de instrumento nº 70065841918, cujo julgamento ocorreu perante a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

²⁶³ SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2123667-67.2015.8.26.0000, Desembargador Relator Fabio Tabosa, julgamento em 16 de novembro de 2015.

No presente caso as sociedades GUERRA S.A. IMPLEMENTOS RODOVIARIOS, MAM PARTICIPACOES LTDA, TOLSTOI INVESTIMENTOS SA formaram litisconsórcio e pleitiaram recuperação judicial, tendo o intuito de apresentar um plano único recuperação.

Embora estivessem reunidos os elementos para formação destes litisconsórcios, qual seja, existência de vínculo de controle entre as sociedades e interdependência entre as recuperandas, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não obstante, entendeu que não se poderia desconsiderar a autonomia patrimonial dos devedores e dos credores reunidos naquela recuperação judicial. Nesse sentido, rechaçou a corte gaúcha o pedido de apresentação de um plano único – novamente, o uso da expressão plano único foi feito como sinônimo de “consolidação”:

[...] O recurso é próprio, tempestivo, e encontra-se devidamente preparado (fls. 295-296), pelo que passo, desde logo, ao seu julgamento.

A controvérsia recursal diz respeito à formação de litisconsórcio ativo, necessidade de apresentação de plano individualizado, viabilidade das empresas e manutenção da posse dos bens objeto de alienação fiduciária.

Pois bem. Entendo pela existência de afinidade entre as atividades das empresas que integram o pedido de recuperação, que justifica a formação do litisconsórcio ativo.

Neste contexto, importante referir a necessidade de aplicação do princípio da preservação da empresa ao caso em tela, previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005, que preconiza a respeito da oportunidade de superação da conjuntura da crise econômico-financeira das devedoras, para viabilizar a continuidade da fonte produtora dos empregos e interesses dos credores habilitados.

Com efeito, embora seja possível a formação de litisconsórcio ativo em pedido de recuperação judicial, tal, por si só, não afasta a necessidade de apresentação de plano individualizado para cada uma das recuperandas, sobretudo diante da observância ao princípio da *pars conditio creditorum*, a fim de preservar a votação somente pelos credores de cada empresa. [...]

Nessa linha, o parecer do Ministério Público, de lavra do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Gilmar Possa Maroneze, cuja fundamentação peço vênias para em parte transcrever e adotar como razões de decidir: [...]

Ainda que seja viável, para fins de engenharia tributária, por conveniência contábil e de gestão, a instituição de empresas distintas para a consecução de uma atividade econômica, cumpre frisar que esta opção deve ser acolhida com seus ônus e bônus.

A providência de cindir uma atividade empresarial em diversas pessoas jurídicas foi conveniente às agravadas, que não podem, a fim de buscar o restabelecimento da sua saúde financeira, pretender, agora, estabelecer uma espécie de desconsideração da personalidade jurídica voluntária, juntando todos os ativos e passivos em um mesmo monte.

Ora, a recuperação judicial é um favor legal previsto em face de empresas isoladamente consideradas, que devem, individualmente, reunir condições para dele se beneficiarem. Apesar da possibilidade de pedido conjunto, cada sociedade deve atender aos requisitos legais, nos termos da doutrina já citada de Fábio Ulhoa Coelho.

*A apresentação do plano conjunto pode mascarar as condições de cada postulante, além de esta circunstância violar o princípio da *pars conditio creditorum*.*

Logo, não é razoável que, para o fim de alcançar um favor legal, o patrimônio de uma sociedade seja colocado à disposição de credores alheios a ela, que ao invés de concorrer apenas entre si, passam a disputar valores e direito de votos em assembleia com credores de outras sociedades, alterando o poder de decisão de cada classe e a capacidade de pagamento de cada empresa.

Mesmo considerando a hipótese de o patrimônio de uma empresa vir a fazer frente a obrigações de outra, através da desconsideração da personalidade jurídica, cuida-se efetivamente de uma exceção a ser verificada no caso concreto; jamais uma faculdade das próprias pessoas jurídicas, em uma espécie de benefício pela confusão patrimonial.

Destarte, procede a pretensão recursal, no ponto, porquanto a r. decisão agravada não determinou expressamente a apresentação dos planos de forma individualizada.

EMENTA QUE LEVOU ESTE JULGADO:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. LITISCONSÓRCIO ATIVO. APRESENTAÇÃO DE PLANO INDIVIDUALIZADO. MANUTENÇÃO DA POSSE DOS BENS.

1. Comprovada a existência de formação de grupo econômico, correto o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, nos termos do art. 48 da Lei n. 11.101/2005.

2. A intenção jurídica e social da recuperação judicial é exatamente viabilizar que a empresa monte um plano para saldar suas dívidas e prosseguir operando normalmente. Aplicação do princípio da preservação da empresa.

3. Necessidade de apresentação de plano individualizado para cada uma das recuperandas, sobretudo diante da observância ao princípio da *pars conditio creditorum*, a fim de preservar a votação somente pelos credores de cada empresa.

4. Possibilidade de manutenção da posse dos bens objeto de alienação fiduciária durante o período da recuperação. Observância ao princípio da preservação da empresa e manutenção da atividade produtiva (art. 47 da Lei n. 11.101/05).²⁶⁴.

Em ambos os casos foi assentada a impossibilidade de desconsideração da autonomia patrimonial das recuperandas. No mais, nos dois precedentes restou decidido que os credores seriam soberanos para decidir acerca da conveniência da consolidação no âmbito do processo da recuperação.

Embora sejam claras as divergências entre cada uma dessas posições, cumpre-nos destacar as razões que nos levam a escolhermos a corrente processualista.

Todo o discurso em torno da concepção contratualista do fenômeno da consolidação se assenta na premissa de que a autonomia objetiva sociedades recuperandas devem ser

²⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70065841918, Desembargadora Relatora: Isabel Dias Almeida, Julgado em 25 de agosto 2015.

respeitadas a todo custo. A repetição deste discurso de cunho formalista tergiversa importantes fatores da realidade dos grupos de sociedades em estado de crise.

A recuperação judicial foi criada para reequilibrar todos os interesses que orbitam em torno da empresa em crise. A nosso ver, a consolidação não deve decorrer da boa vontade dos credores, como sustentam os partidários da corrente contratualista mas, na verdade, é medida a que se impõe nos casos em que seja constatada uma crise que ameace a continuidade do grupo como um todo.

A recuperação impõe sacrifícios a todos os seus agentes envolvidos. Do mesmo modo que o incusso da recuperação judicial importará na convolação em falências dos seus impetrantes, a sua propositura em litisconsórcio ativo unitário, impõe sobre os credores deste processo o efeito procedimental da consolidação das listas de credores e a realização da assembleia única, a fim de evitar hajam distorções no procedimento.

A consolidação é uma consequência procedimental produzida pela formação do litisconsórcio unitário, com vistas a redimensionar o peso do voto dos credores em um processo de reestruturação grupal.

Feitas essas considerações, avança-se para as conclusões do trabalho.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi investigada a recuperação judicial dos grupos de sociedades e, mais precisamente, a figura do litisconsórcio ativo formado no âmbito deste processo. Tendo em vista todas as particularidades em torno deste tema, dividiu-se o presente trabalho em 3(três) diferentes partes:

No capítulo vestibular investigou-se a estrutura das sociedades. Nesta etapa, verificou-se que os grupos de sociedades surgiram com o intuito de segmentar os riscos e maximizar a expansão da atividade empresarial.

Embora os grupos de sociedades tenham sido concebidos para agirem de modo coordenado, verificou-se que, a depender do tipo de grupo haveria diferentes normas de governança a serem observadas.

Enquanto que nos ‘*grupos de direito*’, haveria uma verdade sujeição das sociedades grupadas ao “*interesse do grupo*”; nos “*grupos de fato*” impera a regra de que cada uma das sociedades grupadas deve buscar a maximização do seu interesse social individual (LSA, Art. 245).

O desvio daquilo que seria o melhor interesse social nos grupos de sociedades dá azo à propositura de reprimendas legais, como, por exemplo, é o caso da ação proposta contra a sociedade controladora por abuso de poder de controle, conforme os termos do Art. 254 c/c 116 da LSA. No primeiro capítulo também foram tecidas importantes considerações quanto ao conceito de *interesse social*, o qual deve ser compreendido como a função de gerenciar todos os interesses que orbitam dentro da sociedade de maneira justa.

No segundo capítulo fez-se uma explanação panorâmica acerca do procedimento de recuperação judicial. Nesta etapa introduziu-se o importante conceito de preservação da empresa, insculpido na norma-objetivo prevista no art. 47 da LRF, que funciona como norte de todo processo de recuperação judicial.

O conceito de preservação de empresa, embora possua certa relação com a ideia de soerguimento do empresário em crise, não se confunde com esse.

Isto porque, conforme demonstrado ao longo da pesquisa, o espírito da lei é no sentido de preservar a empresa até mesmo nos casos em que é decretada a falência do devedor.

Ato contínuo à explanação em torno do conceito de preservação de empresa, no capítulo três foram apresentadas as diferentes correntes em torno da natureza jurídica da recuperação judicial.

Embora este tipo de discussão, de cunho eminentemente teórico, possa parecer de pouca utilidade prática, percebeu-se sua enorme influência na interpretação de alguns fenômenos que ocorrem dentro da recuperação judicial, especialmente no que tange ao fenômeno da consolidação.

Aderiu-se, assim, à concepção processualista em torno da natureza jurídica da recuperação, pois, embora o procedimento seja demarcado por ampla negociação formulada entre devedor (es) e credor(es), a concessão da recuperação judicial depende da prolação de sentença pelo magistrado. Tal característica, ao nosso ver, faz predominar a natureza processual sobre a contratual.

Entre os aspectos procedimentais mais relevantes do processo da recuperação judicial observados no capítulo dois, o de maior relevância foi a explicação da regra de competência absoluta do principal estabelecimento, a qual é definida a partir da análise de elementos materiais.

No capítulo derradeiro da dissertação, o qual endereçou a questão da recuperação judicial dos grupos de sociedades, separou-se os aspectos materiais dos processuais. Após a explanação isolada de cada um desses, foram tratadas em um tópico próprio a influência que o direito processual exerce sobre o direito material e vice-versa.

Como aspectos materiais a serem investigados na recuperação dos grupos de sociedades, investigou-se a crise e seus efeitos nestas estruturas. Neste momento do trabalho, foi demonstrada a relatividade do conceito jurídico de autonomia patrimonial, bem como foram exploradas as vulnerabilidades existentes nos grupos de sociedades.

Em um segundo momento, foram apresentados os elementos que devem ser considerados pelo grupo de sociedades antes da proposição, ação de recuperação judicial, que são:

- (i) os custos;
- (ii) o risco de convolação da recuperação judicial em falência;
- (iii) a análise dos tipos de contingência existentes contra as sociedades do grupo, se se trata de crédito sujeito à recuperação ou não.

Ainda sobre os aspectos materiais, foram mencionadas as consequências jurídicas decorrentes da deliberação que autoriza as sociedades devedoras a impetrarem recuperação judicial. Conforme demonstrado, a decisão que autoriza a sociedade a requerer sua

recuperação judicial, ao mesmo tempo em que permite a prática deste ato, também subordina o interesse social ao interesse na preservação de empresa.

Embora ambos os interesses tenham objetivos parecidos (coordenação de interesses que orbitam da empresa), o interesse da preservação da empresa permite a participação de um número maior de agentes em sua fiscalização.

Finalizada a exposição em torno dos aspectos materiais a serem considerados, foram apresentados os aspectos, por assim dizer, puramente processuais da recuperação judicial. Nesta etapa foi introduzida a explicação acerca do cabimento do litisconsórcio neste tipo de processo, bem como da compatibilização de sua aplicação com a regra do principal estabelecimento.

A conclusão obtida nesta etapa é no sentido de que a utilização do litisconsórcio na recuperação judicial estaria restrita aos casos em que haja vínculo de controle entre as sociedades integrantes do grupo econômico.

Ato contínuo, a regra do principal estabelecimento, quando transposta para o litisconsórcio formado por sociedades integrantes do mesmo grupo, seria o local do estabelecimento do controlador.

No último capítulo foram apresentados os possíveis efeitos produzidos no processo de recuperação judicial em razão da formação de litisconsórcio neste. O primeiro tema investigado foi a distinção entre os efeitos da formação do litisconsórcio unitário do litisconsórcio simples. Enquanto no primeiro a reprovação do plano por uma das assembleias de devedores importaria na decretação de falência das demais sociedades, no segundo seria possível a separação de destinos em caso de rejeição

Ademais, verificadas as nuances dos litisconsórcios unitário e simples, defendeu-se que nos processos de recuperação judicial seria mais conveniente o uso do litisconsórcio nos casos em que houvesse um litisconsórcio unitário.

Em um segundo momento, foi introduzida discussão em torno da conveniência de apresentação de um plano único pelas sociedades devedoras.

O plano único, conforme demonstrado, consiste em uma técnica de organização que pode lançar mão o devedor durante a recuperação judicial. Não há vedação legal para sua utilização e ela traz, sem sombra de dúvidas, uma boa carga de transparência à recuperação dos grupos de sociedades.

No entanto, a utilização do plano único pode se mostrar inconveniente nos casos em que não haja litisconsórcio unitário. Isto porque, em processos cujo provimento judicial pode ser díspare, há o risco de conviverem situações em que o plano de recuperação judicial

votado seja aprovado em uma assembleia e rejeitado em outra, algo que causaria enorme desorganização procedimental.

A última questão tratada na pesquisa foi o fenômeno da consolidação. A consolidação, para os fins desta pesquisa, nada mais é do que um dos efeitos produzidos pelo litisconsórcio unitário nos processos de recuperação.

Na esfera patrimonial, as sociedades devedoras quando postulam sua recuperação judicial, formando um litisconsórcio ativo unitário, elas estão unificando o destino de todas as sociedades membros do grupo. Por outro lado, como uma consequência lógica deste tratamento unitário que deverá ser dispensado às sociedades, consolida-se a lista de credores, unicamente, para fins de votação, de modo a conferir um tratamento igualitário a todos os credores, em um processo de proporções grupais.

A consolidação é medida de cunho estritamente organizativo do procedimento de recuperação judicial, não tendo qualquer influência sobre a conformação patrimonial dos credores.

Tal conclusão ganha força, especialmente quando analisado os termos do §2º do art. 61 da Lei nº 11.101/2005, o qual dispõe que em caso de convolação da recuperação em falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação.

Defender a manutenção do estado de consolidação mesmo após a decretação de falência, necessariamente, seria negar vigência ao dispositivo legal. No mais, mantendo a coerência com o que foi defendido ao longo do trabalho, cabe ao juiz decidir acerca da conveniência de se promover ou não a consolidação.

São os elementos do direito material verificados no caso concreto que definirão se o litisconsórcio é simples ou unitário. Por essa razão, embora a consolidação seja um fenômeno decorrente da formação do litisconsórcio unitário, dificilmente no momento do processamento, o juiz terá condição de decidir se o litisconsórcio formado merece um tratamento uniforme ou não.

Por essa razão, defende-se que na ocasião do processamento o magistrado tão somente decida acerca do cabimento daquele litisconsórcio.

Posteriormente, após a oitiva do administrador judicial, deverá o magistrado se pronunciar se aquele litisconsórcio formado na recuperação comporta classificação simples ou unitária, podendo este requerer parecer do administrador judicial ou, até mesmo, a realização de perícia para ajudá-lo nesta decisão.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. **Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio e à ação de dissolução parcial**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Vega Lda, 1998.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**: introduzione e teoria dell'impresa. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. **Corso di diritto commerciale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**, v. 41, n. 1, 1943.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio Machado. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: 2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Terceira Turma, Recurso Especial “REsp 1.258.751”, Ministra Nancy Andrighi, julgado em 09 de agosto de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Agravo Regimental no Conflito de Competência “AgRg no CC 111.614, 2”. Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 10 de novembro 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Conflito de Competência “CC 91047 / SP”, Ministro Relator Massami Uyeda, julgado em 25 de novembro de 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial “REsp 1006093 DF (2006/0220947-8 2002/0155087-3)”, Ministra Relatora Antônio Carlos Ferreira, julgado em 16 de outubro de 2014

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência nº 21775/DF, 2ª Seção, Min. Relator. Bueno de Souza, julgado em 04 de junho de 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.314.209-SP (2012/0053130-7), Quarta Turma, Ministra Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22 de maio 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Conflito de Competência "CC 10143/SP", Min. Rel. Waldemar Zveiter, julgado em 14 de dezembro de 1994.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Conflito de Competência "CC 37736 SP 2002/0155087-3", Ministra Relatora Nancy Andrichi, julgado em 16 de agosto de 2004

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Agrg no Resp 1463148/SE, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, julgado em 08 de setembro 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial "Resp 131.300", Min. Rel Waldir Passarinho, julgado em 15 de maio de 1995.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: 1997.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

BUONOCORE, Vincenzo. **L'impresa**. Torino: Giappichelli, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice**. Pádua: Cedam, 1943.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1945. v. 1.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

CAVALLI, Cassio Machado. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. 2012. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/55327/000856780.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. **Empresa, passado, presente, futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier; FGV, 2012.

_____. **Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CEREZETI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação de empresa na lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Malheiros.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **A reforma da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Do litisconsórcio unitário no sistema do Código de processo civil. **Justitia**, v. 35, n. 82, p. 63–96, jul./set., 1973

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DE LUCCA, Newton et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 9.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário facultativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Litisconsórcio**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

EIZERIK, Nelson. **A nova lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros, 1993.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coord.). **Temas de direito empresarial e outros estudos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

FUX, Luiz. **Teoria geral do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GALGANO, Francesco. **Storia del diritto commerciale**. 2. ed. Bolonha: Società Editrice il Mulino, 1980.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito comercial**: apontamentos. Curitiba: Juruá, 1999.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1966.

GRAU, Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LACERDA, Jozé Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. **Advocacia de empresas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LOBO, Jorge Joaquim. **Direito concursal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 19.

_____. **Direito empresarial**. Rio de Janeiro: Escritório de Advocacia Jorge Lobo, 2000.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da lei de recuperação de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. **O poder de controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0568604-31.2014.8.13.0000, Desembargador Relator Marcelo Rodrigues, julgado em 28 de Abril de 2015.

MOSSA, Lorenzo. **L'impresa nell'ordine corporativo**. Firenze: Sansoni, 1935.

MUNHOZ, Eduardo Sechi. **Aquisição de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAJARDI, Piero. **Manuale di diritto fallimentare**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 1.

REHME, Paul. **História universal del derecho mercantil**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. 3ª vara empresarial. Recuperação Judicial da OSX (Processo nº -159941-90.2014. 8.19.0001). Parecer do Ministério Público Estadual de lavra do promotor Anco Marcio Valle fls. 345-360.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70065841918, Desembargadora Relatora Isabel Dias Almeida, julgado em 25 de agosto 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2123667-67.2015.8.26.0000, Desembargador Relator Fabio Tabosa, julgamento em 16 de novembro de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 1ª Câmara reservada à falência e recuperação judicial Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, Des. Relator. Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 28 de fevereiro de 2012.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento 571.985-4/9-00, Desembargador Relator Romeu Ricupero, julgado em 29 de outubro de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Câmara Reservada à Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento 571.985-4/9-00. Desembargador Relator Romeu Ricupero. Julgado em 29 de outubro de 2008.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento nº: 20410378520148260000 SP 2041037-85.2014.8.26.0000, Desembargador Relator Francisco Loureiro, julgado em 25 de setembro de 2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento nº 0281187-66.2011.8.26.0000. Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 28 de julho de 2012.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara reservada de direito empresarial. Agravo de instrumento nº 2215135049.29.2014.8.26.0000 Desembargador relator Teixeira Leite, julgado em 25 de março de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara reservada de direito empresarial. Agravo de instrumento nº 2183899-79.2014.8.26.0000, Desembargador relator Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 29 de abril de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Falência e Recuperação. Agravo de Instrumento nº 461.740.4/4-00. Rel. Des. Pereira Calças, julgado em 27 de março 2007.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais - Foro Central Cível. Decisão Interlocutória de fls. 652/653 da Recuperação Judicial nº 1030812-77.2015.8.26.0100, Magistrado Daniel Carnio Costa, julgado em 17 de abril de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 2ª Câmara reservada de direito empresarial. Agravo de instrumento nº 2084295-14.2015.8.26.0000, Desembargador relator Carlos Alberto Garbim, julgado em 31 de Agosto de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Câmara Especial de Falências e recuperação judicial. Agravo de instrumento nº 0346981-05.2009.8.26.0000, Desembargador Relator Manoel de Queiroz Pereira Calças, julgado em 15 de setembro de 2009.

SOUZA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência:** lei 11.101/2005: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise.** São Paulo: Campus, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **O Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial.** São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 2.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale.** 5. ed. Milano: Vallardi, 1934. v. 1.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro. **Regime especial da sociedade anônima simplificada**. São Paulo: Saraiva, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). **Processo societário II**: adaptado ao novo CPC: lei nº 13. 105/2015. São Paulo: Quartier Latin, 2015.