

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Credores Negociais sujeitos à Recuperação Judicial e a Consolidação Substancial

Gustavo Miranda Schlösser

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 17.10.2020

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

A presente pesquisa tem por objeto a consolidação substancial na recuperação judicial de sociedades integrantes de grupo econômico e seus efeitos sobre os credores. Seu objetivo é identificar as melhores práticas a serem adotadas por credores negociais potencialmente sujeitos à recuperação judicial ao tratarem com sociedades que integram grupos econômicos.

Entende-se por consolidação substancial a superação da autonomia patrimonial das recuperandas em litisconsórcio ativo de recuperação judicial, decorrente da aprovação de plano de recuperação único¹. Essa consolidação substancial, portanto, gera efeitos expressivos no âmbito obrigacional das sociedades do Grupo Econômico, efeitos que podem ser positivos, neutros ou negativos, conforme a situação do credor.

Desde a explosão da informática na década de 80 do século passado, acelerada pela dispersão da internet na década seguinte, a economia global vem gradualmente migrando de uma economia industrial para uma economia de serviços, na qual os dados assumem importância cada vez maior. Efeito ilustrativo dessa tendência é o aumento da presença das chamadas gigantes da tecnologia entre as maiores corporações mundiais. Em paralelo a essa tendência, mantém-se o crescimento e a concentração das grandes corporações em geral, iniciado no término da Segunda Guerra Mundial².

A primeira característica da Nova Economia – conforme expressão inaugurada pela *Time* em 1983 – é fonte de grande preocupação por parte de políticos e juristas. Questões como a tributação das corporações multinacionais³, o enquadramento de softwares como

¹ MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação Substancial e Convenções Processuais na Recuperação Judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 78, p. 219-228, out/dez 2017. p. 220.

² LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 763, p. 22-46, maio 1999, p. 23; e WALD, Arnoldo. Caracterização do grupo econômico de fato e suas consequências quanto à remuneração dos dirigentes de suas diversas sociedades componentes. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 25, p. 145-161, julho-setembro 2004, p. 145.

³ A exemplo da bilionária penalidade que a União Europeia buscou aplicar à multinacional Apple, em razão de supostos benefícios fiscais ilegais outorgados pela República da Irlanda. Depois de anos de litígio, o caso acabou sendo julgado em favor da companhia. Acesso em 27/07/2020: <https://www.dw.com/en/apple-ireland-tax-eu/a-54182473>

produto ou serviço⁴ e a proteção dos dados pessoais⁵ estão no centro de debates nos órgãos legislativos e judiciais. Novas realidades sociais decorrentes dessas evoluções tecnológicas demandam respostas que o Direito tem dificuldade para encontrar.

O tema de pesquisa situa-se, em parte, na outra característica da economia contemporânea, uma tendência presente no auge das grandes corporações industriais e que ainda se perpetua: o crescimento e a concentração das sociedades empresárias. Com foco nos ganhos obtidos com uma economia de escala e, por vezes, em maior controle sobre a cadeia produtiva e de comercialização, as grandes empresas nacionais e multinacionais perceberam que o crescimento orgânico da operação por si só é insuficiente para atingir tais objetivos. Assim, aliaram ao crescimento interno da sociedade a expansão externa⁶, mediante fusões e aquisições de empresas alinhadas a seus objetivos, tornando-se verdadeiros conglomerados de sociedades controladoras, controladas e coligadas, denominados genericamente de Grupos Econômicos.

Apesar da relevância do fenômeno econômico, a questão dos Grupos Econômicos não foi objeto de apreciação pelo legislador pátrio quando da elaboração da Lei nº 11.101/2005. Nos Tribunais, contudo, pacificou-se o entendimento do cabimento do litisconsórcio ativo, ora previsto no artigo 113 do CPC, no pedido de recuperação judicial, formulado por sociedades integrantes do mesmo grupo econômico. O fenômeno é denominado consolidação processual na recuperação judicial⁷.

Paralelamente à consolidação processual, que não comporta maiores desafios, presentes os requisitos que vêm sendo construídos na jurisprudência, dentre os quais a configuração de Grupo Econômico, os Tribunais têm aceitado a supracitada consolidação substancial. O tema é recente, carece de previsão legal específica e não há consenso jurisprudencial acerca dos seus requisitos e forma de implementação⁸. Face às incertezas, os credores negociais potencialmente sujeitos a pedido de recuperação judicial de grupo econômico carecem de referências para pautar suas transações com tais devedores, razão do presente estudo.

Diferente do que ocorre no Brasil, onde a consolidação substancial vem sendo discutida há pouco mais de 10 anos, nos Estados Unidos o tema é objeto de debate nos Tribunais há 80 anos. Guardadas as particularidades de cada sistema, assim como buscou-se importar o instituto da *reorganization* do direito norte-americano, que serviu como referência para a recuperação judicial da Lei nº 11.101/2005, salutar será a avaliação da *substantive*

⁴ DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE DIREITO. PROGRAMAS DE COMPUTADOR PERSONALIZADOS (SOFTWARE). INCIDÊNCIA DE ISS. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.

(RE 688223 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

⁵ Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), conforme redação dada pela Lei nº 13.853/2019.

⁶ LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 763, p. 22-46, maio 1999, p. 23.

⁷ MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação Substancial e Convenções Processuais na Recuperação Judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 78, p. 219-228, out/dez 2017. p. 220.

⁸ PUGLIESI, Adriana Valéria; CALVO, Bianca Barcena. Consolidação substancial e o caráter negocial da recuperação judicial: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 11, jan/mar 2019. p. 9.

consolidation, sua evolução, pressupostos e as discussões ainda presentes nas cortes e na doutrina americanas.

Nos EUA, a consolidação substancial foi fruto de criação jurisprudencial, que teve início sob argumentos adotados na teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁹. Segundo Sargent, na fase inicial da adoção da consolidação substancial, ainda sem estar sob este nome específico, os Tribunais apontavam rigorosos requisitos para sua aplicação, a exemplo do caso *Fish v. East*, de 1941¹⁰:

- (i) *The parent owns all or a majority of the capital stock of the subsidiary;*
- (ii) *There are common directors and officers;*
- (iii) *The parent corporation finances the subsidiary;*
- (iv) *The parent corporation is responsible for incorporation of the subsidiary;*
- (v) *The subsidiary has grossly inadequate capital;*
- (vi) *The parent company pays the salaries or expenses or losses of the subsidiary;*
- (vii) *The subsidiary has no independent business from the parent;*
- (viii) *The subsidiary is commonly referred to as a subsidiary or as a department or a division of the parent;*
- (ix) *Directors and executive officers of the subsidiary do not act independently but take direction from the parent; and*
- (x) *The formal legal requirements of the subsidiary as a separate and independent corporation are not observed.*

Do seu nascimento no início da década de 1940 até a década de 1960, a consolidação substancial nos Estados Unidos baseava-se em princípios gerais da Common Law, não constituindo uma teoria própria do direito falimentar. Sua construção autônoma iniciou-se em 1966, com o julgamento *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*. Porém, apesar dos mais de 50 anos, a teoria ainda é cercada de incertezas e, quando se distânciamos dos institutos mais consolidados nos quais busca apoio, a exemplo da *veil-piercing* e da *fraudulent conveyance*, perde força, mostrando indícios de sua fragilidade como teoria autônoma¹¹.

Gradualmente, os requisitos impostos para se concretizar a consolidação substancial foram flexibilizados pelos Tribunais norte-americanos, a ponto da teoria que surgiu como exceção à *entity shielding* mostrar-se hoje como regra¹². As consequências daí decorrentes são expressivas, pois afetam as avaliações de risco dos agentes econômicos e, por consequência, o

⁹ TUCKER, J. Maxwell. *Grupo Mexicano and the Death of Substantive Consolidation*. American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 8, n. 2, Winter 2000, p. 427-452. HeinOnline. p. 427-8.

¹⁰ SARGENT, Patrick C. *Bankruptcy Remote Finance Subsidiaries: The Substantive Consolidation Issue*. Business Lawyer (ABA), vol. 44, n. 4, 1988-1989, p. 1223-1242. HeinOnline. p. 1224-5.

¹¹ BAIRD, Douglas G. "Substantive Consolidation Today." Boston College Law Review, vol. 47, n. 1, December 2005, p. 5-22. HeinOnline. p. 16, 20 e 21.

¹² GRAULICH, Timothy E. *Substantive Consolidation - A Post-Modern Trend*. American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 14, n. 2, Winter 2006, p. 527-566. HeinOnline. p. 528-9.

custo do crédito, em especial nas operações de securitização¹³, que perfaziam uma alternativa menos custosa precisamente por causa da segregação de ativos.

Para Baird, o instituto da consolidação substancial perfaz uma solução eficiente para situações nas quais a identificação da titularidade dos ativos e a alocação das obrigações é impossível ou, no mínimo, muito custosa. Por outro lado, não pode ser aplicado com o único propósito de redistribuir recursos entre os credores, contrariando as regras de separação patrimonial das entidades envolvidas. Em especial, deveriam ser respeitados os mecanismos adotados pelos credores com o propósito específico de segregar seu crédito em relação às demais entidades interrelacionadas com a devedora¹⁴, cuja identificação perfaz o principal objetivo deste trabalho.

Distinção relevante quanto à consolidação substancial no Brasil e nos EUA diz respeito ao âmbito de aplicação do instituto. Enquanto nas cortes norte-americanas a teoria é aplicável aos processos de falência e de *reorganization* (recuperação judicial), no Brasil os debates têm ficado restritos quase que exclusivamente aos processos de recuperação judicial. A observação importa porque a falência no Brasil pode ser requerida por credores e pelos próprios devedores, mas a recuperação judicial é de iniciativa exclusiva dos devedores, assim como a delimitação do polo ativo e a busca ou não pela consolidação substancial – a aprovação, por sua vez, toca aos credores, apesar das discussões envolvendo a questão.

A consolidação substancial requerida pelos devedores subverte a lógica da separação e da autonomia patrimonial das sociedades buscada pelos próprios devedores quando da criação da estrutura societária. Guardadas as devidas proporções, pois, geralmente, a consolidação substancial não acarreta a responsabilização dos sócios últimos da estrutura, ou seja, as pessoas naturais, é como se o grupo econômico buscasse a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em relação a si mesmo. Tal conduta joga exacerba o conflito de interesse dos credores de sociedades distintas, que de outra maneira apenas em situações extremas estariam preocupados com o destino de sociedades do grupo econômico com as quais não guardam relação.

Nesse contexto, o presente trabalho visa identificar as situações nas quais as sociedades integrantes de grupos econômicos podem ser demandadas por obrigações que não as vinculam diretamente, fora do âmbito da recuperação, as condições para que o grupo econômico obtenha a aprovação de sua consolidação substancial no âmbito de uma recuperação judicial e quais os institutos jurídicos que os credores negociais sujeitos à recuperação judicial podem adotar com vistas a evitar possíveis agravamentos da sua perspectiva de recebimento em face de uma potencial consolidação substancial.

O modelo de pesquisa predominante escolhido para a realização do trabalho foi a pesquisa exploratória, centrada no estudo da jurisprudência e da doutrina nacional e norte-americana. A delimitação do tema refere-se (i) à recuperação judicial, em oposição à falência e à recuperação extrajudicial, (ii) à situação dos credores negociais, em oposição a todos os credores sujeitos à recuperação judicial, e (iii) às condutas passíveis de serem adotadas pelos referidos credores nas fases pré e intra-recuperação judicial, visando a eliminação ou a

¹³ LAHNY, Peter J. IV. *Asset Securitization: A Discussion of the Traditional Bankruptcy Attacks and an Analysis of the Next Potential Attack, Substantive Consolidation*. American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 9, no. 2, Spring 2001, p. 815-886. HeinOnline. p. 859.

¹⁴ WIDEN, William H. *Corporate Form and Substantive Consolidation*. George Washington Law Review, vol. 75, n. 2, February 2007, p. 237-328. HeinOnline. p. 280, 292 e 273-4.

mitigação dos potenciais prejuízos decorrentes da consolidação substancial das sociedades do grupo econômico em relação às quais detém crédito.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

- a) Quais as situações nas quais o devedor de credor negocial pode responder por obrigações de outras entidades componentes do grupo econômico do qual faz parte?
- b) Quais são os requisitos para a configuração de grupo econômico para fins de pedido conjunto de recuperação judicial (litisconsórcio ativo)? Aplicam-se os mesmos requisitos para a hipótese das recuperandas buscarem a consolidação substancial em sede de recuperação? Caso contrário, quais são esses requisitos?
- c) Presentes os requisitos necessários à consolidação substancial, pode o juiz determinar a consolidação ou a escolha cabe exclusivamente aos credores? Cabendo aos credores, a votação dá-se de forma conjunta ou separada, conforme o vínculo com cada uma das recuperandas?
- d) Concedida a recuperação judicial mediante plano que preveja a consolidação substancial, a decretação da falência de uma sociedade necessariamente abarcará as demais?
- e) Quais os cuidados que podem ser tomados pelo credor negocial potencialmente sujeito à recuperação judicial a fim de evitar ou mitigar os potenciais prejuízos decorrentes de uma consolidação substancial, no momento da contratação, previamente ao pedido de recuperação e após o deferimento do pedido de recuperação?

O trabalho será dividido em três partes. A primeira tratará dos grupos econômicos no ordenamento e na jurisprudência, buscando identificar quais as situações de risco para o credor negocial independentemente de eventual pedido de recuperação judicial que englobe seu devedor.

A segunda tratará especificamente da consolidação substancial em sede de recuperação judicial. Buscar-se-á verificar os parâmetros adotados pelos Tribunais para fins de autorização da consolidação substancial e quais os seus efeitos para os credores negociais, inclusive em relação às possíveis formas de responsabilização coletiva prévias à recuperação, que serão tratadas no item anterior.

Por fim, dos resultados obtidos com a pesquisa, verificar-se-á se há possibilidade do credor negocial minorar seu risco nas relações com partes integrantes de grupos econômicos e, caso afirmativo, quais seriam tais mecanismos.

Tratando-se o tema de questão eminentemente doutrinária e jurisprudencial, as fontes de pesquisa seguirão a mesma linha. A parte do tema relativa aos grupos econômicos possui expressiva produção na doutrina nacional e estrangeira. Por sua vez, a produção científica

sobre a questão da consolidação substancial em sede de recuperação judicial é exígua no Brasil, motivando a pesquisa junto a fontes norte-americanas.

Considerando o objetivo final da pesquisa tratar da identificação de melhores práticas para as negociações de credores sujeitos à recuperação judicial frente a sociedades integrantes de grupos econômicos, far-se-á necessária também a pesquisa, num segundo momento, à doutrina nacional quanto aos referidos institutos.

Dessa forma, às fontes de pesquisa poderão ser acessadas mediante busca a bibliotecas físicas e virtuais e às bases de dado do Poder Judiciário, hoje quase plenamente digital.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Como exposto no item 1 acima, parcela significativa da nossa economia é desenvolvida sob o manto de grandes corporações. Por sua vez, o tema dos grupos econômicos tem impacto expressivo nas relações obrigacionais das sociedades integrantes do grupo. Apesar de algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais pontuais ainda se fazerem presentes (a exemplo da inclusão das coligadas no grupo econômico de fato e da solidariedade ou não das sociedades do grupo perante obrigações tributárias), o entendimento acerca dos grupos econômicos vinha se consolidando.

Todavia, à medida que nossos Tribunais passaram a aceitar, além da consolidação processual, a consolidação substancial na recuperação judicial, o tema dos grupos econômicos voltou a demandar atenção dos operadores jurídicos. Os efeitos da consolidação substancial em relação aos credores de sociedades integrantes de grupos econômicos são expressivos, face a majoração do risco.

Considerando a novidade do tema, são esparsos os artigos e ainda mais raros os trabalhos de pós-graduação *stricto sensu* a tratarem do tema. A questão tem se desenvolvido na prática dos Tribunais, de forma insuficiente, até o momento, para orientar o comportamento dos credores negociais frente a sociedades integrantes de grupo econômicos.

Por esse motivo, o debate e a pesquisa de forma estruturada, no âmbito de reconhecida instituição de ensino, são fundamentais neste momento incipiente para o desenvolvimento do instituto. A crise pela qual estamos passando torna ainda mais premente a busca por segurança jurídica no âmbito do Direito Concursal.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

A minha experiência profissional como advogado atuante no ramo empresarial, principalmente em atividades consultivas, mas também em sede de recuperação judicial, possibilitou o contato frequente com as questões práticas e teóricas relacionadas ao tema. Em paralelo, à medida que a companhia de capital aberto, antes sociedade familiar da minha família, buscou a sua recuperação judicial, pude acompanhar de perto os efeitos que o processo tem sobre todas as partes envolvidas, de acionistas controladores e minoritários e membros da administração até os credores.

5. Bibliografia preliminar

BAIRD, Douglas G. Substantive Consolidation Today. *Boston College Law Review*, vol. 47, n. 1, December 2005, p. 5-22. HeinOnline.

CAMPOS, Leonardo Nuñez; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. Grupo Econômico e Responsabilidade Tributária – Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 124, p. 47-65, setembro-outubro 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume, tomo II*. 5. ed. São Paulo, Saraiva: 2014.

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

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo, Malheiros: 2012.

GRAULICH, Timothy E. Substantive Consolidation - A Post-Modern Trend. *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 14, n. 2, Winter 2006, p. 527-566. HeinOnline.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. *Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada*. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

LAHNY, Peter J. IV. Asset Securitization: A Discussion of the Traditional Bankruptcy Attacks and an Analysis of the Next Potential Attack, Substantive Consolidation. *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 9, no. 2, Spring 2001, p. 815-886. HeinOnline.

LIMA NETO, José Gomes de. *Atribuição de responsabilidade tributária das empresas do mesmo grupo econômico e suas limitações nos planos constitucional e infraconstitucional*. 2017. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC-SP, São Paulo, 2017. p. 132-3.

LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 763, p. 22-46, maio 1999.

MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação Substancial e Convenções Processuais na Recuperação Judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 78, p. 219-228, out/dez 2017.

MOZELLI, Laura Sarti. *Recuperação judicial de grupo de sociedades: a consolidação e sua aplicação no direito brasileiro*. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

