XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO EMPRESARIAL I

SANDRO MANSUR GIBRAN

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Roney José Lemos Rodrigues de Souza, Sandro Mansur Gibran – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-315-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Empresarial. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO EMPRESARIAL I

Apresentação

A produção de materiais científicos acerca dos mais diversos temas das ciências sociais aplicadas demonstra fortemente a capacidade transformadora e evolutiva que a formação do saber imprime à sociedade. A constante formulação de pesquisas permite-nos analisar criticamente a realidade socioeconômica em que vivemos, comparando-a ao passado e, assim, possibilitando maiores avanços futuros. Os eventos voltados à produção científica e ao debate reafirmam sua importância na medida em que estão intimamente atrelados à transformação social e, assim, possibilitam o efetivo avanço do ser humano.

Este vigésimo quinto congresso do CONPEDI, ocorrido em Curitiba, teve como principal tema "A Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos autores sociais no Estado Democrático de Direito".

O grupo de trabalho de Direito Empresarial I, do qual tivemos o privilégio de participar, cumpriu com maestria sua função de produzir material de qualidade, voltado à análise crítica dos fatores sociais, jurídicos, políticos e filosóficos atrelados aos temas propostos, reforçando novamente a ideia de que a sociedade se beneficia diretamente com a produção de conhecimento.

Os 14 (quatorze) trabalhos apresentados englobaram uma ampla gama de temas relacionados ao direito empresarial como, por exemplo, a análise do conceito de empresa social, ainda não regulamentada no Brasil, seu funcionamento e a possibilidade de criação deste instituto em nossa realidade jurídica. Nesse contexto, o artigo intitulado "A Empresa Social Perante os Institutos Jurídicos Societários Positivados na Legislação Brasileira e o Contexto Internacional" trouxe grande contribuição.

Em "A Formação de Cartéis e a Proposição de Acordos de Leniência por Parte das Empresas Autoras de Infração à Ordem Econômica", foram indicados os aspectos que compõem o conceito de cartel, bem como suas consequências ao bom desenvolvimento econômico de uma nação e, assim, relacionou-se tal prática aos acordos de leniência propostos por empresas transgressoras da ordem econômica.

Diante de um cenário de forte desenvolvimento empresarial proporcionado pelas novas tecnologias, o trabalho intitulado "A Natureza Jurídica das Incubadoras e Aceleradoras e suas

Relações Contratuais com as Start-Ups" examinou a natureza jurídica das start-ups, bem como das chamadas incubadoras e aceleradoras, analisando os contratos que tais empresas formulam entre si e, ainda, sugerindo parâmetros à interpretação de tais contratos.

Vislumbrando o cenário de mudança legislativa trazido pelo Novo Código de Processo Civil, o trabalho "A Recuperação Judicial à Luz do Novo Código de Processo Civil Brasileiro" buscou demonstrar que a adoção do novo diploma processual civil permitiu uma leitura mais atual dos processos de recuperação judicial capaz de, casuisticamente, trazer benefícios à sociedade.

Os títulos de crédito também foram objeto de estudo neste encontro do CONPEDI. Em "A Relevância dos Títulos de Crédito do Agronegócio para o Financiamento Privado desse Setor no Brasil", examinou-se a importância dos títulos do agronegócio trazidos pela Lei n 11.076 /2004 para o avanço do setor agropecuário.

Além disso, também foi objeto de análise crítica o instituto da recuperação judicial, tendo como enfoque a alienação patrimonial. Nesse contexto, "Alienação Patrimonial e Outros Males: Percalços à Sustentabilidade da Recuperação Judicial" objetivou investigar a viabilidade da alienação de bens do empresário ou da sociedade com vistas à recuperação de eventual crise proporcionada pelo atual cenário político-econômico.

O setor financeiro e o vasto número de litígios a ele relacionado foi objeto de estudo em "Contratos Financeiros – das Garantias Contratuais – Garantias Reais e Taxas de Juros – do Abuso no Exercício de Direito", o qual explorou as características do sistema de créditos nacional e suas consequências no mercado.

Trazendo viés filosófico, sociológico e jurídico-empresarial, o artigo "Ética Empresarial: as Condicionantes do Comportamento Humano e o Crescimento Econômico como Condicionante de Conduta Ética" teceu análises acerca das condicionantes do comportamento humano, analisando-se a possibilidade de correção de desvios éticos no dia-a-dia empresarial.

Em "Insolvência Transnacional – uma Abordagem Meio de Estudo de Casos – Recuperação Judicial Transnacional" buscou-se analisar a fixação de competência para deferimento de recuperação judicial de grupos com empresas sediadas fora do território nacional, o papel do magistrado nesse contexto e, ainda, a necessidade de regulação da matéria com vistas a proporcionar maior clareza e segurança jurídica às empresas.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade em situações relativas à dissolução irregular de empresas de responsabilidade limitada, foi didaticamente abordado em “Linhas gerais da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Dissolução Irregular da Empresa”. Na oportunidade, foram destacados os impactos trazidos pela aplicação do Novo Código de Processo Civil ao instituto.

Em “Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial”, analisou-se a possibilidade de um grupo econômico formular apenas um pedido de recuperação judicial, o qual abrangesse todas as suas companhias. Assim, buscou-se analisar quais os eventuais benefícios e/ou prejuízos causados pelo processamento da recuperação judicial em litisconsórcio.

Tendo em vista a importância das cooperativas no cenário atual, bem como o desenvolvimento social por elas proporcionado, o artigo “O Fundo Garantidor do Cooperativismo de Crédito – FGCOOP – e sua Natureza Securitária” afirmou a importância da discussão acerca da natureza jurídica do FGCOOP, com vistas a estabelecer os limites da responsabilização deste fundo garantidor.

Na sequência, o mercado financeiro e sua organização estrutural foram objetos de análise em “Os Arranjos Jurídico-Institucionais do Mercado Financeiro no Contexto do Capitalismo Financeirizado”. Com este estudo, buscou-se investigar as diversas características da globalização econômico-financeira, relacionando-as ao sistema jurídico aplicável ao mercado de capitais.

Por fim, o trabalho intitulado “Penhora de Quotas por Dívida Particular de Sócio: Evolução Histórico-Legislativa” contribuiu no sentido de propor a análise histórica acerca da penhora das quotas do sócio e indicar seus efeitos na affectio societatis.

Naturalmente, diante da importante contribuição trazida pelos pesquisadores, pode-se concluir que a principal função acadêmica, qual seja, a de promover e consolidar novas respostas ao convívio em sociedade foi observada e cumprida. Os produtos gerados por ocasião dos trabalhos apresentados e dos debates que lhes seguiram reafirmaram a importância da pesquisa, vista nesse contexto como um efetivo instrumento de transformação social.

Prof. Dr. Sandro Mansur Gibran - UNICURITIBA

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza - UNICAP

INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL – UMA ABORDAGEM MEIO DE ESTUDO DE CASOS – RECUPERAÇÃO JUDICIAL TRANSNACIONAL

INSOLVENCY TRANSNATIONAL - A CASE STUDY APPROACH THROUGH - JUDICIAL RECOVERY TRANSNATIONAL

Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves
Sandro Mansur Gibran

Resumo

O principal ponto abordado no presente trabalho a fixação de competência para deferimento de recuperação judicial de grupos econômicos com empresas sediadas fora do território brasileiro. O papel ativo do julgador para a conjugação de normas que visem atender a demanda atual sobre o assunto. A necessidade de regulamentação da matéria ante o risco da insegurança jurídica.

Palavras-chave: Insolvência transnacional, Recuperação judicial, Oi s.a, Oxg, Varig s.a, Uncitral

Abstract/Resumen/Résumé

The main issue addressed in this study the establishment of competence for judicial recovery differing economic groups with businesses located outside of Brazil. The active role of the judge to the combination of rules that aim to meet current demand on the subject. The need for regulation of the matter at the risk of legal uncertainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transnational insolvency, Bankruptcy, Oi s.a, Oxg, Varig sa, Uncitral

INTRODUÇÃO

Com o dinamismo das relações comerciais, cada vez mais nos deparamos com a necessidade de enfrentar o problema que se cria quando uma empresa brasileira com sede em outro país recorre ao socorro da recuperação judicial ou quando encara as mazelas da falência.

O presente artigo tem como objetivo buscar a exposição do problema, suas consequências e desdobramentos em casos práticos.

1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

Em 2005 foi publicada lei 11.101, que regula a matéria de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falências. Matéria antes regulada pelo Decreto – lei 7.666/45, que estava completamente ultrapassado diante da evolução do direito comercial e da própria relação comercial propriamente dita.

Nesse sentido, o Senador Ramez Tebet[1] no parecer n°. 534/2004 afirma o seguinte:

> Em lugar da atual concordata – um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho a falência – criam-se as opções de da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial. (...) Na recuperação judicial, um processo mais formal e realizado sob o controle da Justiça, os credores devem formar maioria em torno do plano de recuperação. Se o plano não for aprovado ou não atingir suas metas de recuperação, aí sim caberá ao juiz decretar a falência.

A recuperação judicial está regulamentada nos Capítulos III e IV da Lei 11.101/2005, e a falência no Capítulo V da mesma lei.

[1] Parecer n. 534/2004 – Da comissão de Assuntos Econômicos, sobre o PLC n. 71de 2003, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Relator: Senador Ramez Tebet. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/86307.pdf acessado 13.09.2016.

Para Scalzilli (2016, 61) a recuperação judicial foi concebida para enfrentar crises econômico-financeiras mais gravosas. Motivo pelo qual, contempla quase todos os créditos existentes na data do pedido, com exceção do crédito tributário e os previstos no art. 49 §3°, e 86, II, da LREF.

Noutros momentos da história, o malogro de um empreendedor (ou de uma empresa), não importando se era causado por imperícia, negligência ou por algum fator alheio à própria empresa, suscitava antes de tudo ações punitivas.

Quer dizer, o empreendedor arruinado estava mormente fadado a suportar, sem mais alternativa, as consequências do seu "fracasso". Na atualidade, porém, por razões diversas, mas principalmente pelas características de uma economia de alta complexidade, existe a noção de que o tropeço de uma empresa repercute negativamente na "saúde econômica" de todo o sistema.

Daí, não propriamente por generosidade, mas porque é de interesse geral, convém uma legislação especifica para tratar da insolvência empresarial. Nesse panorama, é natural que haja todo um regramento para disciplinar o saneamento das empresas que se veem em apuro.

Para a concessão da recuperação judicial é necessário a apresentação de um plano de recuperação, explicando de modo pormenorizado quais serão os meios utilizados para o soerguimento da empresa.

A LREF, no seu art. 50[2], apresenta de modo exemplificativo os mecanismos que podem ser utilizados com meio de recuperação. Podemos observar que, entre as possibilidades,

---

[2] Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; 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; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. § 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. § 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser

estão a alienação de ativos, diversas modalidades de operações societárias, parcelamento e descontos.

A falência, por sua vez, pode ocorrer por meio de três mecanismos diversos: a) convolação da recuperação judicial em falência, prevista no art. 73 da LREF; b) o pedido de autofalência, caso em que o próprio devedor requer sua falência, art.105 LREF e; c) o pedido de falência art. 94 da LREF[3]. Sobre as hipóteses de pedido de falência prevista no artigo 94, I, II e III, impende transcrever a breve distinção feita por Ricardo em (Negrão 2010, 31):

> Distinguem-se os ritos das hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 94 em dois aspectos processuais: nos documentos essenciais à propositura da ação e na possibilidade de elisão do pedido com a realização de depósito em dinheiro.

Com o implemento da LREF, o primeiro passo após a sentença de quebra é a nomeação do administrador judicial, após assinatura do termo de compromisso é arrecadação[4] de todos seus ativos.

Como podemos observar, tanto na recuperação judicial como na falência, existe um grande cuidado em torno dos ativos da devedora, para maior segurança dos credores.

Sobre a alienação de ativos na recuperação judicial, importante observação de Jorge, (Lobo 2007, 54):

> Durante o processo de recuperação judicial, antes ou após a aprovação do plano de reestruturação, o devedor pode alienar, extrajudicialmente, estabelecimento(s), filial(ais), e unidade(s), produtiva(s), devendo para tanto, na forma do art. 56 da LRFE, pedir autorização ao juízo.

---

afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

[3] Para maiores esclarecimentos sobre o pedido de falência, ler Negrão, Ricardo. Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: Lei n. 11.101/2005. Capítulo I ao V.

[4] Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias. § 1º Os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens. § 2º O falido poderá acompanhar a arrecadação e a avaliação. § 3º O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega.

Esse breve resumo sobre o instituto da recuperação judicial e da falência se faz necessário para enfrentarmos o problema principal deste trabalho, qual seja, as recuperações transnacionais.

2. DA COMPETÊNCIA PARA AJUIZAMENTO

A lei 11.101/2005, define em seu artigo 3°[5] que é competente para deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do principal estabelecimento do devedor.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (Coelho 2014), para fins de definição da competência de que trata o art. 3º, por principal estabelecimento não se entende a sede estatutária ou contratual da sociedade empresária devedora. O principal estabelecimento é aquele em que se encontra concentrado o maior volume de negócios da empresa; é o mais importante do ponto de vista econômico.

Com efeito, resta claro que o juízo competente para o ajuizamento da recuperação judicial é o do principal estabelecimento do devedor, isso no tange às negociações propriamente ditas.

Quanto a competência territorial, a jurisprudência é pacifica, afirmando que a competência se fixa pelo local de mais volume de negócios do devedor. Nesse sentido, posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL AJUIZADO NO DISTRITO FEDERAL. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O RIO DE JANEIRO – RJ. PRINCIPAL ESTABELECIMENTO. ARTS. 3º E 6º, § 8º, DA LEI N. 11.101/2005. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.INDISPONIBILIDADE DE BENS E INATIVIDADE DA EMPRESA. POSTERIOR MODIFICAÇÃO DA SEDE NO CONTRATO SOCIAL. QUADRO FÁTICO IMUTÁVEL NA INSTÂNCIA ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. 1. (...) **2. A qualificação de principal estabelecimento, referido no art. 3º da Lei n. 11.101/2005, revela uma situação fática vinculada à apuração do local onde exercidas as atividades mais**

[5] Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

> **importantes da empresa, não se confundindo, necessariamente, com o endereço da sede, formalmente constante do estatuto social e objeto de alteração no presente caso**. 3. Tornados os bens indisponíveis e encerradas as atividades da empresa cuja recuperação é postulada, firma-se como competente o juízo do último local em que se situava o principal estabelecimento, de forma a proteger o direito dos credores e a tornar menos complexa a atividade do Poder Judiciário, orientação que se concilia com o espírito da norma legal. 4. Concretamente, conforme apurado nas instâncias ordinárias, o principal estabelecimento da recorrente, antes da inatividade, localizava-se no Rio de Janeiro – RJ, onde foram propostas inúmeras ações na Justiça comum e na Justiça Federal, entre elas até mesmo um pedido de falência, segundo a recorrente, em 2004, razão pela qual a prevenção do referido foro permanece intacta. 5. Recurso especial improvido. (Recurso Especial Nº 1.006.093 - DF (2006/0220947-8) Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 20.05.2014)

Outro ponto, amplamente discutido no judiciário e na doutrina, é sobre o juízo competente para decidir sobre a expropriação de bens da devedora.

3. EMPRESAS QUE EXTRAPOLAM AS FRONTEIRAS BRASILEIRAS

Diante da dinamicidade do meio empresarial, da necessidade de importação e exportação e da busca por capital estrangeiro para investimentos, é cada vez mais frequente a constituição de sociedades empresárias em outros países.

Como visto no tópico anterior, a competência para ajuizamento é do local de sede onde houver a maior concentração de operações. E o juízo da recuperação e/ou falência será o responsável para avaliar qualquer ato de expropriação de bens.

Com efeito, diante de um cenário de crise econômico-financeira, como o atual, começam a surgir grandes celeumas em torno do diploma falimentar. Uma discussão que vai tomando mais corpo a cada dia é a chamada recuperação transnacional.

Para melhor compreensão do problema vamos abordar os três casos de mais repercussão sobre o assunto.

3.1 RECUPERAÇÃO TRANSNACIONAL- ESTUDO DE CASOS

A recuperação transnacional acontece quando o estado de insolvência atravessa as fronteiras brasileiras, seja por constituição de grupo econômico, por ativos no exterior ou mesmo por dívidas contraídas em território estrangeiro.

Atualmente no Brasil, temos três casos de grande repercussão envolvendo recuperação transnacional. A Varig, que praticamente inaugurou no novo diploma falimentar. A OGX e suas subsidiarias, recuperação de grande porte, com subsidiarias sediadas na Áustria. E a maior recuperação brasileira até o momento, a OI S.A. com empresas na Holanda e Portugal. Vamos analisar os casos de modo isolado, para então podermos tecer alguma conclusão sobre o assunto.

1° CASO- VARIG S.A.

A Varig S.A, foi uma das primeiras empresas a se beneficiar da Lei 11.101/2005, logo da sua promulgação. O pedido de recuperação judicial da Varig, só foi possível, por conta da mudança legislativa no tocante a matéria de insolvência.

A lei 7.565/86, código Brasileiro de Aeronáutica, no seu artigo 187,[6] proibia a entrada em concordata todas as empresas que tivessem como objeto a exploração de serviços aéreos.

Portanto, assim que foi promulgada a LREF, promovendo alterações legislativas, o instituto foi completamente modificado, deixando claro os tipos empresariais que podem utilizar o socorro da recuperação judicial. Há, ainda, um artigo[7] especifico tratando da aplicação da lei 11.101/2005 às empresas aeronáuticas.

---

[6] Art. 187. Não podem impetrar concordata as empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica. Lei 7.565/86.

[7] Art. 198. Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta Lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei. Lei 11.101/2005

Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Lei 11.101/2005.

A recuperação judicial da Varig, por ser uma das primeiras de grande porte, enfrentou vários problemas que foram encontrando solução no judiciário.

Contudo, um dos maiores problemas enfrentados pela Varig S.A. foi o pedido de arresto das aeronaves concedido pela Corte de Falências de Nova YorK, que resultou em conflito entre a aplicação da lei brasileira e a lei norte americana.

Por não existir em nosso ordenamento nenhum diploma legal que regule casos de falências multijurisdicionais, a decisão da corte americana, concedendo a liminar de arresto para Boeing, poderia inviabilizar a recuperação judicial ajuizada no Brasil.

No caso em comento, conforme o Promotor Eronides dos Santos, para solucionar o conflito estabelecido entre a lei brasileira, que admitia a recuperação da empresa, e a lei estadunidense, que garantia ao arrendador o direito de reaver o bem dado em garantia, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro enviou uma comissão de Juízes à Corte de Falências de Nova York para tratar diretamente desse problema, explicando os feitos da decisão. Esse movimento resultou na suspensão da medida liminar, continuidade da recuperação e inclusive a continuidade dos contratos de leasing.

2º CASO – OGX

Em 2013, mais um grupo econômico, com ramificações em outro País, se viu obrigado a bater às portas do judiciário para pedir o socorro da recuperação judicial, o grupo OGX, empresa do famoso milionário Eike Batista.

No caso, a empresa pretendia formar um litisconsórcio ativo com a empresas sediadas no Brasil e duas Holdings com sede em Viena / Áustria.

A parte autora sustentou que as empresas sediadas em Viena não possuíam autonomia, afirmando que as sociedades seriam “meros veículos “ da sociedade controladora, sendo essa ultima brasileira.

Assegurando, assim, que a Justiça brasileira seria competente para processar a recuperação judicial de todas as empresas do grupo OGX, inclusive as estrangeiras.

De outra banda, o Ministério Público afirmou que se tratava de uma situação jurídica intransponível. Ponderou o de fato as empresas estrangeiras não possuíam sequer filial ou

qualquer ativo físico no Brasil. Afirmou que um precedente dessa ordem criaria um grande problema de insegurança jurídica, haja vista que muitas sociedades empresárias brasileiras buscam financiamento internacional por meio de mecanismos idênticos.

A decisão de 1º grau foi no sentindo de excluir do polo ativo as sociedades empresárias estrangeiras. Contudo, os patronos da ação recorreram, e a decisão foi modificada pela 14º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, abaixo trecho da ementa:

> Embargos de declaração em agravo de instrumento. Recuperação judicial do então grupo "ogx". Recorrente que, na condição de credora, alega contradição entre a decisão proferida por este relator, em outro agravo de instrumento, tendo como objeto a recuperação judicial do grupo "osx", e a decisão de declínio de competência prolatada pelo ex-relator do presente instrumental, na e. 4ª câmara cível. (...). Sociedades de holding com respaldo nos arts. 2º, § 3º, e 243, § 3º, da lei n.º 6.404/76. Sociedades empresárias estrangeiras, notoriamente subsidiárias, que apenas constituem a estrutura de financiamento de sua controladora nacional, servindo como veículo das empresas brasileiras, visando a emissão de "bonds" e recebimento de receitas no exterior. Configuração de um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, consistente na exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional. Ausência de manifestação dos credores contrária a um plano comum de recuperação judicial. Legislação austríaca sobre insolvência que admite o reconhecimento dos efeitos do processo de insolvência estrangeiro, quando o centro de principal interesse do devedor (comi) está localizado no estado estrangeiro e o processo é, em essência, comparável ao austríaco. Estudo de viabilidade anexado aos autos. **Falta de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais que, se não o autoriza, por outro lado, não o veda. Lacunas legislativas decididas de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro). Predomínio da equidade, que busca adequar a lei às novas circunstâncias, a fim de que o órgão jurisdicional acompanhe as vicissitudes da realidade concreta. Inocorrência de transmutação do estado juiz em estado legislador positivo. Questão versada que, por ser de relevante interesse social, não pode ficar à margem da análise jurisdicional, bem ponderados os aspectos do caso concreto. Necessidade de reforma da lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, colimando tratar da insolvência transnacional**. Provimento do recurso, confirmando-se o deferimento do efeito suspensivo ativo, para revogar a interlocutória agravada e determinar o processamento conjunto da recuperação judicial das agravantes. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Agravo de Instrumento: AI 0064658-77.2013.8.19.0000. Des, Relator: Des. Gilberto Guarino.

Importante destacarmos a observação feito pelo Desembargador, sobre a necessidade de reforma na lei de recuperação judicial e falências, devendo tratar da insolvência transnacional.

3º CASO – OI S.A.

A maior recuperação judicial do Brasil, a recuperação da OI S.A., é outro caso que ultrapassou as barreiras nacionais. A recuperação da OI S.A. é a maior do Brasil, com passivo de R$ 65 bilhões.

O Grupo OI, assim denominado na peça inicial pelos patronos da ação, é composto por sete empresas, sendo que duas das sociedades empresárias foram constituídas na Holanda, país de suas sedes e principal estabelecimento na Cidade do Rio de Janeiro.

No caso em tela, as duas empresas Holandesas não exercem atividades operacionais, mas atuam como *longa manus* para capitação de recursos, são subsidiarias integrais da controladora OI.

Na recuperação judicial do Grupo OI, a formação do litisconsórcio ativo com as sociedades empresárias estrangeiras teve seu pedido atendido pelo juiz de 1º grau, que, ante a ausência legislativa, construiu um belo raciocínio com base no ordenamento jurídico brasileiro para fundamentar sua decisão.

E voltamos ao problema que se apresentou com o caso Varig: naquele momento, recém havia sido promulgada a Lei 11.101/2005, mas faltava um instrumento jurídico que, harmonizado com normas internacionais, tivesse o condão de proteger o andamento de um processo de insolvência transnacional em tramitação em nosso país. Pois hoje, transcorridos onze anos, ainda não contamos com nenhum regramento apto a garantir a referida proteção.

3.2 INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL – BREVES CONSIDERAÇÕES

Nos casos vistos é, de suma importância o posicionamento dos julgadores, que, mesmo diante da lacuna legislativa, buscaram alternativas para atender o fim maior da LREF, qual seja, a preservação da empresa.

Atualmente existem duas correntes doutrinarias tentando encontrar uma solução para a insolvência transnacional: a corrente territorialista e a universalista.

Na teoria territorialista, o bens e ativos do devedor são de competência do juízo de cada Estado onde estão localizados. E o sistema jurídico de cada Estado estabeleceria o meio de arrecadação dos ativos e pagamento aos credores.

Para a teoria universalista, o juízo competente será o Estado no qual o devedor tiver seu centro de interesses, tendo jurisdição mundial para gerir a insolvência, contemplando (?) todos os bens do devedor, independente da sua localização

O Brasil adota a teoria terriorialista, expressamente declarada do artigo 3º da lei. 11.101/2005.

Contudo, a teoria territorialista, como visto antes, não é capaz de resolver os problemas no que concerne as insolvências transnacionais. Motivo pelo qual o judiciário se viu obrigado a construir uma solução, tendo como base princípios de direito e o próprio escopo da lei.

Nessa trilha, importante transcrever a observação relativa a falta de legislação sobre o tema tecida pelo Excelentíssimo Juiz da 7ª Vara Empresarial do Foro do Rio de Janeiro:

> Da Insolvência Transacional A inicial invoca com proficiência a questão relativa ao Crossborder insolvency, trazendo em seu bojo tema abordado a partir do processo de globalização, mediante o inevitável crescimento das relações comerciais internacionais, haja vista a necessidade cada vez maior da criação de sociedades empresárias, cujas relações comerciais se desenvolvem em diversos países, com evidente modificação em suas estruturas operacionais, as quais se tornam volúveis para com o Estado de sua constituição original, relativizando assim o conceito clássico de soberania. O problema surge a partir da falta de legislação específica para tratar da matéria relativa à insolvência transnacional ou transfronteiriça, visto que a Lei 11.101/2005, em seu art. 3º, dispôs apenas que, para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência, é competente o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil

Os problemas relacionados à insolvência transnacional tendem a aumentar a cada dia. Com o dinamismo das relações comerciais e empresariais de um modo geral - necessidade de captação de recursos no exterior, importação e exportação -, tendente a crescer em volume e complexidade, é imprescindível que o direito empresarial (de modo geral) mantenha-se atualizado.

O Promotor de Justiça Eronides dos Santos, em seu artigo intitulado “A insolvência transnacional e a adoção da lei modelo da UNCITRAL”, tece a seguinte observação:

> Como cada País possui legislação falimentar própria, é preciso que cada Estado crie regras especificas que contemplem as hipóteses de insolvência transnacional, definindo de que forma ela se processará; como o procedimento de insolvência estrangeiro será legitimado; de que maneira a cooperação internacional entre autoridades judiciárias se viabilizará, etc.
> A Organização das Nações Unidas – ONU – visando harmonizar e unificar o direito comercial internacional criou em 17 de dezembro de 1966, através da Resolução XXI, a UNCITRAL, sigla de United Nations Commission on International Trade Law (Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas).

A UNCITRAL, na ânsia de atender as demandas comerciais internacionais, criou a chamada "Lei Modelo", que busca a solução de problemas complexos que norteiam os concursos internacionais.

O Excelentíssimo Juiz da 7ª Vara Empresarial do Foro do Rio de Janeiro, no Despacho processamento Recuperação judicial da OI S.A, faz referência a "lei modelo" elaborada pela UNCITRAL (Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas):

> A ONU, atenta ao crescente número de questões surgidas a partir da criação de gigantes multinacionais petrolíferas, criou no ano de 1966 a United Nations Comissionon International Trade Law (UNCITRAL), com objetivo de pacificar questões conflituosas do direito empresarial, fixando premissas para uma lei modelo para as questões falimentares, já tendo esta sido inserida em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, com base para uma provável competência universal para a matéria. Referida norma, inspirada na tendência universalista da antiga Section 304 do Bankruptcy Code dos Estados Unidos e dos Protocolos de Cooperação, tinha como objetivo primordial auxiliar os Estados a solucionar, de forma mais eficiente e satisfatória, casos envolvendo insolvências de grandes grupos multinacionais, com credores, patrimônios e estabelecimentos espalhados pelo mundo.

Godoy (2004) ressalta a criação de uma convenção sobre procedimentos de Insolvência estabelecida pela União Europeia:

> A união Européia estabeleceu uma Convenção sobre procedimentos de Insolvência em 23 de novembro de 1995, uma sobre alguns aspectos Internacionais da Falência de 07 de junho de 1990, ambas enumeram todos os procedimentos de insolvência coletivos dos seus Estados-membros aos quais se aplicam, distinguindo os procedimentos que visam a liquidação dos ativos do devedor daqueles cuja meta principal é a recuperação e a reorganização da empresa, sem a liquidação dos ativos.

Entretanto, como não houve a ratificação da convenção por todos os países membros da União Europeia, buscando encontrar uma solução para a questão da não –ratificação, a União Europeia seguiu Regulamento n. 1346/2000, de 20.05.2000, que entrou em vigor em 31 de maio

de 2001, como forma de cooperação judiciária em matéria civil, prevista no Tratado de Amsterdã.

Gody (2004) faz a seguinte observação sobre a convenção elaborada pela União Europeia:

> A convenção garante a todos os credores da mesma categoria igualdade de tratamento e, os princípios da universalidade e da territorialidade, não são tratados com rigidez, permitindo que cada estado-membro adote o princípio que mais lhe convenha, possibilitando, entretanto, a abertura de procedimentos secundários fora do território onde foi aberto o procedimento principal desde que sejam cumpridos determinados requisitos legais, o que denota uma certa preferência, por parte da Convenção do princípio da territorialidade, embora ambos os princípios estejam estritamente interligados entre si. Esta possibilidade de abris procedimentos secundários, leva em conta a intensa diferença das legislações nacionais ainda existentes na União Européia.

Gaspar, Silva, e Oliveira, observam que uma forma de regular a matéria, além das barreiras nacionais, são os tratados e convenções internacionais:

> Advindos de um processo histórico, os institutos da Falência e Recuperação de Empresas foram sendo positivados internacionalmente não somente pelas legislações de cada Estado independentemente, mas através também de Tratados e Convenções Internacionais. É uma forma estabelecer um consenso, um ponto comum entre essas legislações. Sua necessidade se justifica tão somente pelo fato de que, apesar de autônomos e soberanos, os Estados dependem de certa forma uns dos outros. Apesar das dificuldades de determinar legislação acerca desta e de seus efeitos no âmbito internacional, existem normas que a regulam justamente para manter essa harmonia, senão em todos os Estados, mas os que as adotam.

Podemos concluir pela importância que o julgador tem dado a preservação da empresa, encontrando soluções onde não há norma positivada.

Na busca de solução para os problemas atuais, cuja legislação não está preparada, os julgadores basearam-se na conjunção de normas, princípios e teorias. Nos casos estudados, as fundamentações contornaram os princípios: da preservação da empresa, equidade do juiz; as teorias: da territorialidade e da universalidade; normas: lei de recuperação judicial e falência, Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), Decreto Lei 4.657/42 (LICC).

Afim de evitarmos o ativismo exacerbado por parte dos julgadores, o que pode provocar um estado de insegurança jurídica, é de suma importância que encontremos um mecanismo para regulamentação da matéria, o mais breve possível.

CONCLUSÃO

A insolvência transnacional é um problema que merece atenção do legislador. A ausência de regulação da matéria acarreta insegurança jurídica e ainda cria maior resistência para investimentos estrangeiros no Brasil.

Acreditamos que, a solução deve ser construída com atenção e cuidado, observando os reflexos das decisões, e não simplesmente importando uma norma jurídica de outro país, habito do legislador brasileiro.

É necessário um atento estudo sobre a "lei modelo" elaborada pela UNCITRAL – ONU – e sobre a convenção sobre procedimentos de Insolvência estabelecida pela União Europeia.

Acreditamos que para encontrar uma solução satisfatória é imprescindível a criação de uma comissão composta por advogados especializados e militantes na empresarial, internacional, economistas e membros do legislativo.

Somente uma equipe multidisciplinar será capaz de antever os prováveis conflitos e possíveis soluções para a insolvência transnacional, e então elaborar uma lei ou alteração lei 11.101/2005, que seja eficaz às partes, garantindo a indispensável segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

Coelho, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falencias e de recuperação de empresas.** Sâo Paulo : Saraiva, 2014.

Gaspar , Darla de Medeiros Gonçalves; Silva,Thaís Rodrigues da; Oliveira, José Humberto G. de. **Os Efeitos Transnacionais da Falência e da Recuperação de Empresas.** Disponível em:http://www.webartigos.com/artigos/os-efeitos-transnacionais-da-falencia-e-da-recuperacao-de-empresas/136936/. Acessado em setembro de 2016.

GODOY, Wilson Carlos. **Direito falimentar internacional.** 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5141/direito-falimentar-internacional#ixzz30UxOOXto> acesso em setembro 2016.

João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea . *Recuperação Judicial e Falência - Teoria e prática na lei 11.101/2005.* São Paulo : Almedina , 2016.

Lobo, Jorge. **Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, recuperação judicial e na falência.** *Revista Jurídica: Órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.*, 2007, Ano 55, n 355, maio de 2007 ed.

Moraes, Leonardo T. de. **As fronteiras Transnacionais da Recuperação Judicial e Falência**. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI191343,91041-As+fronteiras+transnacionais+da+recuperacao+e+falencia> Acessando em setembro de 2016.

Negrão, Ricardo. **Aspectos Objetivos da lei de recuperação de empresas e falências:** Lei n.11.101/2005. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito Falimentar Brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=594 Acesso em setembro 2016.

PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. **Falência e conflitos de Jurisdições no Direito Internacional Privado Brasileiro.** Rio de Janeiro, 20[?]. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=794288f252f45d35> Acesso em setembro 2016.