

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

Aspectos Processuais sobre a Recuperação Judicial de Grupos Societários Nacionais e
Transnacionais

LUISA BASTOS LYRA

Rio de Janeiro
2019/1

LUIZA BASTOS LYRA

Aspectos Processuais sobre a Recuperação Judicial de Grupos Societários Nacionais e Transnacionais

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Andre Vasconcelos Roque**.

Rio de Janeiro
2019/1

Lyra, Luisa Bastos.

Aspectos Processuais na Recuperação Judicial de Grupos Societários Nacionais e Transnacionais/ Lyra, Luisa Bastos – Rio de Janeiro, 2019.

Trabalho de conclusão de curso (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Grupos Econômicos. 2. Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial: Consolidação Processual. 3. Consolidação Substancial. 4. Insolvência Transnacional. I. Roque, Andre Vanconcelos, orientador. II. Título

LUISA BASTOS LYRA

Aspectos Societários na Recuperação Judicial de Grupos Societários Nacionais e Transnacionais

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Andre Vasconcelos Roque**.

Data da Aprovação: __/__/----

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019

RESUMO

O presente estudo tem por escopo abordar a discussão acerca dos aspectos processuais a respeito da recuperação judicial dos grupos societários nacionais e transnacionais uma vez que o diploma legal brasileiro se manteve silente sobre as principais questões enfrentadas no processo de recuperação judicial desses grupos societários frente à superação da sua crise econômica. Desse modo, visa a analisar os aspectos jurídicos que circundam a questão do litisconsórcio ativo e da consolidação substancial dos grupos societários nacionais, bem como a complexa questão da multiplicidade de jurisdições envolvidas no processo de reestruturação do grupo econômico transnacional. Para esse fim, será estudada a solução doutrinária e jurisprudencial para o tema.

PALAVRAS-CHAVE

Recuperação Judicial; Crise econômica; Insolvência Transnacional; Grupo Societário; Consolidação Processual; Consolidação Substancial.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the procedural aspects of the judicial reorganization of national and international corporate groups, since the Brazilian legal system is silent as regards to the main issues faced by these corporate groups that are trying to overcome the economic crisis by their restructurings processes. Therefore, it aims to assess the legal aspects relating to the procedural consolidation and to the substantial consolidation of national corporate groups, as well as the complex issue regarding the multiplicity of jurisdictions involved in the cross-border restructuring of corporate groups. For this purpose, the solutions for these issues provided by doctrine and precedents will be assessed.

KEYWORDS

Judicial Reorganization; Economic Crisis; Cross-border Insolvency; Corporate Group; Procedural Consolidation; Substantive Consolidation .

DADOS PESSOAIS**Luisa Bastos Lyra**

DRE: 113204957

Celular: (21) 99797-5760

Email: luisablyra@gmail.com

Ed: Rua Voluntários da Pátria, nº 450, apto. 712, Humaitá

CEP: 22270-018

Turno: Noturno

Orientador: Andre Vasconcelos Roque

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 GRUPOS DE SOCIEDADES.....	12
1.1 INTRODUÇÃO AOS GRUPOS SOCIETÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.2 CONCEITO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES	14
1.3 PROTAGONISMO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES.....	16
1.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO DE SOCIEDADES	19
2 CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL.....	21
2.1 REGÊNCIA SUPLETIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	22
2.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.....	24
3 CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL	30
3.1 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.....	30
3.2 DISTINÇÃO COM OUTROS INSTITUTOS	33
3.3 CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL VOLUNTÁRIA E OBRIGATÓRIA	35
4 INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL	39
4.1 OBSTÁCULOS À RECUPERAÇÃO DE GRUPOS ECONÔMICOS TRANSNACIONAIS	40
4.2 SOBERANIA DOS ESTADOS	43
4.3 TEORIAS UNIVERSALISTA E TERRITORIALISTA	43
4.4 LEI MODELO, REGULAMENTO EUROPEU E DIREITO BRASILEIRO.....	47
4.5 JUÍZO COMPETENTE	49
4.6 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL.....	53
4.7 PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

Os agentes econômicos sempre ocuparam posição de destaque na sociedade, por se tratar de grandes propulsores do desenvolvimento dos povos, gerando progresso e melhoria de vida à humanidade¹. Com a evolução das atividades econômicas e o atingimento de um maior grau de organização de seus titulares, sua forma de atuação passou por profundas alterações, refletidas na legislação sobre o tema.

A intensificação das relações comerciais durante o século XX e a busca constante pela conquista de novos mercados fizeram com que a reunião de esforços em busca de um objetivo comum pautasse o século das sociedades. Verificou-se, a seguir, uma nova forma de organização empresarial, amplamente utilizada até os dias atuais: os denominados grupos econômicos, caracterizados, em síntese, pela união de esforços e desígnios entre sociedades empresárias para a exploração conjunta de determinada atividade econômica.

A constante busca por crescimento, ínsita às próprias atividades empresariais, aliada ao processo de globalização e o conseqüente fortalecimento do mercado internacional, iniciou um processo de internacionalização das empresas em busca de novos mercados, insumos e capital. Suas atividades, a partir de então, não se restringem apenas ao território de sua sede, mas ultrapassam as fronteiras de diversos países.

Natural, nesse cenário, que sociedades empresárias de nacionalidades diversas agrupassem esforços para a consecução de um objetivo comum, criando, assim, os primeiros grupos econômicos multinacionais.

Os grupos econômicos, naturalmente, poderão se beneficiar da proteção legal especial conferida aos empresários e às sociedades empresárias, inclusive no que diz respeito ao regime especial de insolvência. Para tanto, basta a constatação de que suas atividades se revestem da qualidade de empresárias, considerando que o art. 1º da Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, delimita a incidência das suas disposições ao empresário e à sociedade empresária.

¹ GUIMARÃES, Márcio Souza. A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades. In: Ivo Waisberg; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. (Org.). Temas de Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017.

Com efeito, a Lei 11.101/2005 está centrada no princípio de que a atividade empresarial (e não o empresário ou a sociedade empresária) é merecedora de proteção por se tratar de importante fonte de criação e manutenção de empregos, arrecadação de tributos e fomento de riquezas.

Trata-se de importante mudança do paradigma adotado pelo antigo Decreto-Lei 7.661/45, em que a concordata e a falência tinham como objetivo precípuo a proteção do devedor e de seus credores, deixando de fazer qualquer menção à atividade a ser preservada. Por esta razão, a mera constatação de que um grupo econômico exerce este tipo de atividade justifica a sua submissão ao atual regime especial da Lei 11.101/2005.

O atual regime de insolvência empresarial brasileiro baseia-se na premissa de que a empresa consiste em verdadeira instituição social para a qual convergem interesses diversos, merecendo, nessa qualidade, tratamento jurídico diferenciado. Na sistemática da Lei 11.101/2005, busca-se a preservação da atividade (e, conseqüentemente, da fonte produtiva, dos postos de trabalho e do recolhimento de tributos) sempre que esta for economicamente viável. Sua extirpação do mercado, por outro lado, deve ser promovida por meio da decretação da quebra apenas quando não há mais qualquer possibilidade de superação da crise.

Além disso, o instituto da recuperação judicial tem por finalidade 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.

No entanto, a Lei 11.101/2005 foi silente nas inúmeras implicações que a difusão dos grupos econômicos e a existência de legislações nacionais diversas trazem. Como o que diz respeito à possibilidade de formulação de pedido de recuperação judicial em conjunto por todas as sociedades empresárias integrantes de um mesmo grupo econômico, fator extremamente importante para a recuperação judicial de um grupo econômico, seja em razão da celeridade e eficiência que o litisconsórcio ativo (consolidação processual) outorgará ou em consequência da unicidade de solução econômica e financeira, materializada em seu plano de recuperação (consolidação material).

Em outro cenário, a Lei 11.101/2005 também foi omissa em relação à recuperação judicial de grupos transnacionais. Como o juízo da recuperação irá definir o destino de sociedades estrangeiras do grupo submetidas a diversas jurisdições?

Portanto, esse estudo possui como objetivo abordar as principais questões processuais tocantes à recuperação judicial dos grupos econômicos nacionais e transnacionais. Para tanto, faremos uma breve introdução ao conceito do grupo econômico, para a posterior compreensão da necessidade de criar regras que pudessem solucionar, de forma adequada, as questões complexas de sua reestruturação decorrentes dessa nova configuração das relações empresariais.

A primeira questão é a possibilidade do processamento em conjunto da recuperação das sociedades que integram um grupo econômico nacional, as chamadas consolidação processual e substancial. A segunda questão que será analisada é a definição do juízo competente na insolvência da empresa transnacional e a diversidade de jurisdições envolvidas.

A finalidade deste estudo é a compreensão dessas duas questões, e posterior resolução construída pela doutrina e jurisprudência com base também, na aplicação do direito estrangeiro frente à omissão da Lei 11.101/2005, quais sejam: a compreensão da consolidação substancial e a consolidação processual na recuperação judicial das sociedades de um grupo econômico nacional e a necessidade de cooperação entre os juízos das jurisdições onde estão localizadas essas sociedades para entender a sua importância para a superação da crise econômica do grupo econômico transnacional.

1 GRUPOS DE SOCIEDADES

Neste capítulo será analisada a definição de grupo societário, de modo a tornar possível a compreensão das complexas questões que circundam a sua recuperação judicial abordada no presente estudo.

1.1 INTRODUÇÃO AOS GRUPOS SOCIETÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil da década de 30, afetado pela crise mundial de 1929, o financiamento bancário se tornou fundamental para o desenvolvimento da economia, ultrapassando o mercado de valores mobiliários. Além disso, passou a ser comum nesse cenário grandes companhias sendo controladas por grupos familiares².

No entanto, não existia na época norma reguladora para disciplinar a relação de controle e coligação entre sociedades. Nesse contexto, a Lei 6.404/1976 (“Lei das Sociedades por Ações ou LSA”) foi um marco para todo o Direito Societário brasileiro, e a questão da relação entre as sociedades que formam uma grande companhia, certamente não representa uma exceção.

O sistema legal disciplinador dos grupos econômicos havia sido estabelecido pela primeira vez no direito moderno pelos juristas alemães (*Konzern*). Usando como modelo legal a lei Alemã de 1965 e com base no sistema de concentração japonês (*Zaibatsu*)³, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, autores do anteprojeto da Lei nº 6.404/1976, previram, no referido diploma, a disciplina dos grupos:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, 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.

A LSA inovou em muitos aspectos, inclusive por institucionalizar a concentração societária. Sem embargo, suposta inovação legislativa foi recebido com pouco entusiasmo.

² VIO, Daniel de Avila, Grupos Societário – Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.58

³ Rubens Requião, Curso de Direito Comercial. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 348

Modesto Carvalhosa a via como consequência do II Plano Nacional de Desenvolvimento⁴, conforme relato histórico:

O diploma de 1976, ao dedicar todo um capítulo à matéria do grupo convencional de sociedades (Capítulo XXI), atendeu à política econômica empossada à época (1975), pelo governo brasileiro, consubstanciada no II PND (1973-1975). Contrariando a tendência mundial de repressão às concentrações empresariais, a partir do final do século XIX (Lei Sherman e ‘Clayton Act’), o nosso II PND (1973-1975) estabeleceu um amplo programa de formação de conglomerados financeiro-industrial-comerciais, pois considerava tal regime concentracionista fundamental para o revigoramento das atividades empresariais do setor privado nacional. (...) Inspiraram-se, à época, as autoridades econômicas governamentais (II PND) na implementação de uma política de criação do Poder Nacional baseada nos sistemas de concentração japonês (Zaibatsu) e alemão (Konzern). Em consequência, a reforma da nossa lei societária de 1976 deveria, como efetivamente ocorreu, institucionalizar a prática oligopolística, tendo como modelo legal a reforma societária alemã de 1965. E o veículo escolhido pelo II PND para a criação dos conglomerados institucionais entre nós foi a lei societária de 1976(...).

Nas palavras de Daniel Vio⁵:

O Ofício de 18 de abril de 1975, por meio do qual o anteprojeto que resultaria na Lei 6.404/1975 foi encaminhado para o Ministério da Fazenda, apontava como diretrizes que orientaram a elaboração da proposta, dentre outras: possibilitar a criação do modelo da grande empresa privada brasileira, permitir que médias e pequenas empresas se associassem em joint ventures e disciplinar, de forma tentativa e sem pretensão de fazer obra definitiva fenômenos novos e importantes, como as coligações e os grupos societários. A ideia subjacente a essa recorrente preocupação com a questão dos grupos não era somente coibir abusos decorrentes da disseminação da estrutura plurissocietária. Pelo contrário, e com notáveis similaridades do que ocorreu com a Alemanha, o objetivo fundamental era estimular a formação de grupos como parte de um plano mais amplo de fomento da grande empresa nacional, tudo em nome do propósito maior de se reverterem as ondas de desnacionalização e estatização então vividas pela economia brasileira.

As palavras do Ministro Simonsen sobre o tema demonstram suas considerações e preocupações⁶:

Por último, o problema do equilíbrio entre as micro-unidades de produção, a empresa privada nacional, a empresa estatal e a companhia estrangeira. Nesse tripé, como tem sido frequentemente observado, a parte mais débil parece residir na empresa privada nacional. A tecnologia moderna impõe dimensões cada vez maiores às empresas, e o setor privado nacional parece sentir dificuldades incessantes em ajustar essas dimensões. As alternativas são obviamente pouco confortáveis para um país que pretenda desenvolver-se sob o regime capitalista: a estatização ou a desnacionalização. Um exame sumário do problema demonstra que esse desequilíbrio é quase paradoxal, pois as poupanças privadas nacionais excedem amplamente as do Governo mais as externas. O que parece existir é a falta de capacidade coesiva dessas poupanças, devida à tradição da sociedade anônima fechada, a obsessão pelo controle majoritário do capital votante das empresas e a aversão aos minoritários.

⁴ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, tomo II, p. 305-307.

⁵ VIO, Daniel de Avila, Grupos Societário – Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.62-63.

⁶ SIMONSEN, Mario Henrique. Os Desafios do Desenvolvimento. In SIMONSEN, Mario Henrique, CAMPOS, Roberto de Oliveira. A nova Economia Brasileira, Rio de Janeiro: J. Olympio, 1975, p. 176.

O grupo de sociedades, enquanto facilitador da mobilização e agregação de investimentos, era visto como uma das principais armas no arsenal de políticas que visavam ao equilíbrio entre capital estrangeiro e nacional.

As minuciosas disposições da LSA sobre a questão dos grupos de sociedades não refletem uma profunda preocupação com os interesses de acionistas externos e credores, mas são sobretudo expressão da intenção de estabelecer as bases para organização e a multiplicação dessa estrutura na realidade brasileira.

1.2 CONCEITO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Feita essa breve introdução, pode-se afirmar que os grupos econômicos se apresentam como uma técnica de exploração racional da atividade empresarial, na busca de um processo de investimento, pesquisa, produção e comercialização mais eficientes⁷ sendo certo que fatores econômicos, financeiros, mercadológicos, políticos, administrativos, organizacionais e de marketing podem servir de justificativa para a sua formação.

A doutrina divide os grupos de sociedades em grupo de fato e grupo de direito⁸, ambos grupos de subordinação. A característica peculiar do grupo de direito é a celebração de contrato de organização, uma convenção, que legitima e disciplina o exercício de um poder ainda mais vertical e profundo, que se traduz na lícita subordinação de interesses.

Já o grupo de fato consiste em conjunto de sociedades alcançadas pela influência de uma sociedade dominante, além da própria sociedade dominante. Em seu núcleo, tal conjunto é formado pelas sociedades sujeitas a um poder mais profundo, o poder de controle. Rubens Requião⁹ assim conceitua o grupo de fato:

“(...) a junção de sociedades, sem a necessidade de exercerem entre si, um relacionamento mais profundo, permanecendo isoladas e sem organização jurídica.

⁷ CAMPINHO, Sergio. O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, págs. 311-312.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. Revista de Direito mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano 15, nº 23, p. 94, 1976 e CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 4, t. II p. 309.

⁹ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219

No grupo de subordinação, o que efetivamente tem lugar é a atuação e a afirmação de uma única vontade preponderante, aquela da sociedade que exerce o controle. A vontade da controlada, projeção de vontade da controladora, é, em si mesma, um produto da estrutura de grupo.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira¹⁰ definem controle como:

Controle é capacidade de causar, determinar ou alterar a ação dos órgãos da companhia. É o poder político na sociedade, no sentido de poder supremo de sua estrutura interna, que compreende a capacidade de alocar e distribuir poder nessa estrutura. Segundo o modelo legal de organização da companhia esse poder compete à Assembleia Geral; e como esse órgão delibera por maioria de votos, dentro da Assembleia é exercido pelo conjunto de acionistas que formam a maioria.

O Código Civil de 2002 somente tratou dos grupos de fato, definindo em seus artigos 1.097 a 1.099 o conceito de sociedade controlada ou coligada:

Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

Art. 1.098. É controlada: I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Art. 1.099. Diz-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.

Verifica-se a distinção dos conceitos de sociedade coligada estabelecido pela LSA em seu artigo 243, §1º, o qual adota o critério da influencia significativa, detalhado nos §§ 4º e 5º do referido preceito, e pelo Código Civil, como demonstrado acima. No entanto, conforme dita o art. 46 da LSA, o conceito definido neste diploma somente se aplica aos propósitos deste. Desse modo, para os fins constantes em outras leis, o conceito de coligação é estabelecido pelo disposto no Código Civil.

10 A. LAMY FILHO, J BULHÕES PEDREIRA. A Lei das S.A. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. I, p. 66

Portanto, para o Direito Societário brasileiro, os grupos de fato pressupõem a existência de sociedades que mantenham, entre si, relações de coligação (sempre direta) ou controle, sem a necessidade de se organizarem juridicamente através da celebração de uma convenção.

Tanto as sociedades integrantes de um grupo de fato, como aquelas componentes de um grupo de direito, conservam suas personalidades e seus patrimônios distintos. O que foi expressamente previsto pelo legislador no artigo 266 da Lei nº 6.404/1976 que:

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

Nesse sentido entende José Luiz Bulhões Pedreira¹¹:

A participação de sociedade em grupo, como controladora ou controlada, não modifica a sua personalidade e patrimônio, e todas as sociedades do grupo continuam a ter personalidade e patrimônios distintos. Esse princípio consta expressamente no artigo 266 da LSA, no Capítulo XXI, relativo aos grupos de direito, pois quais a existência de convenção de grupo poderia ensejar dúvidas sobre a distinção da personalidade e patromínios das sociedades.

Nos grupos de fato, a separação de personalidades e de patrimônios se faz clara se for levado em consideração que, por força do disposto no artigo 245 da Lei nº 6.404/1976, aplicável às sociedades contratuais disciplinadas pelo Código Civil por traduzir regra geral em matéria de Direito Societário, os administradores não podem, em prejuízo da companhia administrada, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada.

1.3 PROTAGONISMO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

A posterior intensificação das relações comerciais durante o século XX e a busca constante pela conquista de novos mercados fez com que a reunião de esforços em busca de um objetivo comum pautasse o século das sociedades. Verificou-se, a seguir, uma nova forma de organização empresarial, amplamente utilizada até os dias atuais: os denominados grupos econômicos, caracterizados, em síntese, pela união de esforços e desígnios entre sociedades empresárias para a exploração conjunta de determinada atividade econômica.

A identificação de um grupo econômico normalmente advém de uma estrutura plurissocietária, tendo como base a individualização de cada sociedade, com a consequente

¹¹ LAMY FILHO, Anfeedo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). Direito das Companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.II, p. 1935-1936

autonomia de suas integrantes¹², o que não significa a criação de uma nova entidade. Assim, a personalidade jurídica das integrantes de um grupo econômico é conservada.

Sobre o surgimento dos conglomerados de sociedades, Fábio Konder Comparato¹³ afirma que estes inauguraram a terceira fase de desenvolvimento empresarial:

O direito empresarial entra, assim, na terceira fase de seu desenvolvimento. A primeira corresponde ao surgimento do comerciante individual, como profissional dotado de um estatuto próprio, destacado do sujeito de direito comum. A segunda fase abre-se com a multiplicação de empresas societárias, notadamente com a vulgarização da sociedade anônima no curso do século passado, como instrumento de captação do investimento popular. Agora, o universo das multinacionais, das holdings, joint ventures e consórcios indica que os atuais protagonistas da vida empresarial são associações de empresas, e não mais sociedades isoladas.

Sobre as vantagens da estrutura plurissocietária¹⁴:

Além dos benefícios intrínsecos da limitação da responsabilidade, a segregação patrimonial decorrente da alocação de determinadas atividades e bens em uma figura societária traz consigo também a vantagem da negociabilidade da empresa e maior facilidade de combinação de recursos e investimentos. Entre os fatores mais frequentemente citados como motivador da decisão de organizar a atividade econômica por meio de múltiplos veículos societários é a melhor organização da empresa, a partir do momento em que os recursos que esta movimenta atingirem determinadas dimensões críticas. Ou seja, o grupo é uma ferramenta para a mais eficiente organização de forma descentralizada.

Nessa seara, merece destaque a constituição, por parte de empresas que internacionalizam as suas atividades, de sociedades controladas regidas pelo direito de cada um dos países em que decidem atuar de forma permanente.

A disponibilidade de um veículo societário plenamente integrado à realidade jurídica na qual “o forasteiro” dá seus primeiros passos traz consigo diversas vantagens.

A estruturação da atividade empresarial em uma rede de diversas sociedades, todas sob controle comum, mas com sedes em diferentes jurisdições, permite, o aproveitamento estratégico dos tratados, das regras fiscais e dos benefícios de cada Estado.

¹² Tullio Ascarelli, ao tratar dos grupos empresariais, dispôs que “no que respeita à autonomia jurídica aplicar-se-ão, por isso, às sociedades coligadas e controladas os princípios gerais das sociedades; deverá, ela, em princípio, ser respeitada”. Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Quorum Editora, 2008. p. 695-696.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial - Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 275.

¹⁴ VIO, Daniel de Avila, Grupos Societário – Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2016, p.110-114.

As vantagens demonstradas acima são apenas algumas das inúmeras da estrutura do grupo societário. Nesse sentido Arnaldo Wald e Nelson Eizirik apontam o protagonismo atual das estruturas plurissocietárias, afirmando que:

(...) no direito comercial vigente passamos da “era atômica” à “era molecular”, como bem salienta o Prof. René Rodière, pois a grande empresa moderna se confunde com o grupo societário e não mais com a sociedade unitária. (...) Mais recentemente, comercialistas eminentes como Joseph Hamel já afirmaram que a sociedade anônima estava deixando de ser a célula básica da vida dos negócios, sendo substituída pelo grupo empresarial substituída pelo grupo empresarial.

Corroborando o entendimento, afirma Fábio Konder Comparato¹⁵:

Agora, o universo das multinacionais, das holdings, joint ventures e consórcios indica que os atuais protagonistas da vida empresarial são associações de empresas, e não mais sociedades isoladas.

A Lei nº 11.101/2005 não reconhece a estrutura do grupo como forma de organização plurissocietária, visto que o seu artigo 1º cita somente empresários e sociedades empresárias. No entanto, considerando que as sociedades que compõem o grupo exercem atividade empresária, o alcance do referido diploma legal estender-se-á ao grupo econômico. Sobre o tema, Sheila C. Neder Cerezetti¹⁶ aponta:

A extensão do alcance da medida conjunta de reestruturação empresarial pode dizer respeito apenas a uma solução meramente formal de unificação de procedimentos da recuperação judicial de cada sociedade que compõe o grupo, ou pode ser mais abrangente e representar verdadeira união de ativos e passivos na busca da manutenção da empresa. O primeiro caminho, mais simples e aceito, é aqui referido como consolidação processual e tem como propósito principal facilitar a estruturação do instrumento da recuperação. O segundo, excepcional e que demanda cuidado, na medida em que atinge direito substanciais de inúmeras partes, denomina-se consolidação substancial e visa a compor direito e interesses dos envolvidos.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial - Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 275.

¹⁶ Sheila C. Neder Cerezetti. *Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal*. In: Flávio Luiz Yarshell/ Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 749.

Compreendida a possibilidade de extensão da aplicação da lei falimentar ao grupo econômico, proceder-se-a à análise da unificação dos procedimentos da recuperação judicial de cada sociedade que o integra nos capítulos subsequentes.

1.4 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO GRUPO DE SOCIEDADES

Conforme já discutido no capítulo anterior, a repartição das atividades de uma empresa entre mais de uma sociedade pode se prestar às mais diversas estratégias, que tenham por objetivo evitar a incidência de determinados comandos legais ou contratuais.

Todas as normas atinentes aos grupos têm em comum o fato de, a partir de determinados vínculos societários, administrativos ou econômicos, transladarem ou imputarem características, direitos e obrigações de um sujeito de direito a outro.

Dentre a multiplicidade de técnicas adotadas pelo legislador em tal sentido, destaca-se como uma das mais importantes e frequentes a pura e simples imputação ou extensão de responsabilidades (ou solidarização passiva) a um determinado sujeito. Esse método é empregado, por exemplo, pelo art. 2º, §2º da Consolidação da Norma Trabalhista – CLT.

Ao definir os elementos constitutivos do grupo econômico no Direito do Trabalho, a CLT se refere a “empresa” e não a “sociedade”. No que diz respeito aos vínculos entre os integrantes do grupo, a legislação trabalhista adota critérios mais amplos e flexíveis do que as normas societárias.

A legislação consumerista, por sua vez, determina a responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas em seu artigo 28, §2º¹⁷.

¹⁷Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

A LSA não prevê essa responsabilização, pois, de acordo com a Exposição de Motivos do Projeto da Lei das S.A a previsão da responsabilidade solidária em lei descaracterizaria o grupo e o credor obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e se desejar, obterá a responsabilidade solidária¹⁸:

No artigo 267, o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos.

Desse modo, em regra, não há solidariedade ativa ou passiva entre as sociedades integrantes de um grupo, seja ele de fato ou de direito, e cada sociedade responder apenas pelas obrigações que individualmente contrair.

É nítido o contraste entre a amplitude de tais normas de responsabilização nos âmbitos consumerista, trabalhista, e o princípio genérico de responsabilidade intersocietário constante do art. 50 do Código Civil de 2002, que tem como pressuposto a demonstração de abuso, desvio de finalidade ou confusão.

¹⁸ Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf> Acesso em 24 de maio de 2019.

2 CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL

A legislação sobre o tema da insolvência empresarial nem sempre acompanha a evolução das relações observadas no mercado, conforme abordamos anteriormente no presente estudo. É comum, neste cenário, o surgimento de situações ainda não regulamentadas pela lei que exigirão respostas jurídicas adequadas.

É o que se observa no caso dos pedidos de recuperação judicial dos grupos econômicos. Com efeito, a lei 11.101/2005 foi criada do ponto de vista da estrutura empresarial atômica, restando omissa no que diz respeito à possibilidade de reestruturação e liquidação dos conglomerados de sociedade que representam o propósito fundamental da empresa plurissocietária, qual seja a compartimentação patrimonial, fator chave para a adequada alocação de riscos e mobilização de investimentos.

A mutabilidade do conteúdo patrimonial e afirmação de uma vontade dominante, quando incidentes sobre a estrutura plurissocietária, resultam na ampla possibilidade de manipulação estratégica e oportunista de bens e direitos e da própria solvabilidade das sociedades envolvidas, que se tornam vasos comunicantes, sendo que o volume e a direção dos fluxos entre os respectivos invólucros são determinados pela vontade dominante do acionista controlador.¹⁹

Em relação aos interesses dos credores, o principal risco da estrutura de grupo é a mobilidade interna de recursos e ônus no âmbito das sociedades agrupadas. Nesse sentido, Munhoz²⁰ explica que:

Os ativos e passivos de cada sociedade transformam-se em ativos e passivos de todo o grupo, sendo transferidos e alocados entre seus diversos integrantes, no exclusivo interesse deste, segundo a estratégia empresarial globalmente concebida para enfrentar as exigências econômicas de cada momento.

Portanto, em função da estruturação do grupo, os expedientes para ultrapassar as suas dificuldades econômico-financeiras, consoante já se indicou, poderão variar de soluções

¹⁹ COMPARATO, Fabio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 357 – 358.

²⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

individualizadas para cada sociedade integrante do grupo econômico à solução unitária para todas elas.

A unificação do procedimento de recuperação judicial de cada sociedade se dá através da consolidação processual, que nada mais é que a formação do litisconsórcio ativo, permitindo a viabilização tanto de uma, quanto de outra. A opção pelo método do tratamento da crise irá ser orientada, portanto, em razão das circunstâncias de cada caso concreto.

Em diversos deles, considerando o grau de interdependência entre as sociedades, tem-se a real necessidade de adoção de estratégias gerais e comuns para lidar com a crise, as quais irão, muitas vezes, demandar um expediente uniforme e concentrado para todo o grupo, sem exceção, com uma união de ativos e passivos, sem a qual o projeto de reestruturação sucumbirá.

2.1 REGÊNCIA SUPLETIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Lei nº 11.101/2005, como também já se consignou, não cuidou do requerimento conjunto de recuperação judicial por dois ou mais devedores, revelando verdadeira lacuna no direito recuperacional brasileiro.

Em razão da inexistência de regramento específico sobre o tema, buscou-se a solução para casos desta natureza na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, com base no art. 6º do referido diploma legal e no art. 189 da lei falimentar.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 113²¹, por sua vez, permite que duas ou mais pessoas litiguem, em um mesmo processo em conjunto, ativa ou passivamente nos casos em que houver comunhão de direitos ou de obrigações relativas à lide, a conexão entre a causa de pedir ou a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Os grupos econômicos, como já demonstrado, caracterizam-se pela interdependências das relações societárias das sociedades que o integram, portanto, somente a sua existência já justifica a afinidade de questões entre as sociedades (113, III).

²¹ 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.

A integração das normas é perfeitamente apropriada para se concluir pela possibilidade de unificação dos processamentos da recuperação judicial de sociedades empresárias que participam de um mesmo grupo econômico, seja ele de fato ou de direito.

Supre-se a lacuna da lei especial de forma harmônica e em consonância com seus principais princípios informadores, porquanto a admissão do litisconsórcio ativo, o que se tem denominado de consolidação processual, visa a realizar o ideário estampado no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, qual seja, de propiciar a superação do estado de crise suportada em conjunto, a fim de promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O processo único atende ao princípio da economia processual e evita decisões contraditórias. Evidente é a utilidade da atuação de um só administrador judicial, da reunião conjunta de comitês de credores, da simplificação de verificação de créditos, da unificação dos prazos para a apresentação da relação de credores e do plano de recuperação judicial, bem como para a realização da assembleia ou das assembleias gerais de credores.²²

Inicialmente, houve certa resistência da jurisprudência pátria à adoção deste entendimento, como se verifica no voto monocrático do Ministro Marco Buzzi, na medida cautelar 20.733-GO, em 22 de março de 2013: [evitar adjetivacoes em trabalho academico]

Assinala-se, ainda, que a formação de grupos econômicos, prevista na Lei de Sociedades anônimas, dá-se mediante a combinação de recursos ou esforços das sociedades envolvidas, tendo por desiderato viabilizar a realização dos respectivos objetos, ou a participação em atividades ou empreendimentos comuns. Em qualquer circunstância, entretanto, cada empresa conservará autonomamente sua personalidade e seu patrimônio, nos termos do artigo 266, do referido diploma legal. Tal autonomia, como assinalado, ganha relevância no bojo de uma recuperação judicial.

Tal entendimento, todavia, foi superado, firmando-se a percepção de que constatada a existência de um grupo econômico, é evidente a existência de comunhão de direitos e/ou obrigações entre suas integrantes no que diz respeito à reestruturação de suas atividades, atraindo, assim, a incidência do art. 113, III do Código de Processo Civil.

²² Sheila C. Neder Cerezetti. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: Flávio Luiz Yarshell/ Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 751-752.

2.2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Repise-se que a atividade (empresa) exercida pelas sociedades integrantes de um grupo econômico é única, desempenhada em conjunto, de modo que esta atuação interligada justifica o litisconsórcio no processo de recuperação judicial. Foi o que se decidiu no caso do Grupo Sete, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²³ reconheceu que:

Como se sabe, o litisconsórcio, consubstanciado na pluralidade de partes no processo, está previsto, expressamente no art. 46, do CPC/1973, atual art. 113, do NCPC, o qual preconiza a possibilidade de duas ou mais pessoas poderem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente. O pedido de formação de litisconsórcio formulado pelas recuperandas está amparado nas regras inseridas nos incisos I do referido dispositivo, haja vista a evidente comunhão de direitos e obrigações relativas à lide, a justificar a manutenção do litisconsórcio ativo pleiteado, por integrarem as empresas a estrutura jurídica e econômica do Grupo empresarial SETE, com algumas sociedades constituídas em outros países, mas, com o seu principal estabelecimento no Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim também denota, com precisão, a evolução jurisprudencial de sua admissibilidade²⁴:

(...). No mais, o Tribunal de origem, ao analisar a questão, assim se manifestou (e-STJ, fls. 419-423): 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. (...). Nesse contexto, verifica-se das razões do acórdão recorrido que as instâncias estaduais delinearão a controvérsia com base no conjunto probatório dos autos, levando em consideração o princípio da *pars conditio creditorum* ao concluir pela necessidade da apresentação do plano individualizado, assim como pela manutenção dos bens alienados fiduciariamente pelas recuperandas. Dessa forma, não há como revisar esse entendimento sem proceder ao reexame dos fatos e provas, procedimento vedado no âmbito do recurso especial nos termos da Súmula n. 7 do STJ. (grifei)

A interrelação econômica entre as sociedades torna recomendável a consolidação processual no caso dos grupos econômicos. Em determinados casos, o princípio da preservação

²³ 0034120-11.2016.8.19.0000 - Agravo de Instrumento. Des(a). Carlos Eduardo Moreira da Silva - Julgamento: 07/02/2017 - Vigésima Segunda Câmara Cível.

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Agravo em Recurso Especial nº 949.625-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 26.08.2016. Dje: 12.09.2016. p. 4-6. No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Agravo em Recurso Especial nº 1.135.094-SP. Data do Julgamento: 17.07.2018. Dje: 13.08.2018. p. 2. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Recurso Especial nº 1.524.342-PR. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Data do Julgamento: 17.11.2017. Dje: 22.11.2017. p. 5-6.

da empresa da Lei 11.101/2005 também justifica o litisconsórcio ativo na recuperação judicial de grupos econômicos.

Com efeito, há casos em que a unificação dos procedimentos cria condições mais propícias às negociações entre os devedores e seus credores, que poderão definir os meios de reestruturação do grupo todo de forma harmônica. Ademais, a medida evita a decretação de decisões conflitantes, o que, sem dúvidas, traria obstáculos à superação da crise.

Foi este o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando do julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo OAS²⁵:

(...)O que justifica o litisconsórcio na recuperação judicial é a necessidade de superação das dificuldades das empresas. Portanto, somente aquelas que se encontram em dificuldades, ou ligadas a outras que enfrentam dificuldades, devem participar da recuperação.

Importante observar, ademais, que o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro impõe ao magistrado o dever de atenção aos fins sociais a que a lei se dirige quando da sua aplicação, bem como às exigências do bem comum. Quando da análise sobre a viabilidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, portanto, o juiz deverá levar em conta que o processamento conjunto, neste caso, poderá facilitar a negociação entre o devedor e seus credores, reduzindo os ruídos de comunicação e custos de transação inerentes a uma negociação com diversos interessados. Assim, atende-se, em última análise, ao princípio da preservação da empresa.

O litisconsórcio ativo é sempre facultativo, não admitindo o ordenamento jurídico o litisconsórcio ativo necessário, porquanto o direito abstrato de requerer a tutela jurisdicional constitui direito subjetivo²⁶.

²⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Embargos de Declaração nº 2164017- 29.2017.8.26.0000/50000. Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. Data do Julgamento: 12.11.2018. p. 12-16.

²⁶ Nesse sentido: Alexandre Freitas Camara. O Novo Processo Civil brasileira. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 83 e Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito processual Civil. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I, p. 355. No entanto, há doutrina em sentido contrário: NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 5º ed., São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2001. p. 448, 475 e 476 e DINAMARCO, Cândido. Litisconsórcio. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997. Item 58.

Dizer que o litisconsórcio não é unitário, por sua vez, é afirmar que a ação dirá respeito a partes autônomas em sentido processual, ou seja, que as devedoras serão sujeitos de posições processuais próprias e diferentes daquelas ocupadas pelas litisconsortes. Identifica-se uma pluralidade de demandas que se unem formalmente em um só processo. Pode-se dizer, então, tratar-se de litisconsórcio facultativo comum.

Isso significa (i) que algumas sociedades que integram o grupo podem ter a recuperação deferida, ao mesmo tempo em que outras não compartilharão da mesma sorte devido, por exemplo, à reprovação do seu plano, e (ii) que os termos dos ajustes que guiarão a recuperação de cada uma delas podem ser distintos, e muitas vezes devem sê-lo, já que são traçados à luz das especificidades da crise empresarial de cada.

Para a formação do litisconsórcio facultativo como curial, não basta a simples vontade das partes, em princípio relevante para estarem conjuntamente em juízo. É de rigor que a lei autorize a cumulação subjetiva para o mesmo processo, haja vista as regras que facultam a sua formação são de ordem pública, e, assim, indisponíveis para as partes e para o juiz²⁷.

O artigo 113 do Código de Processo Civil de 2015 preconiza três situações em que se pode formar o litisconsórcio: por comunhão de direito ou obrigações (inciso I); por conexão de causas (inciso II); por afinidade de questões (inciso III).

Para justificar a formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial é indispensável que se comprove a existência de grupo econômico entre as requerentes, o que já é o bastante para suprir a exigência do art. 113, III do Código de Processo Civil²⁸. Assim observou o professor Fábio Ulhoa Coelho²⁹:

²⁷ Cássio Scarpinella Bueno. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2012, v.2, tomo I, p. 498.

²⁸ Basta, para que seja admitido o litisconsórcio, que exista a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito (art. 113, III, CPC). Não é preciso haver comunhão de direitos ou obrigações (art. 113, I), o que exigiria que os patrimônios e credores de todas as sociedades recuperandas fossem os mesmos. Nem mesmo é necessária a demonstração de que existe conexão (art. 113, II). Suficiente, apenas, haver alguma afinidade entre as sociedades em recuperação judicial. (ROQUE, Andre Vasconcelos, Consolidação processual e substancial na recuperação judicial: o que é isso?, disponível em <https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI296121,31047-Consolidacao+processual+e+substancial+na+recuperacao+judicial+o+que+e> Acesso em 26/06/2019).

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183.

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

Com efeito, a jurisprudência é firme no entendimento de que quando não há vínculo de grupo econômico entre as requerentes, não se justifica a consolidação processual na recuperação judicial. Nesse sentido foi a decisão monocrática proferida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ao apreciar o Agravo em Recurso Especial nº 938.676/SP, em que cita julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Extrai-se essa conclusão do julgado relatado pelo Des. Romeu Ricupero, ao apreciar recurso interposto por litisconsortes contra a decisão de primeiro grau que indeferiu o processamento da recuperação judicial em razão da inexistência de vínculo de grupo econômico entre as requerentes: 'Não existe o grupo (...). As três empresas têm endereços diferentes, CNPJ (MF) 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 ideia de três falências em um único processo, ainda mais três empresas diferentes, que não constituem, de direito, um grupo econômico.** (Agravo de Instrumento 571.985-4/9-00) (grifei).

Como se infere do julgado supracitado, a análise sobre a existência de grupo econômico é, na maioria das vezes, casuística³⁰, tendo em vista a atual escassez dos denominados grupos de direito³¹. Ainda que não haja consenso na doutrina sobre os elementos caracterizadores de um grupo econômico, alguns requisitos comuns costumam ser apontados como indispensáveis para a sua configuração: o exercício conjunto de uma mesma atividade; a direção unitária; e o compartilhamento de esforços e recursos em prol de um mesmo objetivo social.

Em recente julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³² concluiu pela existência de grupo econômico ao constatar (i) a origem comum das empresas e; (ii) a coincidência em seus quadros de administração:

³⁰ Como já demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça tem sua jurisprudência nesse sentido: v. nota de rodapé n. 14.

³¹ Nesse sentido, SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 341.

³² Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Embargos de Declaração nº 2164017- 29.2017.8.26.0000/50000. Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. Data do Julgamento: 12.11.2018. p. 12-16.

Esta apresentação das referidas empresas ao mercado traz, portanto, importante indicativo da formação do grupo econômico de fato. Isto se afirma em razão da **origem comum das empresas**, decorrentes da Construtora Gomes Lourenço, o que justifica, ainda hoje, a participação de membros da família Lourenço como acionistas ou quotistas das empresas do grupo, os quais, inclusive, atuam como diretores ou conselheiros (...). **Esta coincidência nos quadros de administração das empresas** redundando na participação dos membros da família Lourenço nas decisões financeiras, de gestão e operação do Grupo, o que sugere, minimamente, a existência de sociedades coligadas. Esta situação de interdependência favoreceu, inclusive, a realização de operações financeiras com garantias cruzadas (...) nos quais tanto empresas do grupo como membros da família Lourenço figuram como devedores diretos, avalistas e/ou fiadores, sem contar a relação de contratos listados a fls. (...) daqueles autos. (grifei)

Além do preenchimento dos pressupostos processuais, cumpre ainda verificar o atendimento das condições de ordem pessoal ou subjetiva do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005. para o deferimento da recuperação judicial. Como bem observado por Marcelo Sacramone³³, o litisconsórcio ativo no processo de reestruturação trata-se de mera medida de economia processual, não se justificando, em hipótese alguma, o afastamento das exigências da lei falimentar:

A autonomia das personalidades jurídicas implica o tratamento diferenciado do risco contratado por cada um dos credores, os quais não podem ser assim igualados. A pluralidade subjetiva no polo ativo, nessa hipótese, é apenas medida de economia processual, mas não imprescindível. Como litisconsorte ativo facultativo, portanto, exige-se na consolidação processual que todos os requisitos exigidos pela LREF sejam preenchidos por todos os autores.

Por fim, conforme anteriormente mencionado, a consolidação processual deverá ser deferida nos casos em que o processamento conjunto da recuperação judicial se trate de medida recomendável do ponto de vista da reestruturação da empresa, objetivo precípua do regime de insolvência empresarial brasileiro.

Em casos específicos, a atuação litisconsorcial é um imperativo para o êxito da recuperação, como naquelas hipóteses em que há a necessidade de se conferir um tratamento unitário a todo o grupo em relação ao passivo e ativo, bem assim nas hipóteses em que há garantias cruzadas. Não se pode desconsiderar que o juízo da recuperação é competente apenas para decidir sobre a constrição do patrimônio da sociedade recuperanda, não tendo competência para decidir sobre o patrimônio das outras sociedades grupadas, e, destarte, somente a recuperação do grupo como um todo considerado permite a proteção da empresa plurisocietária que nele se pode visualizar.

³³ SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 197-201.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento das vantagens da consolidação processual, muito embora também se possa reconhecer ser ela dotada de limitado alcance, na medida em que não tem o condão de fortemente influenciar os direitos subjetivos das partes do processo de recuperação judicial.

3 CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

A natureza econômica que grifa a crise da empresa exige soluções de mercado, orientadas pela flexibilidade de meios, sem o que não será eficaz para responder à variedade de situações da dinâmica da realidade econômica contemporânea e assim, propiciar a superação de crises empresariais, pródigas em singularidades e especificidades.

Na realidade dos grupos econômicos o grau de interdependência entre as diversas sociedades que o compõem influenciará na proposição de solução para a crise, de modo que uma condução conjunta da recuperação judicial por meio da união de ativos e passivos concursais de cada um dos integrantes do grupo econômico, denominada consolidação substancial, se apresenta como medida não apenas útil, mas muitas vezes indispensável a efetividade de todo o processo de reestruturação das atividades de um grupo.

Trata-se, portanto, de medida que flexibiliza o princípio da autonomia patrimonial, por desconsiderar o fato de que apesar de serem integrantes de um mesmo grupo econômico, cada sociedade possui seus próprios patrimônios, credores e relações jurídicas.

Como consequência da consolidação substancial, a relação de credores passa a ser única, eliminando-se as distinções entre os credores de cada uma das integrantes. O plano a ser aprovado também será unitário, consolidando ativos, passivos e responsabilidades de todas as integrantes do grupo econômico, prevendo uma forma de pagamento unificada para todos os credores.

Dentro dessa perspectiva não se pode deixar de validar a consolidação substancial quando a superação das adversidades econômico financeiras depende de providências coordenadas por todas as sociedades integrantes do grupo.

3.1 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O grau de dificuldade em separar ativo e passivo pode ser um dos elementos a amparar a consolidação. Mas existe uma série de outros fatores que a autorizam, independente de haver ou não confusão patrimonial, a serem considerados em conjunto ou isoladamente, à luz de cada caso concreto. Esses fatores, colhidos a partir da construção pretoriana sobre o tema na

experiência do direito brasileiro são: interconexão das sociedades que compõem o grupo econômico, controle comum, administração comum, planejamento estratégico comum, garantias cruzadas, fluxos de recursos entre as sociedades do grupo, benefícios econômicos decorrentes da consolidação, vantagens para credores e atuação conjunta das sociedades no mercado.

Corroborando o afirmado acima, veja-se abaixo a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Odebrecht³⁴, considerada a maior recuperação judicial do país:

(...) inegável reconhecer a intensa interdependência entre as sociedades empresárias que compõem o grupo societário em tela, através das inúmeras garantias e operações intercompany existentes entre elas, de maneira que o rumo deste processo de recuperação judicial certamente terá influência direta e imediata na recuperação judicial do grupo Atvos e vice-versa. (...) Não bastassem os vultosos valores, a atuação coordenada e em rede do grupo, através de intensas participações societárias a envolver até mesmo outras sociedades não sujeitas à recuperação judicial, se mostrará imprescindível à construção do processo de soerguimento do grupo como um todo, cujas estratégias refletirão direta e indiretamente em ambos os processos de reestruturação que correm neste Juízo. **Este Juízo já fixou requisitos para análise da existência de eventual consolidação substancial em diversos outros casos, quais sejam: a) interconexão das empresas do grupo econômico; b) existência de garantias cruzadas entre as empresas do grupo econômico; c) confusão de patrimônio e de responsabilidade entre as empresas do grupo econômico; d) atuação conjunta das empresas integrantes do grupo econômico no mercado; e) existência de coincidência de diretores; f) existência de coincidência de composição societária; g) relação de controle e/ou dependência entre as empresas integrantes do grupo econômico; h) existência de desvio de ativos através de empresas integrantes do grupo econômico. Além da presença desses requisitos objetivos, exige-se, para autorização da consolidação substancial, que os benefícios sociais e econômicos da recuperação judicial processada em consolidação substancial justifiquem a sua aplicação.** (...) Vale dizer, sua aplicação deve ser fundamental para que se consiga manter os benefícios econômicos e sociais que decorrem da preservação da atividade empresarial (empregos, riquezas, produtos, serviços, tributos etc.), em detrimento do interesse particular de credores e devedores. (...) Esse raciocínio de ponderação de valores está, aliás, na base da teoria da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial. Entretanto, não se pode negar que a consolidação substancial possui um viés de caráter econômico na recuperação judicial, por funcionar como estratégia operacional e financeira destinada ao soerguimento da atividade do grupo. **Tendo em vista que a consolidação substancial não é vedada pelo ordenamento jurídico** e sua utilização decorre de aspectos econômicos da atuação em grupo e precisa respeitar os benefícios sociais e econômicos da empresa, deverão as recuperandas descreverem de maneira pormenorizada as razões pelas quais optaram pela adoção de tal estratégia em seu plano, com necessária observância dos critérios já estabelecidos por este Juízo para a regularidade de aplicação do instituto.

Veja-se o entendimento de Sheila C. Neder Cerezetti³⁵:

³⁴ TJSP, processo nº 1057756-77.2019.8.26.0100, Juiz João de Oliveira Rodrigues Filho, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, decisão publicada em 18/06/2019.

³⁵ Sheila C. Neder Cerezetti. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: Flávio Luiz Yarshell/ Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 766-767. Ainda conforme ensinamento do Min. Luis Felipe Salomão e de Paulo Penalva Santos: O grau de dificuldade em segregar os ativos e passivos individuais, o compartilhamento de despesas e de infraestrutura, a existência de empréstimos intragrupo ou garantias a empréstimos de empresas do grupo, a mesma administração ou sede são indícios que, no caso concreto, autorizam a consolidação substancial (SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 395). Também nesse sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2165440-24.2017.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Marcondes;

Nota-se que isso não significa dizer que a disfunção societária justificadora da consolidação substancial ocorreria sempre que o grupo agisse de forma integrada, na medida em que esta é justamente uma das funções atendidas pela empresa plurissocietária, mas quando o desrespeito à autonomia jurídica e patrimonial das sociedades grupadas se refletisse na inobservância duradoura de seus interesses individuais, comprovando-se o desvio de finalidade na utilização das personalidades jurídicas supostamente autônomas ou a confusão patrimonial. (...) Pode-se debater se a mesma disfunção societária – ou ao menos os seus efeitos – estaria presente em situações em que os ativos e passivos das devedoras se encontram de tal forma mesclados que não se pode demembrá-los sem que gastos e demoras desproporcionais sejam admitidos. Esta se caracteriza como uma das hipóteses que, amplamente comprovada, é internacionalmente aceita como fundamento para a consolidação substancial.

Conforme visto acima, a consolidação substancial não vem vedada pelo ordenamento jurídico, desse modo, a sua admissibilidade, em princípio, não pode ser obstada pelo Estado-Juiz a quem cabe apenas, no controle da legalidade, verificar se os requisitos para a sua adoção estão atendidos.

O cabimento do litisconsórcio ativo e a competência do juízo para processar o pedido de recuperação judicial formulado por diversas sociedades de um grupo econômico são matérias afetas à legalidade, e, portanto, de avaliação exclusiva do Poder Judiciário.

A Lei nº 11.101/2005, omissa quanto à formulação litisconsorcial do pedido de recuperação judicial, por razões de ordem lógica, também se manteve silente quanto à possibilidade da consolidação substancial das sociedades de um grupo.

Essa lacuna pode ser suprida através do fundamental princípio inspirador da recuperação judicial: a preservação da empresa viável, disposta no artigo 47 do diploma legal falimentar. Tendo em vista o princípio da preservação da empresa, não se pode negar que a consolidação substancial possui um viés de caráter econômico na recuperação judicial, por funcionar como estratégia operacional e financeira destinada ao soerguimento da atividade do grupo.

Diante das premissas acima, tem-se que a lei não veda nem o seu sistema expurga a consolidação substancial que, ao revés, apresenta-se como um instrumento apropriado à superação da crise da empresa plurissocietária.

A medida não é exclusiva do direito brasileiro. O Guia Legislativo sobre Direito das Empresas em Dificuldades da UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law)³⁶ vislumbra duas hipóteses em que o juízo da recuperação poderá ordenar a consolidação substancial (*substantive consolidation*): (i) quando estiver convencido de que os ativos e passivos dos membros do grupo estão interligados de tal maneira que a propriedade dos ativos e a responsabilidade pelos passivos não podem ser identificados sem despesas ou atrasos desproporcionais; (ii) quando estiver convencido de que os membros do grupo estão envolvidos em esquemas fraudulentos ou atividades sem qualquer propósito legítimo e que a consolidação substancial é essencial para retificar aquele esquema ou atividade.³⁷

3.2 DISTINÇÃO COM OUTROS INSTITUTOS

Em muitos casos, a consolidação substancial é equivocadamente implementada como mera consequência da consolidação processual, como acentuam Sheila Cerezetti e Francisco Satiro.³⁸

o deferimento do processamento com consolidação processual pode ver-se confundido com a definição do tratamento consolidado dos bens e créditos das devedoras. (...) o simples deferimento do processamento em litisconsórcio, mesmo que decorrente de despacho que não enfrentou as peculiaridades da formulação da demanda com multiplicidade de autoras em litisconsórcio facultativo (...) sem que o próprio juízo se desse conta, direciona o procedimento à consolidação substancial, com a aceitação de que uma recuperanda respondesse pelas dívidas de outra, em violação à autonomia patrimonial dos entes personalizados.

A consolidação substancial, contudo, corresponde a um mecanismo muito mais abrangente do que a consolidação processual. A consolidação substancial acarreta o litisconsórcio unitário segundo o artigo 116 do Código de Processo Civil.

³⁶ Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2019.

³⁷ Parágrafo 220 do Guia Legislativo sobre Direito das Empresas em Dificuldades da UNCITRAL (*UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*), op. cit.

³⁸ CERZETTI, Sheila Neder e SÁTIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. *Revista do Advogado*. Vol. 36. nº 131. Ano 2016. p. 216-217.

Nesse cenário, é certo que o deferimento da consolidação processual não acarreta o reconhecimento automático da consolidação substancial, por se tratar de medidas com fundamentos, requisitos e consequências totalmente diversas.

Enquanto o litisconsórcio ativo na recuperação judicial reflete mera medida de economia processual a ser adotada para facilitar o processo de reestruturação, a consolidação substancial provoca reflexos no direito material dos interessados. Como o seu deferimento tem como principal consequência a flexibilização, ainda que pontual, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é certo que deve ser adotada apenas em casos excepcionais, quando se constatar que a medida é recomendável do ponto de vista da superação da crise.

Não há, de outra parte, como se confundir a consolidação substancial com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. A consolidação substancial é um instrumento utilizável para solucionar a crise empresarial suportada em conjunto e realizável exclusivamente no ambiente da recuperação judicial, através do método da união de ativos e passivos das sociedades integrantes de um grupo econômico.

Ainda que possuam semelhanças – principalmente porque os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica devem estar presentes para o deferimento da consolidação substancial (confusão patrimonial ou desvio de finalidade) -, são institutos que se diferem pontualmente com a presença do elemento “abuso da personalidade jurídica”.

De acordo com o art. 50 do Código Civil, o abuso da personalidade jurídica autoriza que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Para que a medida seja deferida, portanto, deve ser comprovada a utilização do véu protetor da personalidade jurídica para a prática de fraudes, causando prejuízos a terceiros.

A consolidação substancial, em contrapartida, não depende da verificação de abuso da personalidade jurídica. Basta apenas a demonstração de que a atuação do grupo se dava de forma consolidada, identificada a unidade empresarial.

Sobre o tema, consigna Sheila C. Neder Cerzetti³⁹:

Ainda mais relevante é o fato de que a consolidação atende a um propósito bastante distinto daquele que orienta a desconsideração, e a sua adoção não pode olvidar os fins para o qual ela foi criada. A desconsideração busca momentaneamente afastar a autonomia da pessoa jurídica com relação aos sócios, com o fim de alcançar o patrimônio deste e se satisfazer a demanda de um terceiro, prejudicado, no mais das vezes, por abuso ou fraude na utilização da personalidade jurídica. Trata-se de atender a um interesse creditício específico, em atenção à realidade dos fatos. Distintamente, a consolidação tem por fim garantir a reorganização empresarial se desenrole da forma mais profícua possível, tanto em prol dos credores, que poderão contar com o patrimônio grupal para a satisfação de seus créditos, nos termos do plano, quanto em benefício da própria manutenção da organização empresarial que potencialmente se favorecerá, caso a situação uniforme para a crise grupal seja encontrada. A distinção de objetivos explica a diferença de hipóteses que justificam uma e outra medida.

Conclui-se, portanto, que a confusão patrimonial, por si só, não justifica a desconsideração da personalidade jurídica, devendo haver a comprovação de que o artifício foi empregado como forma de abuso da personalidade jurídica. Autoriza, por outro lado, a consolidação substancial na recuperação judicial, como mera consequência de sua atuação unitária.

3.3 CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL VOLUNTÁRIA E OBRIGATÓRIA

No Brasil, a ausência de previsão legislativa sobre o tema tem dado margem a interpretações diversas sobre as hipóteses em que a consolidação substancial seria aplicável⁴⁰. Debruçando-se sobre o tema, encontra-se dois tipos de consolidação substancial: a voluntária e a obrigatória.

A consolidação voluntária é aquela que decorre de acordo entre o devedor e seus credores, que, diante das circunstâncias fáticas observadas no processo de recuperação judicial, elegem a unificação do ativo e do passivo como meio de recuperação mais adequado para a superação da crise. A existência de um rol meramente exemplificativo de meios de

³⁹ Sheila C. Neder Cerzetti. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: Flávio Luiz Yarshell/ Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 751-752.

⁴⁰ BRASHNER, Andrew AIRE, António; XAVIER, Celso; FONTANA, Maria Isabel. Recuperação Judicial e Falência de Grupo Econômico. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 70-73.

reestruturação (art. 50 da lei 11.101/2005) permite a adoção da medida, prevalecendo a autonomia das partes no que diz respeito aos meios de recuperação mais apropriados para o caso concreto.

Nesse caso, a deliberação acerca da consolidação substancial se dará na assembleia geral de credores, órgão deliberativo máximo da recuperação judicial, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade das medidas aprovadas.⁴¹ Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando do julgamento de agravo de instrumento na recuperação judicial do Grupo Oi⁴²:

Essa modalidade, entretanto, não é a regra e se contrapõe à consolidação substancial voluntária, que se sujeita à aprovação dos credores em homenagem à soberania de suas decisões. Ordinariamente, cabe a eles deliberar sobre o interesse e aceitação do uso de plano unitário do grupo ou de planos individuais por empresa como estratégia das recuperandas para soerguimento do empreendimento econômico, aprovando voluntariamente a consolidação substancial ou rejeitando-a. Não comporta, a priori, interferir materialmente sobre o tema diante da ausência de previsão legal específica sobre o instituto e da autonomia soberana dos credores em relação plano de recuperação judicial proposto pelas recuperandas, competindo ao Judiciário, por via de regra, somente o controle relativo à licitude das providências deliberadas.

A consolidação substancial obrigatória, por outro lado, tem fundamento completamente diverso. Neste caso, a medida é imposta (e não acordada, como ocorre na consolidação voluntária) pelo juízo, em decorrência da organização societária evidenciada que, desde antes do pedido de recuperação judicial, atuava de forma unitária, exercendo a empresa (atividade econômica organizada), isto é, diversas sociedades para o desenvolvimento de uma atividade.

Nesses casos, o entrelaçamento das atividades empresariais é de tamanha magnitude que não mais se justifica o tratamento individualizado de cada integrante do grupo, mas sim sob o enfoque da atividade desenvolvida. Dessa forma, a consolidação substancial reflete apenas uma realidade verificada em momento anterior ao pedido de reestruturação judicial, em que sua atuação já se dava de forma consolidada.

Sobre a consolidação substancial, Marcelo Sacramone⁴³ constata que:

⁴¹ Nesse sentido, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 1.359.311-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 09.09.2014. DJe: 30.09.2014 p. 6-8.

⁴² Processo nº 020371165.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro - RJ.

⁴³ SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 197-201.

Diante desse 'intransponível entrelaçamento negocial' entre as sociedades, e não apenas por integrarem grupo societário, cujas regras afinal foram desrespeitadas, deve ser reconhecida a chamada consolidação substancial, que é justamente a reprodução dessa atuação anteriormente existente na prática no processo de recuperação judicial. Implica o tratamento unificado das pessoas jurídicas integrantes do grupo. Nessa hipótese, há verdadeiro litisconsórcio necessário (art. 114 do CPC) a exigir o pedido conjunto de recuperação judicial por todos os empresários integrantes desse grupo. Como litisconsórcio necessário, todas as sociedades integrantes do grupo deverão integrar a relação processual, sob pena de nulidade (art. 115 do CPC), e a competência deverá ser fixada para o processamento do pedido de recuperação judicial no local do principal estabelecimento de todo o grupo (art. 3º).

Na estratégia de superação da crise econômica do grupo em si considerado, a partir da técnica de consolidação de ativos e passivos das sociedades que o integram, mostra-se ademais, perfeitamente lícito, e muitas vezes indispensável, que dela participem as sociedades solventes, inclusive aquelas que nada devem, bastando apenas a crise financeira do grupo. É o que leciona Sheila C. Neder Cerezetti:⁴⁴

Também importa destacar que, se a formulação conjunta de pedido de recuperação judicial passa pela detecção da relação grupal entre as devedoras, a sua aceitação não precisa ser necessariamente precedida da identificação da insolvência das demandantes. Com efeito, sob a disciplina da LRE, nem o pedido de recuperação judicial e tampouco a decisão judicial de deferimento do seu processamento dependem da comprovação de insuficiência patrimonial ou de um estado de insolvência calcado no inadimplemento ou na impossibilidade de satisfazer obrigações, mas apenas da indicação daquilo que o legislador optou por denominar de 'crise econômica-financeira' (art. 51, I). Assim, desnecessário será apurar eventual estado de insolvência ou mesmo ponderar sobre a viabilidade ou inviabilidade das devedoras, exigindo-se de cada sociedade os ordinários requisitos para o pedido de recuperação" (Processo Societário, sob a coordenação de Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, vol. II, Ed. Quartier Latin, 2015, p. 749/750, g.n.)

Quanto à hipótese também cumpre destacar o seguinte trecho do julgado da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O que justifica o litisconsórcio na recuperação judicial é a necessidade de superação das dificuldades das empresas. Portanto, somente aquelas que se encontram em dificuldades, ou ligadas a outras que enfrentam dificuldades, devem participar da recuperação. (...) Neste cenário, no qual se vê claramente a formação do grupo de fato, não se exigia, respeitado o entendimento manifestado pelo D. Magistrado, a insolvência de todas as empresas indicadas ao polo ativo da demanda, bastando apenas a crise financeira do Grupo, o que verdadeiramente se nota.

Com efeito, para o pedido de recuperação judicial e para o seu processamento, a lei não exige a comprovação de insolvência, revelada pelo déficit patrimonial ou pela impossibilidade

⁴⁴ Sheila C. Neder Cerezetti. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: Flávio Luiz Yarshell/ Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II, p. 749-750.

de satisfação pontual das obrigações. Estes são pressupostos para a falência confessada ou presumida, conforme os artigos 105 e 94 da Lei nº 11.101/2005.

Para o deferimento do pedido de recuperação judicial é suficiente que o legitimado em questão obedeça aos requisitos dos artigos 51 e 48 da Lei nº 11.101/2005. Por força do disposto no inciso I, do artigo 51, fundamento do pedido de recuperação, basta que exponha as causas concretas da situação patrimonial e as razões da crise econômico-financeira. Conforme leciona Márcio Souza Guimarães:

O moderno direito de empresas em dificuldades visa ao tratamento do agente econômico que passa por problemas financeiros, econômicos e jurídicos, oferecendo mecanismos de soerguimento da atividade em crise ou encerramento da atividade, mesmo assim com o intuito de recuperar a empresa. O pedido de recuperação judicial deve ter por base no inciso I do art 53 *[sic]* da lei 11.101/2005 que determina a necessidade de exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico financeira. Assim é possível que o devodr não seja efetivamente devedor.

Isso posto, diante dessa visão sistêmica e a partir da solução de coordenação conjunta da recuperação judicial pelas sociedades que compõem um grupo econômico, visando à superação do estado de crise da empresa única, aglutinada, coletiva ou plurissocietária, não pode residir dúvida quanto à formação do litisconsocio ativo ou integrado por sociedade ou sociedades que sequer sejam devedoras.

Em certos casos concretos, essa participação pode consistir em providência indispensável para a solução da crise grupal. A preservação da empresa plurissocietária, muitas vezes passa pelo resguardo dos integrantes do grupo econômico. Nesse ambiente, a recuperação judicial deve estar subordinada à consideração da unidade do grupo, desconsiderando as dívidas individuais, para se cogitar daquelas do grupo, porquanto a solução para se ultrapassar o estado de dificuldade é global.

4 INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

O surgimento dos agrupamentos multinacionais é consequência própria à incessante expansão da atividade empresária: no século XIX prevaleciam os empreendedores individuais; no século XX, as companhias; e por fim, no século XXI, as companhias transnacionais. Nesse sentido, Tavares Borba⁴⁵ aponta que:

A multinacional é um fenômeno recente, tendo-se acentuado após a Segunda Guerra Mundial, quando algumas sociedades passaram a operar em centenas de países, de todos os continentes. A expansão dessas sociedades através do mundo faz-se basicamente por meio de subsidiárias de vários graus, com a utilização das técnicas de holdings e subholdings. Esses grupos parecem, às vezes, não ter pátria, em face da multiplicidade de países a que se vinculam as muitas sociedades que os compõem.

Não há consenso na doutrina no que diz respeito à definição exata de uma empresa multinacional. Para fins do presente estudo, destacamos aqui o conceito delimitado por Rugman e Verbeck⁴⁶, que a definem como:

(...) a differentiated network of dispersed operations, with a configuration of competencies and capabilities that cannot be controlled fully through hierarchical decisions about foreign direct investment (FDI) taken by corporate headquarters.

Embora uma empresa (atividade) possa ser considerada transnacional – na medida em que cria e funciona por meio de uma cadeia global de relacionamento, controle e de investimentos – as sociedades que a integram, em regra terão suas próprias nacionalidades. É tecnicamente incorreta, portanto, a expressão “sociedade multinacional”, eis que cada sociedade (pessoa jurídica) tem sua própria nacionalidade e se submete à legislação de insolvência do país em que se situa.⁴⁷

A difusão deste tipo de organização societária e a existência de legislações nacionais diversas (e nem sempre compatíveis), logicamente, trouxe consigo inúmeras implicações sem a correlativa solução jurídica. Por esta razão, exsurgiu-se a necessidade de criar regras que pudessem solucionar, de forma adequada, as questões complexas decorrentes da nova configuração das relações empresariais.

⁴⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 200-201.

⁴⁶ RUGMAN, Alan; VERBEKE, Alain. *Subsidiary-specific advantages in multinational enterprises*. *Strategic Management Journal*, v.22, 2001, pp. 237-250.

⁴⁷ GUIMARÃES, Márcio Souza. *Direito Transnacional das Empresas em Dificuldades in Tratado de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa e Direito Marítimo* (coord. COELHO, Fábio Ulhoa), v.7, São Paulo: Saraiva, 2015.

Nesse contexto, a questão da crise dos grupos multinacionais toma contornos relevantes, considerando que caso venham a experimentar dificuldades, a definição do juízo competente para o julgamento do processo de insolvência, bem como a legislação nacional aplicável pode ser tarefa árdua, justamente em razão da multiplicidade de relações jurídicas estabelecidas em diversos países e a necessidade de respeito às suas soberanias. Marcos de Barros Lisboa⁴⁸ salienta a aparente dificuldade de compatibilização de diversos ordenamentos jurídicos nesses casos:

(...) a observação da experiência internacional leva à conclusão de que não há um arcabouço falimentar que possa ser considerado como padrão universal. Ao contrário, a evidência mostra que os países adotam legislações falimentares particulares, adaptadas ao contexto econômico, empresarial, jurídico e cultural local, sendo que a influência conjunta de todos esses fatores limita a possibilidade de existência de um ordenamento homogêneo.

Este panorama fez com que diversos países elaborassem suas próprias legislações sobre o tema da falência transnacional. No caso específico do Brasil, embora se trate de economia expressiva no comércio internacional e nele estejam estabelecidas diversas sociedades controladas por sociedades estrangeiras, é certo que ainda não há tratamento legal à insolvência transnacional, como será demonstrado adiante.

4.1 OBSTÁCULOS À RECUPERAÇÃO DE GRUPOS ECONÔMICOS TRANSNACIONAIS

A existência de grupos econômicos transnacionais, com operações fixadas em diversos países, tem como consequência lógica e imediata a existência de ativos e credores em todo o globo. A questão tem especial relevância no que diz respeito ao direito das empresas em dificuldade, considerando: (i) a limitação da jurisdição de um país aos bens situados em seu próprio território; (ii) a coexistência de vários diplomas normativos sobre um mesmo tema e; (iii) a necessidade de conferir aos credores estrangeiros acesso ao procedimento de insolvência que se desenvolve em outro país.

Os obstáculos decorrentes da existência de bens e credores em países diversos, nos casos em que as empresas multinacionais venham a enfrentar dificuldades, também foram reconhecidos quando da elaboração da lei modelo sobre insolvência transnacional, pela

⁴⁸ LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 37.

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade and Law)⁴⁹. Ao delinear os motivos que levaram à edição do referido documento, a Comissão destacou:

The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, adopted in 1997, is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern, harmonized and fair framework to address more effectively instances of cross-border proceedings concerning debtors experiencing severe financial distress or insolvency. Those instances include cases where the debtor has assets in more than one State or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place.

O Regulamento Europeu nº 848/15 também dispõe sobre o tema por diversas vezes em sua parte inaugural (*recitals*), destacando a necessidade de busca por soluções jurídicas adequadas nos casos em que o devedor possua bens em territórios nacionais diversos. Exemplo disso é o recital nº 5, que faz menção à transferência de bens e ações judiciais de um Estado-Membro a outro em busca de posição jurídica mais favorável, seja por parte dos credores, ou por parte do devedor:

Para o bom funcionamento do mercado interno, é necessário evitar incentivos que levem as partes a transferir bens ou ações judiciais de um Estado-Membro para outro, no intuito de obter uma posição jurídica mais favorável em detrimento do interesse coletivo dos credores (seleção do foro)⁵⁰.

Caso emblemático de insolvência transnacional em que a devedora possuía bens e credores espalhados ao redor do globo foi o da Maxwell Communication Corp⁵¹. Na hipótese, os bens que compunham o ativo da companhia estavam situados em território americano, apesar de a companhia ter o seu principal estabelecimento em Londres. Quando iniciados os procedimentos de insolvência, a solução encontrada foi a criação de um protocolo de colaboração entre os países envolvidos para liquidação e pagamento de três principais credores britânicos, algo inovador para uma época em que a discussão sobre insolvência internacional iniciava seus primeiros passos, em meados de 1991.

Outro famoso caso de insolvência transnacional em que foi necessária a administração de ativos e credores em diferentes partes do mundo foi a falência do banco Lehman Brothers,

⁴⁹ Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>. Acesso em 27 maio de 2019.

⁵⁰ Texto oficial em português disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0848&from=pt>. Acesso em 27 de maio de 2019.

⁵¹ WESTBROOK, Jay Lawrence. The Lessons of Maxwell Communication. Fordham Law Review, Volume 64 Issue 6, 1996.

que envolveu aproximadamente 75 procedimentos de insolvência distintos em 12 países, todos regidos e coordenados por um protocolo de cooperação.⁵²

No Brasil, a criação de um protocolo de cooperação internacional no caso da falência do Banco Santos⁵³ possibilitou a recuperação de ativos espalhados ao redor do mundo. Na hipótese, um grupo de credores alegou rastrear um total de US\$ 1,3 bilhões em ativos da família de Edemar Cid Ferreira (principal controlador da instituição), que teriam saído dos Estados Unidos para contas nas Ilhas Cayman, Liechtenstein, Luxemburgo e Gibraltar, além de importantes obras de arte situadas nos Estados Unidos. O juízo brasileiro, então, decretou a falência das sociedades offshore sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas⁵⁴, o que viabilizou a busca pelos ativos desviados. Ademais, o juízo brasileiro firmou termo de cooperação jurídica com os Estados Unidos para possibilitar a recuperação das obras de arte lá situadas, país este que reconheceu a insolvência brasileira, com base no capítulo 15 da lei de insolvência americana, o qual incorporou as regras da lei modelo da UNCITRAL ao ordenamento jurídico interno.

A existência de bens e credores em diversos países, submetidos a jurisdições diversas, faz com que o sucesso da reestruturação de uma empresa transnacional esteja diretamente ligado à elaboração de um protocolo de coordenação, cooperação e comunicação entre os juízos envolvidos – como ocorreu nos já citados casos do banco Lehman Brothers e da Maxwell Communication Corp, seguindo as diretrizes mundiais apresentadas na lei modelo da UNCITRAL e no Regulamento Europeu n. 848/15.

A cooperação internacional é o instrumento ideal para evitar conflitos de jurisdição que poderiam dificultar ou atrasar o desenrolar do processo de reestruturação, causando prejuízos a toda a coletividade. A forma de se efetivar a cooperação será explicitada mais adiante, no presente estudo.

⁵² Disponível em: <http://bobwessels.nl/site/assets/files/1522/crossborderprotocol-lehmanbros.pdf>. Acesso em 26 de maio de 2019.

⁵³ Processo nº 0065208-49.2005.8.26.0100, em curso na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital de São Paulo – SP.

⁵⁴ Incidente processual de nº 0040878-07.2013.8.26.0100, distribuído por dependência ao processo principal, em curso na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital de São Paulo – SP.

4.2 SOBERANIA DOS ESTADOS

A soberania estatal, preceito de suma importância no direito internacional, se constitui na supremacia do poder estatal na ordem interna, e no fato de, perante a ordem externa, na existência de uma relação de coordenação com os demais Estados.

A jurisdição, por sua vez, é decorrência da soberania de um Estado: se este possui o poder supremo dentro de suas fronteiras, possui também o poder de dizer o direito neste mesmo território. Por esta razão, a definição clássica de jurisdição é de “poder-dever do Estado de dizer o direito”. Justamente por se tratar de decorrência da soberania estatal, a jurisdição é limitada pelo princípio da territorialidade, segundo o qual o Estado, e, por conseguinte, os magistrados só possuem autoridade nos limites de seu território⁵⁵.

A solução para a fixação da competência adotada em cada caso dependerá, em síntese, da adoção de uma de duas principais diretrizes: a teoria universalista, segundo a qual deverá ser fixado um juízo “planetário”, com competência para decidir sobre todas as questões referentes à empresa transnacional em dificuldades, inclusive no que diz respeito a ativos da companhia situados no exterior; ou o reconhecimento da jurisdição/soberania de cada país em que a empresa possui relações comerciais, adotando-se os mecanismos da lei modelo da UNCITRAL e do Regulamento Europeu nº 848/15.

4.3 TEORIAS UNIVERSALISTA E TERRITORIALISTA

Os critérios para a fixação da competência para o processamento da reestruturação de empresas transnacionais sempre foram tema de intenso debate na doutrina especializada. São duas as correntes tradicionais sobre o tema: a teoria universalista e a territorialista.

A teoria universalista defende, em síntese, a possibilidade de existir um único juízo competente, em determinado país do globo⁵⁶, para processar e julgar o processo de recuperação judicial ou de falência da empresa transnacional. Todos os ativos do devedor,

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro in MARTINS, Ives Gandra (Coord.). O Estado do Futuro. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 165.

⁵⁶ WESTBROOK, Jay Lawrence. A Global Solution to Multinational Default. Michigan Law Review. Vol. 98. n. 7, Jun. 2000, p. 2277.

independentemente de sua localização, bem como reivindicações referentes ao processo de reestruturação seriam regidos por um conjunto de regras único e previamente conhecido por todos os envolvidos, a ser aplicado por um juízo único com “competência planetária”.

Jay Lawrence Westbrook⁵⁷ aponta a indispensabilidade da chamada “simetria de mercado” como fundamento teórico para a adoção da referida teoria. De acordo com o professor, para que seja efetivo, o sistema legal de insolvência deve ter uma relação de simetria com o mercado, cobrindo todas ou quase todas as transações e partes interessadas e respeitando os direitos e deveres abarcados por aquele sistema. Em um mercado global, portanto, a solução seria um regramento global, mormente para os casos de reestruturação financeira:

Although some debtors, or corporate groups, may split neatly into separate pieces to be sold or continued individually, most are complexly structured, making it very difficult to continue the enterprise without a substantially centralized direction. Reorganizing a company is surgery upon a living being, as opposed to the disposal of one that has expired. (...) If the company can be kept alive, the goal is a reorganization plan. Such a plan is not achievable unless a court can bind all stakeholders to the reorganization plan, including dissenters. **Only a system that conclusively resolves all stakeholders' legal rights can produce a financial restructuring that gives existing and future parties, including financiers, investors, and employees, a sufficient guarantee of legal certainty.** (grifei)

A principal crítica ao sistema universalista consiste no fato de que a existência de uma única jurisdição com competência universal sobre bens e credores situados em qualquer local do globo fere um dos princípios mais caros ao direito internacional: a soberania dos Estados. Até mesmo seus maiores defensores reconhecem que atualmente é praticamente impossível a consolidação de um sistema puramente universalista⁵⁸.

Em completa oposição, o territorialismo tem como pedra fundamental a soberania estatal. Considerando que as normas jurídicas de um país têm sua incidência restrita ao limite das fronteiras daquele território, o modelo permite a instauração de tantos processos de insolvência quanto forem os territórios em que a devedora exerça suas atividades. Cada um dos juízos envolvidos, portanto, teria jurisdição sobre os bens e credores situados em seus territórios.

⁵⁷ WESTBROOK, Jay Lawrence. A Global Solution to Multinational Default. Michigan Law Review. Vol. 98. n. 7, Jun., 2000, p. 2282.

⁵⁸ WESTBROOK, Jay Lawrence. A Global Solution to Multinational Default. Michigan Law Review. Vol. 98. n. 7, Jun., 2000, p. 2282.

Ao defender o territorialismo, o professor Lopuckit⁵⁹ aponta que a territorialidade, princípio básico da jurisdição, é aplicável a todas as áreas do direito – inclusive ao direito das empresas em dificuldade:

Territoriality - the idea that each country has the exclusive right to govern within its borders – is such a basic principle of international law that it often goes unnoticed. It is the default rule in every substantive area of law, including constitutional law, taxation, trademarks, industrial regulation, debt collection, and bankruptcy. When applied to the bankruptcy of a multinational company, territoriality means that the bankruptcy courts of a country have jurisdiction over those portions of the company that are within its borders and not those portions that are outside them.

Os críticos do territorialismo apontam a falta de previsão/obrigatoriedade de cooperação entre os juízos dos diversos países envolvidos como fator que implica em dificuldade na reestruturação de empresas multinacionais. Aduzem ainda que a multiplicidade de procedimentos e legislações aplicáveis facilitaria a prática de fraudes, mormente por parte do devedor, que poderia manipular a localização de seus bens em busca de uma posição jurídica mais favorável a seus interesses.⁶⁰

A utilização dos dois grandes modelos em sua forma pura, como se pode deduzir, não é apta à solução da totalidade das questões decorrentes da insolvência transnacional⁶¹:

A experiência adquirida nos recentes casos de insolvência internacional vem demonstrando que, embora tenha sido, aparentemente, a opção feita pelo legislador brasileiro, a aplicação pura e simples da teoria do territorialismo, na prática, pode ser insuficiente para assegurar o bom andamento do processo de recuperação. Atentas a essa realidade, a jurisprudência e a doutrina nacional vêm procurando flexibilizar a interpretação da Lei nº 11.101/05, de modo a permitir — quando necessário e desde que assegurados os direitos dos credores — centralização do a procedimento de insolvência no principal estabelecimento do grupo empresarial, aproximando-se da teoria do “universalismo” da jurisdição.

⁵⁹ LOPUCKIT, Lynn M. Cooperation In International Bankruptcy: a postuniversalist approach. *Cornell Law Review*. Vol. 84, 1999. p. 704.

⁶⁰ Westbrook aponta algumas das falhas do territorialismo, sintetizando que: “A territorial system, being asymmetrical to a global market, has two serious weaknesses: the consequences of a general default depend upon the location of assets, and the laws of each jurisdiction differ greatly. International bankruptcy is reduced to a game of musical chairs in which creditors cannot know in advance where the assets of the debtor will be located when the music stops. These flaws produce three bad results: a) distribution results are unpredictable; b) the debtor, perhaps in collusion with a favored creditor, can engage in strategic behavior up to and including fraud, by manipulation of asset location; and c) claims must be made, and administration and litigation must be conducted, in multiple jurisdictions at far greater cost. um custo extremamente maior” “) WESTBROOK, Jay Lawrence. *A Global Solution to Multinational Default*. *Michigan Law Review*. Vol. 98. n. 7, Jun., 2000, p. 2282.

⁶¹ Ricardo Loretti, Marcello Lamego Carpenter, “Recuperação Judicial no Brasil de Empresas Estrangeira”, In: Luis Vasco Elias (Coord.), *10 anos de lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 441-425

Atualmente, prevalece a teoria do pós-universalismo ou universalismo mitigado, que delineou a harmonização de ambas as teorias, ao reconhecer cada jurisdição nacional, com a previsão de existência de *main proceedings* e outros *non-main proceedings*, estabelecendo-se um protocolo de cooperação entre os juízos envolvidos: *court-to-court cooperation*, o qual será tratado mais adiante.

Sobre a teoria, Marcelo Sacramone⁶² comenta:

Todavia, diante dos grupos de empresários transnacionais e da possibilidade de diversidade de tratamento jurídico entre os credores que uma teoria territorialista implicaria, a jurisprudência passou a aceitar, ainda que em detrimento da expressa previsão legal, a teoria do universalismo mitigado (art. 2º). Pelo universalismo mitigado, uma única Corte seria competente para a apreciação de todas as relações jurídicas do devedor, independentemente do local dos ativos ou de onde as relações jurídicas tiverem sido celebradas(...). Por essa concepção, as decisões da Corte do principal estabelecimento serão efetivadas pelas demais Cortes dos demais países em que localizados os ativos da devedora. Nesses países, serão promovidos processos secundários, os quais, entretanto, não são totalmente dependentes do processo principal, mas permitem ao juiz de cada jurisdição o controle para que as decisões da Corte do centro dos interesses principais não firam os princípios do ordenamento jurídico nacional.

A existência de um procedimento principal e outros secundários, na realidade, nem mesmo é a questão essencial para o sucesso da reestruturação de uma empresa transnacional. Exemplo disso é o caso Joseph Nakash, em que Israel e Estados Unidos se declararam como juízos principais (*main proceedings*), mas posteriormente firmaram protocolo de cooperação, reconhecendo que, ainda que se tratasse de duas cortes independentes e soberanas, buscariam cooperar e coordenar suas ações de boa-fé em nome do êxito do processo de insolvência.⁶³ A cooperação entre os juízos envolvidos, de fato, é indispensável para que se possa compatibilizar a multiplicidade de jurisdições com a necessidade de reestruturação da empresa globalizada.

⁶² SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 67.

⁶³ Disponível em <https://www.casselsbrock.com/cb/pdf/Nakash.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019.

4.4 LEI MODELO, REGULAMENTO EUROPEU E DIREITO BRASILEIRO

Bob Wessels, estudioso da insolvência transnacional (*cross-border insolvency*), já chegou a afirmar que tais casos eram comparados a pássaros raros, os quais passam pelas cortes algumas vezes durante uma geração⁶⁴. Esta não é, todavia, a realidade atual. A multiplicação das empresas multinacionais e a expansão do mercado global trouxe a insolvência transfronteiriça para o centro dos debates, evidenciando-se a necessidade de criação de instrumentos jurídicos adequados para seu tratamento.

Por esta razão, a Organização das Nações Unidas – ONU criou grupos de estudo sobre o tema da insolvência transnacional no âmbito de sua Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL, o que resultou, em 1997, na edição de uma lei modelo, denominada de *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*⁶⁵.

Segundo o preâmbulo da lei modelo, seu objetivo primário é auxiliar os Estados na criação de leis modernas sobre insolvência, que sejam capazes de endereçar os problemas decorrentes da insolvência transnacional. Nesse sentido, a lei modelo busca encorajar a cooperação, a coordenação e a comunicação entre as jurisdições envolvidas, bem como respeita as diferenças entre as legislações de cada país, o que demonstra, claramente, a adoção da moderna teoria universalista mitigada.

No caso do Brasil, todavia, não existe até o presente momento uma linha de atuação bem definida pela legislação quanto à insolvência transnacional. Contudo, os Projetos de Código Comercial da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Projetos de Lei nº 1572/2011 e 487/2013, respectivamente), ao inserirem o capítulo VII-A à Lei 11.101/05, incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro a lei modelo da Uncitral, disciplinando a cooperação entre o juízo brasileiro e os estrangeiros (artigo 188-A), sem a necessidade de carta rogatória (artigo 188-G) ou tradução juramentada (artigo 188-C, §1º), respeitado o princípio da ordem pública (artigo 188-I), com a previsão de que haverá um juízo principal e um subsidiário

⁶⁴ WESSELS, Bob. Themes of the Future: rescue businesses and cross-border cooperation. Artigo apresentado no Congresso anual da INSOL na Europa, Paris, 27 de setembro de 2013.

⁶⁵ Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019.

(artigo 188-N, I), respeitando a jurisdição de cada país, exatamente nos termos das legislações mundiais mais avançadas sobre o tema⁶⁶.

Entretanto, inexistindo atualmente regra positivada sobre a insolvência transnacional, a solução para estes casos será buscada pelo juiz, no caso concreto, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, como determina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB:

Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Nesse sentido foi a decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro na decisão que, citando trecho do acórdão proferido no caso OGX⁶⁷, deferiu o processamento da recuperação judicial do Grupo Oi⁶⁸, destacando que:

A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda. A hipótese desafia a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação cauta e excepcional, em situações que, a seu turno, demandem cautela e sejam, por igual, excepcionais. Até porque são os princípios gerais os responsáveis pela atuação do Ordenamento Jurídico à feição de um todo, integrando-lhe setores comunicantes, de outra forma tornados estanques.

A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reconhecendo a inexistência de regramento específico para recuperações judiciais de grupos multinacionais, entendeu que os problemas de direito internacional privado resultantes de sua recuperação devem ser resolvidos pela leitura principiológica da legislação de regência, além da adequação e necessidade das medidas aplicadas⁶⁹.

Da mesma forma, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando do julgamento de agravo de instrumento interposto na recuperação judicial do Grupo OAS, em que o órgão colegiado reconheceu a jurisdição brasileira sobre os bens e direitos de referidas

⁶⁶ GUIMARÃES, Márcio Souza. Relatório do Anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal in Novas Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial (coord. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes). São Paulo, Saraiva, 2015.

⁶⁷ Agravo de instrumento nº 006456877.2013.8.19.0000.

⁶⁸ Processo nº 020371165.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro - RJ.

⁶⁹ Agravo de instrumento nº 0051668-49.2016.8.19.0000. Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa - Julgamento: 31/10/2017 - Oitava Câmara Cível.

empresas situados no Brasil, à luz do disposto no art. 8º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁷⁰:

(...) não há dúvida a respeito da jurisdição brasileira sobre os bens e direitos de referidas empresas situados no Brasil, à luz do disposto no art. 8º, da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro, que assim dispõe: “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” e, ademais, cabe ao Juízo Recuperacional sobre eles deliberar, dada sua *vis attractiva* e a ausência de litispendência com eventual processo de liquidação no exterior, diante da redação do art. 90, do Código de Processo Civil em vigor: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”

Resta comprovado que a jurisprudência remedia a ausência da regulação pelo diploma legal brasileiro aplicando por analogia o direito estrangeiro, através da possibilidade conferida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

4.5 JUÍZO COMPETENTE

Como exposto no item anterior, ainda há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre questões decorrentes das relações internacionais de uma empresa em crise, mormente no que diz respeito à fixação do juízo competente e ao desenvolvimento do processo de insolvência, que serão dois dos pilares para uma reestruturação bem-sucedida.

Tema complexo referente à insolvência transnacional é a fixação do juízo competente para processamento e julgamento do processo de reestruturação. Considerando o frequente embate entre soberania/jurisdição, e prevalecendo a adoção da teoria universalista mitigada, conforme anteriormente exposto, natural que haja a fixação de um juízo competente para o processamento do procedimento principal de reestruturação (*main proceedings*).

O critério mais adotado para a fixação do juízo da insolvência é do local do principal estabelecimento, denominado pela lei modelo da UNCITRAL de COMI – *Centre of Main Interests*. Desta forma, o juízo do local em que se situa o COMI será aquele competente para processar e julgar o *main proceedings* de reestruturação da empresa transnacional. É o que prevê lei modelo da UNCITRAL em seu artigo 17, seção 2:

⁷⁰ TJSP; Agravo Regimental 2084295-14.2015.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 31/08/2015; Data de Registro: 02/09/2015.

Article 17, section 2: The foreign proceeding shall be recognized: (a) as a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests⁷¹.

No mesmo sentido é o art. 3º, seção 1 do Regulamento Europeu nº 848/2015:

Art. 3º, seção 1: Os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo principal de insolvência. O centro dos interesses principais é o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros.

Mesmo entre os defensores das teorias universalista e territorialista, há consenso de que o critério mais acertado para verificação da competência é o do principal centro de interesses do devedor, cujo conceito será aprofundado adiante.

Nesse sentido, Lynn M. Lopuckit⁷² explica que:

(...) 'universalism' refers to a system in which a single bankruptcy court controls the administration of the debtor's assets and makes the distributions to creditors worldwide. That single bankruptcy court may be the court of the country in which the debtor's articles of incorporation, the court of the country in which the debtor has its headquarters, or the court of the country in which the debtor has the bulk of its assets or operations. However, most universalists specify the court of the 'home country' or the 'center of the debtor's interests' as the proper forum. While they acknowledge the vagueness of their terminology, they assert that the home country of the vast majority of multinational debtors will not be subject to serious dispute.

Não existe, atualmente, uma definição clara e unificada do conceito de COMI (*Centre of Main Interests*). A lei modelo da UNCITRAL, por exemplo, dispõe apenas que na falta de prova em sentido contrário, presume-se que o centro dos principais interesses da devedora é a sua sede estatutária ou sua residência habitual, no caso de um indivíduo⁷³. Já o Regulamento Europeu nº 848/2015 o conceitua como o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros⁷⁴.

⁷² LOPUCKIT, Lynn M. Cooperation In International Bankruptcy: a postuniversalist approach. Cornell Law Review. Vol. 84, 1999. p. 704.

⁷³ Article 16, section 3: "In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests".

⁷⁴ Artigo 3º, seção I.

No direito brasileiro, a regra para identificação do principal estabelecimento (COMI) é aquela disposta no art. 3º da lei 11.101/2005, que repetiu o contido no art. 7º do antigo decreto-lei 7.661/4571⁷⁵:

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.

Trata-se de regra cujo objetivo é dar efetividade ao procedimento de insolvência. Se os principais bens e atividades estão concentrados em um determinado local, natural que o juízo desse local tenha uma maior facilidade em conduzir o processo de reestruturação.

Ademais, a norma visa facilitar o acesso dos credores ao procedimento de insolvência, considerando sua proximidade física do juízo do principal estabelecimento. Portanto, é uma norma destinada aos próprios credores.

Ao comentar a norma contida no art. 3º da lei 11.101/2005, Marcelo Sacramone⁷⁶ observa que:

A Constituição Federal, em seu art. 109, I, determina a competência da Justiça Estadual para a apreciação do processo falimentar e recuperacional, ainda que haja interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. A delimitação do foro competente para sua apreciação, por seu turno, é estabelecida pelo art. 3º da Lei n. 11.101/2005. O art. 3º repete parte da redação do anterior art. 7º do Decreto-Lei n. 7.661/45. Ao contrário da disciplina anterior, o novo dispositivo regula a competência jurisdicional não apenas da falência, mas unifica o foro para apreciação dos três institutos conferidos pela lei, a falência e as recuperações judicial e extrajudicial.

De acordo com a jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça, o principal estabelecimento do devedor deve ser considerado como aquele em que a atividade se mantém centralizada, não sendo, de outra parte, aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor⁷⁷. É este também o entendimento firmado no Enunciado nº 466 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

⁷⁵ Art. 7º D.L. 7.661/45: “É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil”.

⁷⁶ SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 65.

⁷⁷ Por todos, CC 146.579/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 09/11/2016, DJe 11/11/2016. No mesmo sentido foi o acórdão recentemente proferido no AgInt no CC 157.969/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 26/09/2018, DJe 04/10/2018).

Para fins do Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público.

Isto não significa, todavia, que devedor e seus credores têm liberdade para negociar o juízo do principal estabelecimento. Ainda que vigore, como regra, o princípio da autonomia das partes na recuperação judicial, é certo que o art. 3º da lei 11.101/2005 traz regra de competência absoluta, prevista na Constituição Federal (art. 109, I).

No mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁷⁸, enquanto competente para apreciação de matéria infraconstitucional:

Falência. Competência Absoluta. Lugar do Principal Estabelecimento. 1. O juízo da falência só pode ser instaurado, nos termos da lei específica, no foro do principal estabelecimento do falido, sendo, pois, absolutamente incompetente para declarar o estado do falido o juízo do estabelecimento subsidiário. Recurso extraordinário conhecido em parte e provido nessa parte.

Adotando o mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça⁷⁹ reconheceu que:

(...) a norma constante do artigo 3º da Lei 11.101/05 encerra regra de competência absoluta, afastando eventual alegação da existência de preclusão quanto à suscitação do conflito. O art. 3º da Lei n. 11.101/05, ao repetir com pequenas modificações o revogado artigo 7º do Decreto-Lei 7.661/45, estabelece que o Juízo do local do principal estabelecimento do devedor é o competente para processar e julgar pedido de recuperação judicial.

Tem-se, portanto, que a anuência dos credores não é um elemento cogente para a fixação do principal estabelecimento (COMI). Sobre o tema, veja-se entendimento corroborado pela doutrina⁸⁰:

Além disso, o regulamento reformulado prevê expressamente que o juiz perante o qual o pedido de insolvência é submetido deve verificar de ofício a sua competência e indicar, na sua decisão, quais os fundamentos que a determinaram. A decisão judicial que fixa a competência pode ser impugnada pelo devedor, por credores e por terceiros. Com essas regras, o regulamento deixa claro que a competência jurisdicional deve ser discutida perante o próprio órgão jurisdicional do Estado-membro em que a abertura do processo foi requerida, e não perante o juiz do Estado-membro em que o impugnante entenda que o processo deva ser ajuizado. Finalmente, o Regulamento (EU) 2015/848 traz um complexo conjunto de regras para processos de insolvência envolvendo membros de um grupo de sociedades.

⁷⁸ STF. RE 98928. Relator: Min. Rafael Mayer, Data de julgamento: 13/06/1983, Primeira Turma, Data de publicação: DJ 12-08-1983.

⁷⁹ CC 146.579/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 09/11/2016, DJE 11/11/2016.

⁸⁰ Thomas Benes Felsberg e Paulo Fernando Campana Filho, “A recuperação judicial de sociedades sediadas no exterior”. In: Dez anos da Lei nº 11.101/2005, São Paulo: Almedina, 2015, p. 474-457;478-479

Todavia, considerando que são eles os destinatários da norma do art. 3º da lei 11.101/2005, sua manifestação de concordância deve ser considerada para fins de interpretação do dispositivo supracitado, conforme determina o art. 5º da LINDB⁸¹, Nesse mesmo sentido é a redação do recital nº 28 do Regulamento Europeu nº 848/2015, que prevê o reconhecimento da percepção dos credores quanto ao local do principal estabelecimento⁸².

4.6 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Conforme anteriormente explicitado, ainda que a empresa (atividade) seja transnacional, cada uma das sociedades integrantes do grupo econômico manterá sua identidade nacional, devendo seguir, portanto, a legislação de insolvência de seu país.

As regras aplicáveis aos procedimentos de insolvência, portanto, serão aquelas do país em que se identificar o COMI, ou seja, o principal estabelecimento do devedor. Dificuldades surgirão, todavia, no que diz respeito ao cumprimento da lei nacional em território estrangeiro, afigurando-se como o segundo grande óbice para o tratamento da insolvência transnacional. Em se tratando de empresas transnacionais, em que bens e credores estão espalhados ao redor do mundo, foi necessária a criação de instrumentos que permitissem o alcance extraterritorial de uma norma nacional.

A solução para problemas dessa natureza foi a criação de um modelo de cooperação transnacional entre os juízos em que o devedor possui estabelecimentos, dispensando-se a adoção de tratados, convenções ou acordos internacionais.

Conforme já abordado no presente estudo, mesmo os grandes defensores da teoria do universalismo reconhecem a impossibilidade de adoção do modelo em sua forma “pura”, por meio de tratado, convenção ou acordo internacional que contivesse um conjunto único de regras

⁸¹ Art. 5º – “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

⁸² Confira-se a íntegra do recital em português: Ao decidir se o centro dos interesses principais do devedor é cognoscível por terceiros, haverá que ter em especial consideração os credores e a sua percepção quanto ao local em que o devedor administra os seus interesses. Para tal, poderá ser necessário, em caso de mudança do centro dos interesses principais, informar, em tempo útil, os credores do novo local a partir do qual o devedor passou a exercer as suas atividades, por exemplo, chamando a atenção para a mudança de endereço em correspondência comercial ou publicitando o novo local por outros meios adequados.

de insolvência transnacional, mormente em razão da dificuldade de adesão de 192 países, cada um com sua própria realidade econômica, histórica e cultural.

Este foi um dos motivos que levou à prevalência do modelo universalista mitigado, baseado na cooperação como solução para a questão do embate entre soberania e a jurisdição. Nesse passo, a lei modelo da UNCITRAL, após diversos estudos de suas comissões integradas por membros especialistas de inúmeros países adotou a figura da cooperação entre juízos envolvidos em casos de insolvência transnacional como a forma principal do tratamento da crise da empresa transnacional.

Principalmente no caso do Brasil, em que a lacuna legislativa sobre a insolvência transnacional remete a solução da questão para a LINDB, como já desenvolvido no presente estudo, a cooperação internacional é essencial. Vale reproduzir aqui a doutrina de Francisco Satiro e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo⁸³:

Assim, necessidades econômicas e sociais devem guiar a coordenação dos sistemas jurídicos de insolvência com vistas a promover uma colaboração eficiente e organizada entre os diversos países envolvidos. (...) Sendo assim, a boa vontade dos juízes, tribunais e administradores judiciais ou representantes do devedor de olhar para além das fronteiras estatais e cooperar com os outros, ainda que isso possa não estar em plena conformidade com as normas vigentes, tem sido uma das principais características dos casos bem-sucedidos. (...) 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 movimento 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 de empresas dispersas por um mundo imprevisível, multifacetado e globalizado'

Se o Estado é obrigado a prestar jurisdição e a reestruturação do grupo econômico envolve bens e credores situados em outro país, a efetivação da decisão aqui proferida dependerá, necessariamente, da cooperação do juízo estrangeiro. Este, por sua vez, deverá ter a consciência de que depende exclusivamente dele a sua execução, caso contrário, os casos de insolvência transnacional jamais terão solução, considerando a inexistência de tratados, acordos ou convenções que possibilitem a imposição de uma decisão nacional sobre os juízos estrangeiros, como defende a teoria universalista mitigada.

⁸³ A Insolvência Transnacional: para Além da Recuperação Estatal e na Direção dos Acordos de Cooperação' in 'Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções', coord. de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Francisco Satiro, Ed. Quartier Latin, p. 121

Com efeito, em relação ao tratamento da insolvência das empresas do século XXI (transnacionais), cada jurisdição em que o devedor possuir bens e/ou credores deverá ser suscitada pelos interessados para que, de forma coordenada com a jurisdição em que está situado o COMI, seja entabulado um acordo de cooperação entre o juízo principal e o(s) juízo(s) secundário(s).

Importante ressaltar que a adoção da medida não depende exclusivamente do reconhecimento de um procedimento principal de reestruturação e outros secundários. Na prática, não há impedimento para a elaboração de protocolos de cooperação (*court-to-court cooperation* - CCC) mesmo quando dois juízos se declaram como principais, como ocorreu no já mencionado caso Joseph Nakash, em que Israel e Estados Unidos resolveram cooperar para o sucesso da reestruturação, apesar de ambos terem se reconhecido como processos principais (*main proceedings*).

O CCC reflete uma nova modalidade de aplicação do direito em que cada juízo mantém e tem garantida a sua competência, devendo cada magistrado pautar sua conduta de acordo com o “triplo c”: coordenação, cooperação e comunicação. Sua atuação deverá atender o denominado princípio da cortesia (*comity principle ou principe de la courtoise*), definido pela Corte de Apelações da Quinta Circunscrição americana⁸⁴:

Comity is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protections of its laws.

A consciência da responsabilidade envolvendo os casos de insolvência transnacional faz com que, na prática, a aplicação do princípio da cortesia pelos juízos envolvidos funcione muito bem. Os juízes costumam se envolver sobremaneira com os casos que lhe são postos. Exemplo disso foi o julgamento do caso Eurofood (Parmalat)⁸⁵, restando decidido pela Corte de Justiça Europeia, em síntese, que: (i) qualquer decisão tomada pelo órgão jurisdicional de um Estado-membro deve ser reconhecida pelos demais como uma decisão de abertura do processo de

⁸⁴ KLEIN, Darren S; MALINOWSKY, Thomas D. Comi-Migration, Comity and Cooperation: Chapter 15 and Multi-Jurisdictional Restructurings. (Sixteenth Annual International Insolvency Conference - Tokyo, Japan). International Insolvency Institute, 2016. p. 12.

⁸⁵ Texto da decisão em português disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004CJ0341&from=IT>. Acesso em 2 de junho de 2019.

insolvência, se acarretar o afastamento do devedor da administração de seu patrimônio e nomeação de um síndico e; (ii) os juízes dos Estados-membros não podem analisar a competência jurisdicional do país em que o processo foi aberto.

No Brasil, a primeira tentativa de implementação de um CCC se deu no caso Varig⁸⁶. Diante da ausência de previsão legal no sentido da elaboração de acordos de cooperação em insolvências transnacionais, os juízes brasileiros viajaram a Nova York para buscar, em conjunto com o juízo americano, uma solução para um pedido de reintegração de posse de turbinas de aeronaves ajuizado por credores americanos, com quem a devedora havia firmado contrato de leasing.⁸⁷ Em audiência conjunta, em que os magistrados brasileiros tomaram assento ao lado do juiz americano, por força exclusiva do princípio da cortesia internacional, foi alcançado acordo sobre a disputa. Mesmo que não tenha sido cumprida a obrigação pactuada, como de fato não foi, trata-se do primeiro, e emblemático, caso brasileiro de cooperação entre juízos em insolvência transnacional.

Posteriormente, no caso da recuperação judicial do Grupo Oi⁸⁸, o Administrador Judicial holandês (país em que corria um dos procedimentos secundários de insolvência; em conjunto com Portugal, Londres e Estados Unidos) foi recebido pelo juízo da 7ª Vara Empresarial e pelo Ministério Público, por diversas vezes, tendo sido, inclusive, autorizada a sua participação na assembleia geral de credores, evidenciando, assim, a cooperação entre os juízos envolvidos no processo de reestruturação da empresa, uma das maiores prestadoras de serviços de telecomunicação brasileira.

⁸⁶ Processo nº 0260447-16.2010.8.19.0001, em curso na 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro – RJ.

⁸⁷ Disponível em: <https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/5487/varig-juiza-vai-aos-eua-encontrar-juiz-norte-americano> <https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/136124/no-segundo-leilao-variglog-compra-a-varig> <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,desfecho-do-caso-varig-deve-sair-hoje,20060618p36111> <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,varig-ganha-mais-tempo-para-negociar-com-justica-americana,20060721p37079> Acesso em: 07 de junho de 2019.

⁸⁸ Processo nº 0203711- 65.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital – RJ.

4.7 PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO

A materialização da cooperação corte-a-corte (CCC), quando for esta a opção dos envolvidos, se dará, na maior parte das vezes por meio da elaboração de um protocolo de cooperação (insolvency protocol), previsto na lei modelo em seu artigo 27, seção ‘d’:

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:
(d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings;

No mesmo sentido é a previsão do Regulamento Europeu nº 848/15⁸⁹:

Artigo 41, seção 1: O administrador da insolvência do processo principal de insolvência e o administrador ou os administradores da insolvência dos processos secundários de insolvência relativos ao mesmo devedor cooperam entre si, na medida em que essa cooperação não seja incompatível com as normas aplicáveis aos respetivos processos. Essa cooperação pode assumir qualquer forma, incluindo a celebração de acordos ou protocolos.

Destaque-se, novamente, que a CCC pode existir sem que haja um protocolo, como foi o que se verificou na recuperação judicial do Grupo Oi. Nesse caso, a cooperação se deu por meio de comunicações entre os envolvidos (troca de emails, reuniões e telefonemas entre os juízos e Administradores Judiciais brasileiros e estrangeiros, dentre outros).

Trata-se, na verdade, de uma mentalidade que deve permear os processos de insolvência transnacional, baseada na cooperação entre os juízos envolvidos, como exposto no item anterior. O Poder Judiciário de cada país deve estar ciente de que sua competência e decisões finais estarão assegurados, eis que inexistente uma instância revisora para decisões desta natureza, salvo aqueles integrantes da União Europeia, submetidos à decisão final da Corte de Justiça Europeia.

Dessa forma, as partes envolvidas têm liberdade para definir quais instrumentos serão adotados para viabilizar a cooperação, sendo que a intervenção judicial para fins de implementação do protocolo, na prática, é inclusive recomendada.

⁸⁹ Texto em português disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R0848&from=pt>. Acesso em 2 de junho de 2019.

O objetivo principal do protocolo é conferir eficácia, eficiência e celeridade ao tratamento do processo de insolvência transnacional, liquidando ou recuperando a atividade transnacional de sociedade que enfrenta dificuldades.

CONCLUSÃO

Como visto no presente estudo, a Lei nº 11.101/2005 se manteve silente sobre as principais questões enfrentadas na reestruturação do grupo econômico nacional e transnacional.

Diante do exposto restou demonstrada a necessidade da aplicação do procedimento da consolidação processual e substancial para o sucesso da recuperação econômica do grupo societário nacional.

Não apenas a interligação de suas atividades torna recomendável a consolidação processual no caso dos grupos econômicos. Em determinados casos, o princípio da preservação da empresa da Lei 11.101/2005 também justifica o litisconsórcio ativo na recuperação judicial dos grupos econômicos.

Com efeito, há casos em que a unificação dos procedimentos cria condições mais propícias às negociações entre os devedores e seus credores, que poderão definir os meios de reestruturação do grupo todo de forma harmônica. Ademais, a medida evita a decretação de decisões conflitantes, o que, sem dúvidas, traria obstáculos à superação da crise.

No entanto, devido às complexas relações societárias que compõem os grupos econômicos, a mera consolidação substancial não é suficiente para a sua reestruturação, devido à interdependência entre as diversas sociedades empresárias que o compõem, bem como a atuação conjunta dessas sociedades no mercado. Desse modo, uma condução conjunta da recuperação judicial por meio da união de ativos e passivos concursais de cada um dos integrantes do grupo econômico, denominada consolidação substancial, se apresenta como medida não apenas útil, mas muitas vezes indispensável à efetividade de todo o processo de reestruturação das atividades de um grupo.

Nos casos de insolvência transnacional, o principal desafio é a compatibilização da soberania dos Estados envolvidos com a existência de bens e credores ao redor do mundo. Indispensável lembrar, ademais, que apesar da existência de grupos econômicos transnacionais, a legislação falimentar e de recuperação de empresas, por sua vez, será sempre nacional.

Assim, cada processo de insolvência referente ao grupo multinacional terá seu curso no país que sediar o juízo competente, que será o do local do principal estabelecimento do grupo empresarial, cabendo à lei criar instrumentos de harmonização entre as jurisdições nacionais e estrangeiras onde as atividades são exercidas para viabilizar a reestruturação da empresa transnacional em dificuldade.

Inexistindo, no ordenamento jurídico brasileiro, autorização ou vedação expressa à reestruturação de empresa cujas sociedades que a exercem estejam situadas em outros países, a solução para casos desta natureza deve ser buscada pela aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Portanto, adotando-se como base a lei modelo da UNCITRAL e o Regulamento Europeu nº 848/15, a solução está na criação de um modelo de cooperação transnacional entre os juízos em que o devedor possui estabelecimentos. Restou demonstrado neste estudo que a cooperação, a coordenação e a comunicação entre as jurisdições envolvidas são fatores fundamentais para o sucesso da recuperação judicial do grupo econômico transnacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCARELLI, Tullio. Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Quorum Editora, 2008

BASTOS, Celso Ribeiro in MARTINS, Ives Gandra (Coord.). O Estado do Futuro. São Paulo: Pioneira, 1998.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASHNER, Andrew AIRES, António; XAVIER, Celso; FONTANA, Maria Isabel. Recuperação Judicial e Falência de Grupo Econômico. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). 10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 07 de maio de 2019.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (1942). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 3 de maio de 2019.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 1 de maio de 2019.

CAMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil brasileira. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPINHO, Sergio. O Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, tomo II.

CEREZETTI, Sheila Neder e SÁTIRO, Francisco. A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Revista do Advogado. Vol. 36. nº 131. Ano 2016.

CEREZETTI, Sheila C. Neder. Grupos de Sociedades e Recuperação Judicial: O Indispensável encontro entre Direitos Societário, Processual e Concursal. In: Flávio Luiz Yarshell/ Guilherme Setoguti J. Pereira (Coords.). Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. II.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 357 – 358

COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. Revista de Direito mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano 15, nº 23, p. 94, 1976 e CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 4, t. II.

_____ Direito Empresarial - Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINAMARCO, Cândido. Litisconsórcio. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf> Acesso em 24 de maio de 2019.

FELSBERG, Thomas Benes e CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação judicial de sociedades sediadas no exterior”. In: Dez anos da Lei nº 11.101/2005, São Paulo: Almedina, 2015.

GUIMARÃES, Márcio Souza. A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades. In: Ivo Waisberg; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. (Org.). Temas de

Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Direito Transnacional das Empresas em Dificuldades in Tratado de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa e Direito Marítimo (coord. COELHO, Fábio Ulhoa), v.7, São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Relatório do Anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal in Novas Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial (coord. COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes. São Paulo, Saraiva, 2015.

KLEIN, Darren S; MALINOWSKY, Thomas D. Comi-Migration, Comity and Cooperation: Chapter 15 and Multi-Jurisdictional Restructurings. (Sixteenth Annual International Insolvency Conference - Tokyo, Japan). International Insolvency Institute, 2016.

LAMY FILHO, Alfredo, BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. A Lei das S.A. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. I.

LAMY FILHO, Alfredo. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). Direito das Companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.II.

LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOPUCKIT, Lynn M. Cooperation In International Bankruptcy: a postuniversalist approach. Cornell Law Review. Vol. 84, 1999.

LOPUCKIT, Lynn M. Cooperation In International Bankruptcy: a postuniversalist approach. Cornell Law Review. Vol. 84, 1999.

LORETTI, Ricardo e CARPENTER, Marcelo Lamego. “Recuperação Judicial no Brasil de Empresas Estrangeira”, In: Luis Vasco Elias (Coord.), 10 anos de lei de recuperação de

empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 441-425

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 5º ed., São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Consolidação processual e substancial na recuperação judicial: o que é isso? Disponível em

<https://www.migalhas.com.br/InsolvenciaemFoco/121,MI296121,31047->

[Consolidacao+processual+e+substancial+na+recuperacao+judicial+o+que+e">Consolidacao+processual+e+substancial+na+recuperacao+judicial+o+que+e](#) Acesso em

26/06/2019.

RUGMAN, Alan; VERBEKE, Alain. Subsidiary-specific advantages in multinational enterprises. Strategic Management Journal, v.22, 2001.

SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SATIRO, Francisco e CAMPOS SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando. A Insolvência Transnacional: para Além da Recuperação Estatal e na Direção dos Acordos de Cooperação' in 'Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções', coord. de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Francisco Satiro, Ed. Quartier Latin

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2012, v.2, tomo I.

SIMONSEN, Mario Henrique. Os Desafios do Desenvolvimento. In SIMONSEN, Mario Henrique, CAMPOS, Roberto de Oliveira. A nova Economia Brasileira, Rio de Janeiro: J. Olympio, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito processual Civil. 59^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I.

VIO, Daniel de Avila, Grupos Societário – Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2016.

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2019.

WESSELS, Bob. Themes of the Future: rescue businesses and cross-border cooperation. Artigo apresentado no Congresso anual da INSOL na Europa, Paris, 27 de setembro de 2013.

WESTBROOK, Jay Lawrence. The Lessons of Maxwell Communication. Fordham Law Review, Volume 64, 1996.

WESTBROOK, Jay Lawrence. A Global Solution to Multinational Default. Michigan Law Review. Vol. 98. n. 7, Jun. 2000.