

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISADORA LEMOS CENI

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

**FLORIANÓPOLIS – SC
2018**

Isadora Lemos Ceni

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO:

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de
Bacharel/Licenciado em Direito
Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva
Neto

Florianópolis

2018

Este trabalho é dedicado à minha família.

laissezfaire, laissezaller, laissezpasser
(Marquês de Argenson,1751)

RESUMO

O presente trabalho irá discorrer primeiramente de forma destrinchada sobre os dois institutos que permeiam o assunto principal, Recuperação Judicial e Concessão de Serviço Público. Sendo que o primeiro capítulo tratará da Lei 11.101 de 2005, Lei que regula a Recuperação Judicial, e o segundo capítulo, tratará sobre a Concessão de Serviço Público. Por fim, tentar-se-á compilar o processo de Recuperação Judicial do Grupo OI, com mais de 200.000 páginas, trazendo as idéias principais de como se deu a maior recuperação judicial da América Latina. O debate a ser provocado é quanto à possibilidade de recuperação judicial de concessionárias de serviço público, a partir da premissa de que o pedido de RJ justificaria a agência reguladora em declarar a caducidade da concessão. Em especial se defenderá que, mesmo concessionária de serviços públicos, a empresa deve ter seu direito a recuperação judicial respeitado, e de modo geral, como a intervenção estatal prejudica a funcionalidade da economia em diversos sentidos. Ao final, concluir-se-á, que a caducidade não deve ser declarada nesses casos pela falta de suporte jurídico, no sentido de que, o simples pedido de recuperação judicial não se encaixa nos requisitos necessários para a aplicação desse tipo de medida.

Palavras-chave: Recuperação Judicial, Grupo Oi, Concessionária de Serviço Público.

ABSTRACT

The present article will first discuss in an intensive way about the two institutes that permeate the main subject, Judicial Recovery and Concession of Public Service. The first chapter will deal with Law 11,101 of 2005, Law that regulates Judicial Recovery, and the second chapter will deal with the Public Service Concession. Finally, will try to compile the OI Group's Judicial Recovery process, with more than 200,000 pages, bringing the main ideas of how Latin America's largest judicial recovery took place. The debate to be provoked is about the possibility of judicial recovery of public service concessionaires, based on the premise that the simple request would not justify the regulatory agency to declare the concession expiration. It will be defended that the Law 11.101 must be respected, otherwise the whole system will be in danger, because the state intervention undermines the functionality of the economy.

Keywords: Bankruptcy, Judicial Recovery, Concession of Public Service.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	10
2.1	CONCEITO E LEGISLAÇÃO PERTINENTE	10
2.1.1	Duplo aspecto da concessão	11
2.1.2	Intervenção, penalidades, e extinção da concessão.....	12
2.2	AGÊNCIAS REGULADORAS	14
2.2.1	Legislação específica ANATEL.....	17
3	RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	22
3.1	BREVE HISTÓRICO.....	22
3.1.1	Panorama geral	22
3.1.2	Brasil	27
3.2	CONCEITO E PROCEDIMENTOS.....	32
3.3	OBJETIVOS E FINALIDADES DA LEI.....	34
4	RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO (ESTUDO DE CASO)	37
4.1	PRIMEIRA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL	37
4.2	MAIOR RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL	46
4.2.1	HISTÓRICO E ATUAÇÃO.....	46
4.2.2	CRISE.....	48
4.2.3	PRÉ RJ	50
4.2.4	PROCESSO.....	52
4.2.5	Situação financeira do GRUPO OI e sua viabilidade econômica	66
4.2.6	TENTATIVA DE SE REERGUER	79
4.2.7	POSICIONAMENTO DO ÓRGÃO REGULADOR.....	82
5	CONCLUSÃO	88

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a utilização do instituto da Recuperação Judicial em empresas concessionárias de serviço público, em especial, a Recuperação Judicial da telefônica concessionária de serviço público representada pelo Grupo Oi.

A problemática do trabalho gira em torno da ausência de legislação que preleciona sobre a possibilidade ou não de uma empresa concessionária de serviço público obter a recuperação judicial, visto a Lei de Concessões preceder a Lei que dispositiva sobre os procedimentos de Recuperação Judicial, e ambas serem omissas quanto a possibilidade da situação narrada.

A importância de se elucidar a questão reside no fato de a intervenção do Poder Concedente na concessão significar a inviabilidade da recuperação da empresa em crise, que, indiretamente, não teria, então, direito a esse “benefício”.

O primeiro pedido de Recuperação Judicial de uma concessionária de serviço público foi da CELPA (Centrais Elétricas do Pará), empresa do Grupo Rede, que fez com que a ANEEL editasse Medida Provisória - convertida na Lei 12.783/2012 - para que não fosse possível conceder a Recuperação a empresas concessionárias de energia.

Com o peticionamento da ação pelo Grupo Oi, a primeira dúvida que surgiu seria se a ANATEL também agiria da mesma maneira, o que estremeceu o mercado ao se levar em consideração o tamanho do Grupo que peticionava, que, por sinal, depois de deferida foi considerada a maior recuperação judicial da América Latina.

Percebe-se então a estreita ligação entre as áreas administrativas, econômicas e jurídicas, e a indispensabilidade de serem geridas conjuntamente, de forma a impedir que a análise e regulamentação isolada traga efeitos em cadeia extremamente prejudiciais.

No caso em questão, não apenas a segurança jurídica está em jogo como também a funcionalidade do mercado, visto a relação simbiótica que a economia possui com as mais variadas áreas humanas.

A pesquisa do trabalho é qualitativa, utilizando-se de métodos como o dialético e o fenomenológico. E perpassa a pesquisa tanto exploratória quanto explicativa, ao se utilizar de pesquisa bibliográfica (obras), documental (reportagens), e estudo de caso (processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001).

O trabalho será dividido em quatro capítulos, que tratarão, em especial, sobre: a Recuperação Judicial, as Concessões de Serviço Público, o primeiro caso de recuperação judicial de concessionária de serviço público (CELPA) e do maior caso de recuperação judicial de concessionária de serviço público (Grupo Oi).

O primeiro capítulo tratará sobre as Concessões de Serviço Público, e terá como fundo teórico os autores Marçal Justen Filho e Maria Silvia Zanella di Pietro.

O segundo capítulo abordará o instituto da Recuperação Judicial tendo base os autores Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, e Rodrigo Tellechea. O assunto será trabalhado de forma dedutiva, primordialmente uma breve análise histórica comercial, para depois se deleitar a respeito da legislação específica. A narrativa cronológica busca elucidar a funcionalidade do instituto.

O terceiro capítulo abordará em linhas gerais a recuperação judicial da empresa concessionária de energia elétrica CELPA.

E por fim, de suma importância, se fará uma análise do processo do Grupo Oi e todas as suas peculiaridades, de forma a tentar explicitar ao máximo a melhor visualização do processo como um todo. Todavia, por ser um processo extremamente complexo com dimensões extraordinárias, talvez aqueles pontos que não possuam conexão direta com a problemática trabalhada sejam pouco ou nada explorados.

2 CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 CONCEITO E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A concessão é um dos instrumentos que o poder público se utiliza para diminuir a atuação direta do Estado, transferindo atribuições para o setor privado por contrato administrativo. O poder público conserva a plena disponibilidade sobre o serviço, a partir da fiscalização e controle, mas a execução do serviço estará com a empresa privada, que atua sob moldes privados, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas.

A fundamentação legal do instituto está no artigo 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” E no artigo 2º, inciso II, da lei 8.987: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”

No texto constitucional, os serviços públicos estão disciplinados em regras esparsas, mas que ditam os limites da atuação do Estado na prestação ou delegação dos serviços públicos. Com efeito, existem i) serviços de prestação obrigatória pelo Estado e de concessão obrigatória, que é o caso do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens previsto no art. 223 da CF; ii) serviço de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado ou de concessão proibida, que é o caso do serviço postal e correio aéreo nacional previsto no art. 21, X da CF; iii) serviço de prestação obrigatória sem exclusividade e de concessão proibida, é o caso da educação e a saúde (foram chamados de serviços ‘mistamente públicos e privados’ pelo STF na ADI nº 1923/DF); iv) serviços cuja prestação direta pelo Estado não é obrigatória, mas lhe incumbe incentivar e promover a atividade, a exemplo dos serviços de telecomunicações, transporte rodoviário, ferroviário, de navegação aérea, dentre outros previstos no art. 21, XI e XII, da CF, cuja numeração não é exaustiva.

A legislação específica que trata do tema é a lei acima referida, 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que tem como objetivo regular primordialmente: como deve se dar o serviço adequado; quais os direitos e obrigações do Poder Concedente, concessionário e usuários; a política tarifária; e a intervenção e extinção da concessão.

Os princípios administrativos que regem a concessão são os mesmos do Direito Público em geral. Dando especial evidência ao da continuidade, mutabilidade, e igualdade.

Isso porque muita das decisões do Poder Concedente será invocada, no caso ora estudado, em decorrência do princípio da continuidade, que obriga a não interrupção do serviço pelo concessionário, a não ser naquelas situações expressamente previstas em lei e contrato.

2.1.1 Duplo aspecto da concessão

Para uma idéia mais profunda e menos conceitual traz-se trecho dos autores franceses George Vedel e Pierre Devolvé (1984:1139), exposto por Maria Sylvia Zanella di Pietro, em sua obra *Poderes da Administração Pública*, que diz: “a concessão de serviço público se constrói sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão; (a) trata-se de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da administração; (b) e de outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível.”

O primeiro aspecto reconhece que por ser um serviço público, ainda se mantém certos poderes a Administração Pública. Do segundo, resulta o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, respeitando a natureza contratual da concessão.

O que é ratificado por Marçal Justen Filho, quando diz:

“A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”¹

E, completa:

“Toda regulação é concomitantemente econômica e social. (...) Toda e qualquer atuação regulatória consiste num conjunto de providências econômicas e sociais.”²

Essa dicotomia é importante, para justificar seu regime jurídico híbrido: em que dispõem de bens particulares, objeto de qualquer relação jurídica de direito privado, podendo ser alienados, permutados, etc; e uma parcela de bens afetados, os quais, por serem indispensáveis à continuação da prestação do serviço estão fora do comércio, sendo inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 648.

² *ibid.* pg 648.

Ainda de acordo com Di Pietro:

“Não há dúvida que na concessão de serviço público se estabelece uma relação contratual entre concedente e concessionária, na qual este último tem os interesses especulativos próprios de qualquer empresário; daí a razão de ter-se constituído toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujo objetivo é garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a percepção de remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato. Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração.”³

Essas cláusulas conhecidas como cláusulas financeiras, têm em contraponto as cláusulas regulamentares, que impõe ao particular não por decorrência do contrato, mas por se tratar de normas que decorrem do poder regulamentar da administração, por isso possui natureza regulamentar e não contratual (mesmo que presentes por ratificação no contrato).

No fim, o foco é, e deve ser em torno de se manter o equilíbrio mencionado, para que o caminho buscado se dê da forma mais linear possível, evitando surpresas desagradáveis que possam alterar sua funcionalidade.

2.1.2 Intervenção, penalidades, e extinção da concessão.

Lembra-se que a concessão não transfere a titularidade do serviço, mas apenas sua execução. E por isso, a Lei prevê diversas formas de controle, como, por exemplo, o direito de acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (artigo 30). Controle este que constitui um poder-dever, mas que deve ser exercido dentro de certos limites, visto que a fiscalização não pode substituir a gestão da empresa.

Como a fiscalização existe para evitar uma infração, há penalidades no caso de descumprimento do estabelecido em contrato. Então, além das cláusulas regulamentares, o Poder Concedente também tem como prerrogativa decretar: encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de aplicar sanções e decretar a caducidade.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017, pg. 92.

O artigo 38 exprime essa realidade: “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do artigo 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

Ao contrário de uma cláusula exclusivamente penal, com multa ressarcitória por perdas e danos em função do descumprimento do contrato, há especificamente cláusulas quanto às modalidades de extinção da concessão (capítulo X da Lei 8.987/95), que estão positivas na Lei em seu artigo 35, são elas: o termo final do prazo; a cassação; o decaimento; a anulação; a encampação; a rescisão; a caducidade e a falência ou extinção da empresa concessionária.

Em poucas palavras, a extinção devolve à Administração Pública os direitos e deveres relativos à prestação do serviço, facultando-lhe decidir pela execução direta da atividade ou por nova outorga mediante licitação.

O modo mais comum de extinção do contrato é o término do prazo. Mas existem dois casos específicos das concessões, quando da extinção antes do término, como: a encampação, quando a rescisão se dá unilateralmente por motivo de interesse público (artigo 37); e a caducidade, rescisão por inadimplemento contratual (artigo 38).

Na encampação, simplesmente não há mais interesse público que justifique a Administração manter o contrato, o que fará que de forma fundamentada peça pela extinção deste, com indenização ao concessionário caso esse venha a sofrer prejuízos.

Já na caducidade, por se tratar de inadimplemento, o Poder Concedente terá que avisar previamente o concessionário e lhe dar um prazo para que corrija as falhas e se enquadre novamente ao contrato. E só no caso de o inadimplemento permanecer, poderá o poder concedente instaurar processo administrativo de inadimplência, que se comprovada, terá como ônus ao concessionário a declaração de caducidade do contrato de concessão. Por óbvio, não haverá indenização pelos bens revertidos, inclusive, pode o concessionário ter até a obrigação de indenizar o Poder Concedente dependendo dos prejuízos que tenha causado durante o período.

Destaca-se principalmente essa última modalidade de extinção, a caducidade, porque na possibilidade de declarar a extinção da concessão pelo simples pedido de Recuperação Judicial, o órgão responsável normalmente faz menção a essa modalidade. Esse ponto será

tratado especificadamente mais a frente, após a perfeita compreensão de todos os outros agentes responsáveis pelo objeto do tema em apreço.

2.2 AGÊNCIAS REGULADORAS

No contexto de Reforma do Estado, com a privatização das estatais, houve a necessidade de se criar um órgão de controle que regulasse essas empresas que passariam a ser concessionárias de serviço público, de forma a assegurar a prestação do serviço e o funcionamento equilibrado da concorrência.

As agências surgiram no sentido de regular as atividades econômicas atribuídas ao Estado, o que ocorreu nos setores da energia elétrica, telecomunicações, exploração de petróleo, etc, na finalidade, como já dito, de desafogar o Poder Executivo de executar todas essas atribuições.

Em sentido amplo, agência seria qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. Em sentido estrito, e abrangendo apenas o modelo mais recente, a agência reguladora é entidade da Administração Indireta, autarquia em regime especial, com a função de regular a matéria que se insere em sua matéria de competência, outorgada por lei. Estando sujeita, então, ao princípio da especialidade, ou seja, especializada na matéria que lhe foi atribuída por lei.

Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca a independência que essas agências a princípio possuem, e que é decisivo para o entendimento completo da ação do órgão:

“Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos”⁴

⁴ ibid. pg. 226.

Di Pietro defende que essa independência analisada em conjunto com os três poderes é relativa.

Em relação ao Poder Judiciário, a agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa, mas, ainda assim, nada impede o controle de suas decisões pelo Judiciário - norma do art. 5º, XXXV, da Constituição: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por isso, ao contrário de outros países que seguiram o direito francês e adotaram o sistema da dualidade de jurisdição, que admite, ao lado da jurisdição comum, a jurisdição administrativa, com competência para dirimir conflitos de interesse envolvendo a Administração Pública, com força de coisa julgada, isso não existe no direito brasileiro. Então, mesmo que praticado por agências reguladoras, poderá ser reapreciado o mérito pelo Judiciário naqueles casos de lesão ou ameaça de lesão, por exemplo.

Quanto ao Poder Legislativo essa independência também é questionável, visto seus atos normativos não poderem conflitar com normas constitucionais ou legais. Além de estarem sujeitas ao controle pelo Congresso Nacional (art. 49, inciso X), e a controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas (artigo 70 e seguintes da Constituição).

“A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias que são, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas. Todavia, como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes das agências confere maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da administração indireta, em que os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas”.⁵

Mesmo que na tentativa de acertar, a independência absoluta do órgão não estaria de acordo com os princípios democráticos, e a tão consolidada separação de poderes. Por isso, correta essa relativização, para que, possa se ter de certa forma, algum controle que seja sobre as decisões desse tipo de órgão, de forma a restringir sua discricionariedade.

Maria Sylva di Pietro afirma, ainda, dupla função também desempenhada pelas agências. De um lado, ao assumirem poderes e encargos do poder concedente nos contratos de

⁵ *ibid.* pg 226.

concessão, como os de fazer licitação, contratar, fiscalizar, punir, alterar, rescindir, encampar etc. E de outro, ao exercer a chamada regulação propriamente dita, que é entendida em sentido mais amplo, abrangendo a competência de estabelecer regras de conduta, para fiscalizar, reprimir, punir, resolver conflitos, não só no âmbito da própria concessão, mas também na relação com outras prestadoras de serviço.

No que diz respeito às concessões, às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação deveria se resumir em: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, celebrar o contrato, ter controle sobre as tarifas cobradas, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, intervir ou extinguir a concessão nos casos previstos em lei.

Quanto ao poder de regulação do órgão, defende Di Pietro:

“À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. Para esse tipo de ato também não há óbice de ordem jurídica. Trata-se do tipo de atividade mais típica da função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade.”⁶

Conforme muito bem exposto, isso lhes concede certa margem de flexibilidade e discricionariedade, que, a meu ver, vai de encontro com o equilíbrio mencionado nos tópicos anteriores. Porque, como foi visto e será visto ainda mais a fundo, a legislação impõe severas medidas ao concessionário, como em um contrato de adesão, que pode a partir de toda essa independência, flexibilidade, e discricionariedade se eximir de qualquer ônus.

Como o tema principal desta monografia gira em torno da Recuperação Judicial de uma telefônica concessionária de serviço público, imperioso que se discorrerá quanto a ANATEL e a legislação específica que a criou (9.472 de 16 de julho de 1997).

⁶ *ibid.* pg. 246.

2.2.1 Legislação específica ANATEL

As duas únicas agências previstas na Constituição Federal são a ANATEL e a ANP, prevista nos artigos 21 XI e 177 §2º III, respectivamente.

A lei especial que determinou a criação da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e regula os serviços de telecomunicação, objeto deste estudo, é a **lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**, em seu artigo 8º: “Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”

Segundo Carlos Ari Sunfeld:

“A LGT, embora tenha um conteúdo denso em termos de definições regulatórias, se comparada com as de outros países, preocupou-se mais com as grandes decisões de política setorial (como a opção pela competição), com os princípios e com o desenho de atos e processos de outorga. Ademais, vinculou tudo isso com os aspectos institucionais: criou a agência reguladora e disciplinou sua atuação (exigindo a realização de processo normativo para os regulamentos, por exemplo), além de definir seu relacionamento com o Poder Executivo e o CADE.”⁷

Mesmo com a legislação específica, a definição das modalidades de prestação de serviço público permaneceu com o Poder Executivo, fora da competência da ANATEL, podendo sua prestação ocorrer também sob regime de direito privado ou de direito público, que, nesse último caso, se sujeita ainda à obrigação de universalização, conforme arts. 62 à 65 da Lei nº 9.472/97: Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo. Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade. Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse

⁷ SUNFELD, Carlos Ari. ‘A regulamentação das telecomunicações’, in FIGUEIREDO, Marcelo, Direito e regulação no Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros, 2004, p.116

coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar. Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral. Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação: I exclusivamente no regime público; II - exclusivamente no regime privado; ou III - concomitantemente nos regimes público e privado. § 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização. § 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o caput, poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

As medidas impostas como obrigação da agência pela lei se resumem naquelas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, como: celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, e exercer as competências de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica (ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), e também, a elaboração de relatório anual de suas atividades (artigo 19).

Exclusivamente ao regime de concessão, é permitido pelo art. 48, que para qualquer serviço, seja feita a título oneroso, com a autorização de cobrança do respectivo preço nas condições estabelecidas na Lei e na regulamentação, constituindo o produto da arrecadação receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL. E conforme art 6º (editado pelo artigo 51) serão pagas taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento, que, de acordo com o § 1º Taxa serão devidas pelas concessionárias no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações, e (§ 2º) servem para a fiscalização anual do funcionamento das estações. Inclusive, o artigo 8º, § 2º, determina que o não-pagamento da Taxa no prazo de sessenta dias após a notificação da Agência determinará a caducidade da concessão.

Uma das obrigações das empresas concessionárias, então, além da universalização, é também o pagamento de taxas de fiscalização.

Transcreve-se alguns artigos como esse, para evidenciar que o equilíbrio contratual entre concessionária e concedente, exposto previamente, pode ser distorcido.

Em geral, subsidiariamente a lei 9.472 será aplicada a Lei Geral de Concessões. Inclusive, muitos dos artigos expostos na lei ora apresentada, só reiteram o já exposto na legislação geral.

Como, por exemplo, aqueles artigos que têm impacto no objeto da presente monografia, entre eles o 110 em que se define que será decretada a intervenção na concessionária, por ato da Agência, em caso de: paralisação injustificada dos serviços; inadequação ou insuficiência dos serviços prestados, não resolvidas em prazo razoável; desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de má administração que coloque em risco a continuidade dos serviços; prática de infrações graves; inobservância de atendimento das metas de universalização; recusa injustificada de interconexão; infração da ordem econômica nos termos da legislação própria. E o 112, que determina se dar a extinção da concessão por advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão e anulação, devolvendo à União os direitos e deveres relativos à prestação do serviço.

O artigo 111 diz respeito a como se dará o procedimento de intervenção: o ato de intervenção indicará seu prazo, seus objetivos e limites, que serão determinados em função das razões que a ensejaram, e designará o interventor. § 1º A decretação da intervenção não afetará o curso regular dos negócios da concessionária nem seu normal funcionamento e produzirá, de imediato, o afastamento de seus administradores. § 3º A intervenção poderá ser exercida por um colegiado ou por uma empresa, cuja remuneração será paga com recursos da concessionária. § 5º Para os atos de alienação e disposição do patrimônio da concessionária, o interventor necessitará de prévia autorização da Agência. § 6º O interventor prestará contas e responderá pelos atos que praticar.

Sobre a decretação de caducidade, em especial, a LGT traz em hipóteses bem definidas: art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses: I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária; II - de transferência irregular do contrato; III - de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o art. 87 desta Lei; IV - em que a intervenção seria cabível, mas sua decretação for inconveniente, inócua, injustamente benéfica ao concessionário ou desnecessária. § 2º A decretação da caducidade será precedida de procedimento administrativo instaurado pela Agência, em que se assegure a ampla defesa da concessionária.

A verdade é que, em geral, a legislação brasileira ao tentar evitar qualquer brecha se torna extremamente prolixa. Ou seja, reitera em variadas normas as mesmas idéias principais quanto a assuntos muito semelhantes.

Quanto a ANATEL e sua legislação específica muito tem justificativa pelo movimento de Reforma do Estado mencionado, e a privatização de TELEBRÁS, por exemplo, que demandou que houvesse uma maior regulação em face dos desdobramentos que seriam causados.

Importante nesse momento, traçando rapidamente um paralelo com a Intervenção que ocorreu nas concessionárias de serviço público de energia elétrica, que teve uma legislação editada no sentido de que o Estado deveria realizar a intervenção nesse tipo de concessão.

Ao se analisar os procedimentos de intervenção, mencionados nessas leis relativamente comuns entre si, resta perceptível que o que foi deliberado para ser feito pelo Estado em muito se assemelha ao procedimento de recuperação judicial.

A maior diferença reside no fato que, ao contrário de uma legislação que pensa no bem do mercado, e efetiva resolução da crise, refletindo um pensamento a longo prazo. A legislação que permite a intervenção é de certa forma autoritária, e não reflete um espírito de mercado, mas, sim, uma reação paternalista, de intervir mesmo sem saber como consertar.

Impossível não mencionar também, que da leitura da lei, em diversa vezes sobressai aos olhos, que praticamente não cabe nenhuma responsabilidade direta da agência, só aquelas extremamente gerais como fiscalizar e etc, e quanto a parte adversa é o tempo todo incumbida de qualquer ônus que venha surgir.

Por exemplo, no caso da intervenção, o Poder Concedente se desincumbi de toda e qualquer responsabilidade, não só daquelas que foram causadas pelo concessionário, mas também aquelas que surgirem durante sua intervenção, deslocando para quem suceder a licitação.

Não se nega que o interesse público deve ser respeitado, e que a população já é exonerada em demasia com impostos e outras contribuições estatais. Todavia, o prejuízo ao interesse público, como será demonstrado mais a frente, será catastrófico caso o Poder Concedente interfira sem qualquer tipo de responsabilização por uma má gestão nesse período

de intervenção, possibilitando, até mesmo, que bagunce, e desestruture ainda mais a economia.

O que só ratifica a tese de que falta a sensibilidade dos órgãos reguladores quanto ao seu impacto negativo na Economia, ao tomar medidas sem conhecimento técnico, de forma arbitrária, e sem qualquer segurança jurídica.

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 BREVE HISTÓRICO

3.1.1 Panorama geral

A História atua por meio da interpretação das provas, dos documentos, não da simples reprodução daquilo que foi dito por outros.⁸

A importância de previamente se ter uma base histórica da evolução do instituto falimentar de modo geral, é compreender seus avanços frente a suas limitações do passado. E acompanhar que ao contrário de diversas leis anacrônicas que permanecem na nossa legislação, esse é um caso que se buscou alcançar da forma mais efetiva possível as intenções buscadas na atualidade.

Muito bem referido, no livro teórico básico de estudo desta monografia⁹, a observação de Pontes de Miranda em que: “não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é sem se conhecer o que foi”.¹⁰

A inegável que a legislação atual garante a divisão entre corpo do devedor e seu patrimônio. Sendo que, suas obrigações com credores recaem apenas sobre seus bens, direitos, e projeções econômicas. Acontece que, nem sempre foi assim.

Assim como nas artes e nas ciências biológicas (clássico/barroco, romantismo/realismo, oscilação de pólipos e medusas, respectivamente) a evolução do direito falimentar também respeitou essa lei universal cíclica de tese/antítese. E durante muito tempo exerceu um caráter pendular, que será melhor compreendido ao desenrolar dessa narrativa.

Em um primeiro momento na história, a coação física do devedor parecia o caminho natural para a cobrança de dívidas. Inclusive, nas civilizações da Antiguidade, à margem da prestação jurisdicional do Estado, o credor aprisionava, escravizava ou até executava um mau pagador.

Na Índia, por exemplo, o Código de Manu possibilitava a submissão do devedor ao trabalho escravo, caso este fosse de uma casta inferior. No Egito, caso o devedor falecesse o cadáver seria do credor, de forma a intimidar que a família arcasse com o débito para resgatar

⁸ COLLINGWOOD, R.G. A idéia de História. Trad. de Alberto Freire. Lisboa: Editorial Presença. 1972, pg. 17.

⁹ SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo; Recuperação de Empresas e Falência. Editora: Almedina, 2017

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, v. I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XV.

o morto. Na Grécia Antiga, como é sabido por todos, a regra era a servidão pessoal do devedor ao credor, quando impossibilitado de solver a dívida.

Em linhas gerais, assim como nas aulas de história na escola, deve-se seguir diretamente, e inevitavelmente, Roma.

Para os autores Scalzilli, Spinelli, e Tellechea, a partir da leitura de vários autores europeus como Leist, Arangio-Ruiz, Di Porto e outros, afirmam terem os romanos não se dedicado apenas à: conquista, agricultura, política, e ao ócio. Mas, também, à intensa vida comercial e industrial (!), com engenhosos ajustes societários, permitindo o comércio internacional (como o de escravos), associação de banqueiros, a exploração de minas, de obras públicas, coleta de tributos, entre outras altamente sofisticadas.

Por essa razão, alguns tratadistas enxergam no Direito Romano as origens do direito concursal contemporâneo. Mesmo que, embora, o direito comercial propriamente dito tenha se formado nas cidades italianas durante a Idade Média.

Todavia, é certa a influência romana em certos institutos como a falência.

Nos primórdios e bárbaros tempos romanos, os devedores respondiam com sua liberdade, honra, vida, e corpo. Em certos casos, tendo seus corpos esquartejados para que fossem divididos entre seus credores, diz o misticismo – entregar as divindades maléficas como forma de castigo pelo inadimplemento da obrigação (efeito coativo entre eles).

Após todo esse misticismo e religiosidade, surge a conhecidíssima Lei das XII Tábuas pela responsabilidade exclusivamente patrimonial. Agora, que, a coação física do devedor não existe mais, o foco concentra-se na expropriação do seu patrimônio, surgindo a necessidade de instrumentalizar essa execução. Porque mesmo possuindo patrimônio, os credores não podiam tocá-lo. Isso decorria da mentalidade – instinto primitivo de vingança pelo descumprimento do pacto - de que a única execução possível era a agressão pessoal.

“Ainda em um misto do contexto da época e da tentativa de redirecionar o pagamento da obrigação de forma menos pessoal, diz Sampaio de Lacerda ‘falhar’) e não mais poderia praticar o comércio – problema que era resolvido com a quebra da banca na qual ele expunha seus produtos na feira (daí a alusão à ‘quebra da banca’ e às expressões ‘quebra’ e ‘bancarota’ como sinônimos de falência) -, ainda nos dias de hoje a falência encerra, especialmente nos países em que o catolicismo é

predominante, um juízo moral sobre o seu responsável, além de conferir-lhe a pecha, quase sempre irreversível, de mau comerciante, desonesto e fraudador.”¹¹

Podia, ainda, pela Lex Iulia, o devedor de boa-fé oferecer aos credores todo o seu patrimônio em pagamento ao débito (*cessio bonorum*) sem que os credores pudessem recusar a oferta. Das referidas leis romanistas derivam alguns princípios fundamentais, como: *par conditio creditorum*, *actio pauliana*.

Com a queda do Império Romano (476 a.C) e a desordem social que se seguiu, a vida nos grandes centros urbanos deslocou-se para os campos sob a proteção dos senhores feudais – a estrutura social, política e econômica (agrária e de subsistência) passa a se fundar inteiramente na propriedade de terra e na relação suserania-vassalagem.

Nesse contexto, em função das invasões bárbaras, há a introdução do direito germânico, que recrudescer o tratamento imposto ao devedor insolvente.

No decorrer da Idade Média o renascimento comercial, sobretudo na Itália (pela sua posição estratégica na circulação de bens, pessoas, capitais e títulos), trouxe frutos esplendorosos para a evolução do Direito Comercial.

Os estatutos das cidades italianas previam a execução coletiva do devedor insolvente por meio de procedimento análogo à falência de nossos tempos. A concordata majoritária, conhecida como instituto humanizador da falência, também já estava delineada nos estatutos das cidades italianas, pelo menos as linhas essenciais.

O período suspeito, a verificação e a classificação dos créditos, a assembleia de credores, as deliberações por maioria, são uma série de elementos atuais que já estavam presentes.

“De qualquer sorte, a característica geral da legislação estatutária do período em matéria falimentar é a grande severidade no tratamento dispensado ao falido, de natureza cruel e degradante. Sofria ele a ‘pena de infâmia’, além de ampla reprovação social” (SST, pg. 53)⁶ Chegou a haver um momento em Florença, que não só o falido, mas também sua mulher e filhos eram presos até que as dívidas fossem pagas. Havia casos também, em que aquele que fornecesse abrigo ao devedor seria multado, podendo, inclusive, responder pelo débito do devedor.

Já na Idade Moderna pouca coisa avançou, certa lei inglesa de 1676 permitia aos comissários da falência, além de se apoderarem da pessoa do devedor e de dispor de seus

¹¹ SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo; Recuperação de Empresas e Falência. Editora: Almedina, 2017, pg. 50

bens, submetê-lo ao pelourinho e até extirpar-lhe uma das orelhas, caso tivesse fraudulentamente subtraído bens acima de determinado valor.

Isso tudo porque contra o falido recaía a presunção de fraude – axioma *decoctor ergo fraudator* -. Tanto que, uma bula papal de 1570 condenou à pena de morte os bancarroterios fraudulentos e a penas graves aqueles que quebrassem por negligência, por luxo, por prodigalidade ou para satisfazer caprichos.

Os caminhos que levavam a falência eram: a) fuga do devedor, que gerava a presunção de insolvência; b) a requerimento de um credor; c) a pedido do próprio devedor.

“De uma maneira geral, a execução coletiva do devedor foragido ocorria por meio de dois decretos expedidos pelo cônsul. No primeiro, os credores assumiam o patrimônio do devedor para garantir sua conservação. Poderia, ainda, o devedor aparecer e solver as suas dívidas. Não ocorrendo o pagamento, os credores requeriam a emissão do segundo decreto, o qual abria nova fase no procedimento. A partir daí, eram verificados os créditos e os privilégios, sendo, também, nomeado um curador para administrar o patrimônio do devedor. Ao fim e ao cabo, o patrimônio era vendido e o produto da venda rateado entre os credores, de acordo com as suas preferências”.¹²

É apenas após esse período, que a quebra deixa de imputar ao falido presunção absoluta de fraude, passando a gerar uma presunção relativa que poderia ser afastada.

A essa época vigorava a regra de que o primeiro credor a realizar a penhora dos bens do devedor obteria a prioridade no pagamento - regra que tentava privilegiar o credor mais diligente, ou como colocar pelos autores ora trabalhados, ou o mais aflito. Com o aumento de influência do direito francês, essa regra perdeu força diante do princípio romano da *par condicio creditorum*.

Finalmente, frisa-se que todos os estatutos admitiam a concordata, embora com características variadas, como: dilação no prazo de pagamento, redução dos débitos na proporção do que restou de ativo no patrimônio do devedor, ou, ainda, que os acordos seriam feitos individualmente com cada um dos credores.

Dando-se o exemplo de Florença, o estatuto impunha ao devedor beneficiado que, quando retornasse a melhor fortuna, pagasse integralmente a obrigação ao credor.

¹² *ibidem*. pg. 50

O tratamento cruel estigmatizado com a ideia de ser o falido um fraudador é amenizado com os ideias humanistas e liberais da Idade Contemporânea. Assim, o aspecto econômico da falência ganha destaque frente ao seu caráter subjetivo-punitivo anterior.

Na passagem do século XIX-XX, a crise da macroempresa atrai a atenção pela insatisfatória resposta da concordata e da falência para essas situações.

O que transfere o foco a questão social, “com as consequências e reflexos não só para o devedor e seus credores, mas também para empregados, fornecedores, clientes e comunidades inteiras”.¹³ Ou seja, a atenção passa para a preservação da empresa, do que puramente sua liquidação. O que influenciou, com certeza, a legislação ora em vigor no Brasil.

“(…) a premissa básica que perpassa a recuperação de uma empresa em dificuldade econômico-financeira é a de que todos os envolvidos no negócio, incluindo os credores, o devedor, os seus sócios, os empregados, os fornecedores e a comunidade em geral podem se beneficiar com a superação do estado de crise empresarial”¹⁴

Em resposta às crises dos mercados emergentes nos anos 1990 o Banco Mundial estabeleceu princípios e diretrizes, como: Principles and guidelines for effective Insolvency and Creditor Rights Systems.

“Os princípios compõem uma ampla iniciativa global em prol da reforma convergente das leis de insolvência com o objetivo de promover mais certeza e previsibilidade nos resultados dos processos concursais, permitir uma acurada identificação dos riscos por agentes financiadores, estimular o cuidado com o endividamento e promover o tratamento adequado de devedores e credores em situações de crise econômico-financeira. Os Principles and guidelines influenciaram diretamente na padronização dos sistemas mundiais quanto ao tratamento dos créditos garantidos, ao estímulo das soluções negociadas e ao binômio ‘disposição de meios de recuperação para empresas viáveis’ versus ‘liquidação rápida e eficiente de empresas não viáveis’¹⁵

Esses princípios até 2004 auxiliaram a reforma de leis em cerca de 24 países, a partir disso o Banco Mundial aprovou, em 2005, uma versão revisada do documento.

¹³ ibidem. pg 59.

¹⁴ ibidem. pg 59

¹⁵ ibidem. pg 60

3.1.2 Brasil

Quando colônia, o Brasil valia-se da legislação de Portugal, e para uma parcela da doutrina o marco fundamental do estudo do Direito Falimentar no Brasil, se deu um ano depois do grande terremoto ocorrido em Lisboa (1755), quando Marques de Pombal editou um alvará que se atentava aos desajustes causados à economia da metrópole pelo cataclismo, e os distúrbios causados em decorrência disso por aproveitadores desses momentos sombrios, deu-se, então, maior destaque à matéria falimentar.

A legislação trazia a princípio, punição, inclusive, de pena de morte, ao falido fraudador, muitas vezes, a punição tinha direta consonância com o valor do passivo.

Nota-se que a maior diferenciação que surge neste contexto, é entre falência culposa e inocente. Tanto que, aquele que caiu em pobreza sem culpa, apenas se submetia ao concurso de credores.

Ao contrário daqueles que incorreram em pena, ou gastaram excessivamente. Se via uma gradação entre aquele que agiu com dolo, que poderia ser morto ou exilado; e aquele que perdeu os bens por jogo, por exemplo, que seria degredado, mas não morto; e o falido azarado que não sofreria pena alguma (visto, inclusive, já ter sofrido).

“De qualquer forma, a falência inocente, do comerciante honesto, porém infeliz, deveria, obrigatoriamente, principiar pela confissão de quebra. Explica a doutrina que o comerciante a que faltasse crédito deveria apresentar-se de pronto na Junta – no mesmo dia ou, no máximo, no dia seguinte -, confessando sua falência. Deveria jurar a verdadeira causa que motivara a quebra e o montante das perdas sofridas. Nesse ato, deveria também entregar as chaves de seu estabelecimento, seus livros e papéis, descrevendo todos os seus bens, móveis, de raiz ou créditos, sem ocultar nenhum deles. Caso assim não procedesse, a quebra seria reputada como fraudulenta.”¹⁶

O direito brasileiro foi, e é influenciado largamente pelo direito francês (inclusive no aspecto das concessões, o berço histórico diz respeito igualmente ao direito francês).

Assim, o Código Comercial francês de 1807, influenciou o nosso Código Comercial de 1850, e em conseqüência, a legislação falimentar. Em que as quebras eram dedicadas exclusivamente aos comerciantes (apesar de a atividade empresária no País ser ainda incipiente), começa neste momento a se sentir a diferenciação entre o civil e o comercial, que

¹⁶ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016, pg.62

até então era pouco delineado. Todavia, havia, ainda, a íntima conexão com o Código Criminal, que mostrava que nos casos de fraude a punição seria de prisão c/c trabalho de 1 a 8 anos – incorrendo na mesma pena os cúmplices.

A influência do direito francês era direta, desde o primeiro dispositivo, cujo teor dizia que o comerciante que cessasse os seus pagamentos se entenderia quebrado/falido. Quanto à concordata, nesse momento se dava da seguinte forma: a) só seria concedida se aprovada por maioria absoluta dos credores (independentemente de comparecimento em assembléia); b) que estes detivessem dois terços de todos os créditos.

Sobre esse assunto, importante transcrever fato histórico memorável da época para ilustrar a situação em comento:

‘Conta a história que o Barão de Mauá, endividado pelas despesas realizadas na construção da ferrovia Rio-São Paulo, e traído pelos ingleses, que se haviam comprometido a financiar a obra, ficando às portas da falência, não conseguiria cumprir o requisito da concordância dos credores do seu banco, espalhados pela América Latina, aos milhares, muitos deles formando grupos enfurecidos, pela perda de seus investimentos. Obteve junto à Coroa a mudança da legislação, abrandando a exigência da concordância dos credores e admitindo a representação em assembléia por procuração. Necessitava o apoio financeiro da Coroa. Até nisso, Mauá, mostrou ser um pioneiro, pois ali estava o primeiro caso documentado de crise sistêmica financeira, sendo, portanto, o idealizador do primeiro PROER. Suas intenções esbarraram em conselheiros palacianos que obstaculizaram seus projetos, disseminando boatos e intrigas. Entre estes, espalhavam que o povo dizia haver um Imperador e um Rei, este o próprio Mauá. Temendo ser desmoralizado, Dom Pedro II abandonou Mauá à própria sorte. Este tentou, na Justiça, uma ação de indenização por quebra de contrato, mas de modo aberrante foi decidido que a matéria deveria ser submetida às Cortes Inglesas. Falido, pagou todos os credores, tendo vendido até o último de seus bens particulares. Chegou a tornar-se, depois mais uma vez, um dos homens mais abastados do país.’¹⁷

Há relatos que o Parlamento aderiu muitas dessas idéias, como quando em 1882 a Lei 3.065 estabeleceu a regra da maioria simples, isto é, maioria dos credores que comparecessem em assembléia – legislação que também possibilitou a representação dos credores por procuração e/ou preposto.

¹⁷ OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. Recuperação Empresarial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

Digno de nota, também, o instituto da moratória; que, para que um comerciante pudesse fazer uso deveria: a) demonstrar a impossibilidade de solver suas dívidas de pronto em razão de acidente extraordinário imprevisível ou de força maior e, adicionalmente, ter fundos suficientes para fazê-lo caso se pudesse aguardar por algum tempo, prazo que não poderia ultrapassar três anos.

Ainda nesse período histórico, veio a lume a primeira legislação sobre intervenção e liquidação forçada de instituições financeiras, em decorrência da falência da famosa Casa Bancária Vieira Souto.

A parte destinada às quebras (terceira parte do CC/1850) foi reformada pelo Decreto 3.065, pois como visto não atendeu as necessidades. Sendo, assim, introduziu-se com o decreto a concordata preventiva no Brasil.

Em 1890 (República), a Crise do Encilhamento e a necessidade de conter a fraude generalizada das falências fizeram com que a terceira parte do Código Comercial fosse derogada (Decreto 917, jurista Carlos de Carvalho).

O ponto mais marcante da alteração ficou caracterizado pela falta de pagamento de obrigação líquida e certa no respectivo vencimento (impontualidade), que substitui à cessação de pagamentos como elemento central do sistema.

“Como explica Waldemar Ferreira, a demora em se decretar a falência apenas ilude os credores de boa-fé, cavando mais fundo a ruína do devedor, animando-o, muitas vezes, a por em prática fraudes, planejada com calma e em prejuízo aos credores. Apesar das críticas sofridas, a impontualidade como critério central do sistema falimentar mereceu aplausos de grandes juristas, que atribuíram o insucesso da legislação em questão mais aos juízes que não souberam bem aplica-la do que às suas características intrínsecas.”¹⁸

O Decreto 917 permitiu, judicialmente: (a) a concordata para pagamento, manutenção do devedor na posse da massa pelo tempo acordado para pagamento; e também (b) a concordata por abandono, em que os bens da massa eram todos ou parte deles adjudicados para solução do passivo – o devedor se encontraria liberado dos efeitos da falência.

Segunda fase da evolução do instituto da falência no Brasil:

¹⁸ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016, pg.66.

“Apesar das grandes evoluções trazidas, o Decreto 917 foi descrito pela doutrina como sendo uma lei que concedia excessiva autonomia aos credores, além de ser muito benevolente com os devedores, pois variados eram os meios preventivos para evitar a bancarrota.”¹⁹

Assim, em 1902 houve nova Reforma, pela Lei 859, que regravava a concordata suspensiva, a preventiva (que podia ser judicial ou extrajudicial), e a amigável.

Na falência inaugurou a figura do síndico de massas falidas, que não participaria mais do quadro de credores, no intuito de se evitar conluíus e fraudes.

“Segundo consta, o diploma se mostrou inferior e muito mais danoso do que a lei que veio reformar. Ademais, provocou tantos escândalos que o Congresso tomou a iniciativa de substituí-la.”²⁰

A Nova Lei (2.024/1908) admitia a presunção de insolvência não só pela pontualidade, mas também pela prática de certos atos e celebração de certos contratos que justificavam seu pedido e o decreto judicial.

“Quanto à concordata, manteve a concordata suspensiva (proposta pelo falido aos credores e, homologada judicialmente, cessava o processo de falência) bem como a preventiva (objetivando evitar a decretação da quebra, sendo, então, proposta pelo devedor certas condições de pagamento aos credores, indicando eventuais garantias, o que deveria ser aprovado em assembléia – e o descumprimento de certos deveres ou a falta de pagamento das obrigações ensejava a falência); foi extinta, todavia, a concordata extrajudicial e a possibilidade de o devedor convocar credores para propor a dilação de prazos, a remissão ou a cessão de bens (o que passou a ser caracterizado como ato falimentar) – e isso por conta dos abusos perpetrados no passado em decorrência do seu mau uso.”²¹

Posterior a essa, em consonância com o contexto histórico - primeira guerra mundial e crack da bolsa de Nova Iorque – a Associação Comercial de São Paulo, sob a responsabilidade de Waldemar Ferreira, seguiu o propósito de “melhor a lei conservando-a”.

A doutrina estrangeira aplaudiu a nova lei como uma das melhores do mundo. Porém, a ineficiência dos juízes, foi novamente causa para que os resultados práticos não saíssem como o esperado.

“Com o duplo objetivo de punir severamente o devedor desonesto, mas também auxiliar o devedor honesto a reerguer sua empresa, Trajano de Miranda Valverde

¹⁹ *ibid.*, pg. 67.

²⁰ *ibid.* pg. 68

²¹ *ibid.* pg. 68

elaborou anteprojeto de lei falimentar cuja principal inovação foi tirar das mãos dos credores o poder de decidir sobre a concessão da concordata ao devedor. Segundo as palavras do próprio autor do anteprojeto: ‘a autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores, no estado jurídico da falência ou da concordata, com muito direito e nenhuma obrigação, era, para nós, a causa primordial dos males de que se queixava o comércio’. A despeito do nobre propósito, o referido anteprojeto não atingiu o fim planejado, tendo sido substituído por outro, que, no entanto, manteve suas linhas mestras.”²²

O Decreto-Lei 7.661/1945, seguindo também o contexto da época, fundou-se em cima do Estado Novo e sua filosofia política fundada no aumento dos poderes do Estado. Foi nessa ocasião em que o poder dos credores se enfraqueceu, e se fortaleceu os poderes do magistrado. Não por acaso, todas as figuras de concordata deixaram de ser um acordo entre credor e devedor, e passaram a ser 100% judicializadas, esse modelo ficou conhecido como “concordata fascista”.

Esse engessamento provocado tanto ao devedor quanto ao credor, mostrava que não havia nada de concordar aí. O triste é que só atentaram novamente ao fundamental que é a empresa em crise, que inclusive vai além do binômio devedor-credor, após 60 anos. Quando, felizmente, veio, então, a Lei 11.101/2005.

Em resumo, o instituto começou fortemente punitivo e no corpo do devedor, para depois visar à liquidação dos débitos com os credores, para aí, então, respeitar ambos os lados (devedor-credor), de forma a realizar acordos. Por fim, atualmente, se tem o período de valorização da preservação da empresa (trabalhadores, comunidade, fornecedores, entre outros).

“Passou-se, assim, de um sistema que visava, inicialmente, à proteção individual do credor ou do devedor, para uma proteção funcional da economia e da coletividade devido ao reconhecimento de diversos interesses na manutenção da empresa”.²³

Agora, ao contrário dos sistemas liquidatórios-solutórios, voltados ao pagamento dos credores e que buscavam repelir do mercado o devedor inadimplente, a atenção do legislador foi em oferecer soluções razoáveis para a recuperação da empresa em crise.

²² *ibid.* pg. 69

²³ *ibid.* pg. 71

3.2 CONCEITO E PROCEDIMENTOS

A Lei 11.101/2005 regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. E extingue o antigo modelo utilizado, da concordata.

Como o objeto desta monografia é a recuperação judicial, delimitar-se-á aos dispositivos referentes exclusivamente ao tema.

Primeiramente, a lei determina que a empresa, para entrar em recuperação judicial, preencha alguns requisitos como: não estar falida, existir regularmente há mais de 2 anos, não ter obtido o mesmo benefício há menos de 5 anos, e seu sócio controlador e administradores não terem sido condenados pela prática de crime falimentar.

Preenchidos esses requisitos, o processamento da recuperação passará por três fases.

Na primeira, a sociedade empresária em crise apresenta o requerimento do benefício (fase postulatória), que se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido.

Na segunda fase (fase deliberativa) discute-se e aprova-se um plano de reorganização para a empresa em crise, se dá do despacho que manda processar a recuperação até a decisão que concede o benefício.

A fase de execução é a última etapa e compreende a fiscalização do cumprimento do plano que foi aprovado pelos credores em Assembléia Geral, e se inicia a partir da decisão concessiva da recuperação judicial até sentença que dê por encerrado o processo.

Na primeira fase, o deferimento para processamento da recuperação congela as execuções em face do devedor por 180 dias (stayperiod) para que com esse “fôlego” se possa dar a atenção devida para a elaboração do plano de reestruturação.

O plano proporá medidas como o parcelamento, a venda de ativos, que serão apreciadas pelos credores, para que, caso o plano venha a ser aprovado, as obrigações antigas por ele abrangidas se extingam para que as novas estipuladas passem a valer.

Nos dois anos seguintes o devedor permanecerá em recuperação, e deverá cumprir todas as obrigações que vencerem até esse período, o restante das obrigações, ainda por vencer, serão cumpridas extrajudicialmente.

Em geral, o procedimento se dá com: a) dilação do prazo ou revisão das condições de pagamentos; b) operação societária, como fusão, incorporação ou cisão; c) alteração do

controle societário, com ou sem transferência total do poder a grupos mais capacitados; d) reestruturação da administração, com substituição dos administradores ou redefinição dos órgãos; e) concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores, como o direito de veto (goldenshare); f) reestruturação do capital; g) transferência ou arrendamento do estabelecimento empresarial; h) renegociação das obrigações ou do passivo trabalhistas; i) dação em pagamento ou novação das principais dívidas do empresário em crise; j) constituição de sociedade de credores, para revitalizar a empresa; l) realização parcial do ativo, visando o levantamento de recursos financeiros para investimento ou quitação de dívidas; m) equalização de encargos financeiros; n) usufruto de empresa; o) administração compartilhada, para arejar a direção da empresa com novas ideias; p) emissão de valores mobiliários, quando houver mercado para operações como as de securitização; q) adjudicação de bens a credores para diminuir o passivo.²⁴

Em um comparativo histórico, percebe-se que ao contrário da concordata, que era como um favor legal (privilégio) garantido ao comerciante regular, através de combinações pré-concebidas de desconto (remissão parcial) e prorrogação de vencimento de dívidas em face dos credores quirográficos. Passa-se, agora, a ser um acordo real com legitimidade para pactuar entre aqueles que realmente tem condições de resolver o problema, o credor e o devedor. Ou seja, ao contrário da antiga lei, em que apesar de diferentes diagnósticos o judiciário só possuía um remédio, agora, a há possibilidade de se superar a crise não a partir exclusivamente da legislação, mas com uma prerrogativa de mercado.

“As regras que preveem uma participação ativa dos credores consistem em uma importante mudança de perspectiva. Afinal de contas, como são os credores que sofrerão os efeitos da recuperação, nada mais que justo que o poder decisório acerca disso recaia sobre eles. Ademais, parte-se da premissa que os credores tenderão a cooperar para a solução da crise do credor, pois os resultados advindos da conduta cooperativa costumam ser economicamente mais eficientes”.²⁵

Ou seja, diferentemente do que ocorria no regime anterior, em que a concordata era imposta aos credores após a avaliação judicial acerca do simples cumprimento de certos requisitos, a LREF reservou um papel de destaque aos credores nos regimes de crise.

O credor passa de coadjuvante a protagonista.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

²⁵ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016. pg. 96.

Na recuperação judicial, a aprovação do plano depende da chancela dos credores reunidos em assembleia (aprovação expressa) ou, no mínimo, da não apresentação de objeções (aprovação tácita) – arts. 55 e 56.

Ademais, a rejeição do plano pela AGC implicará na convocação da recuperação judicial em falência (art. 73, III). A não ser que, dizendo de maneira grosseira, a maioria absoluta tenha sido a favor, o que será demonstrado na existência de Cram Down - situação em que o plano é imposto à minoria dissidente. (art 58, §1, e 163).

A fórmula do Cram Down à brasileira nada mais é do que um rebaixamento do quórum de aprovação.²⁶

O insucesso da recuperação judicial pode se dar em quatro hipóteses, que caso ocorram, convolará a RJ em falência, são elas: deliberação dos credores reunidos em assembleia, pelo voto da maioria simples do plenário, quando a situação de crise econômica, financeira ou patrimonial da sociedade devedora é de suma gravidade e que não há sentido em qualquer esforço de reorganização, não apresentação do plano pelo devedor no prazo, que não pode ser prorrogado (dispositivo completamente mitigado), rejeição do plano pela assembleia dos credores; e descumprimento do plano de recuperação.

Em resumo, a lei visa transformar a atuação jurídica no mercado, de maneira a viabilizar a reorganização para as empresas viáveis (recuperação judicial e extrajudicial) e liquidar aquelas inviáveis (falência).

3.3 OBJETIVOS E FINALIDADES DA LEI

A legislação brasileira elege como princípio cardinal a preservação da empresa e o equilíbrio transcendental entre os interesses do devedor e dos credores.

“De mais a mais, o princípio pode ser visto em vários dispositivos espalhados pela Lei, consubstanciado em mecanismos auxiliares que buscam viabilizar os regimes recuperatórios, tais como a existência do período de proteção do devedor (stayperiod – art 6º, caput), a proibição de retirada dos bens objeto arrendamento mercantil e alienação fiduciária essenciais à atividade durante o stayperiod (art. 49, § 3º); a novação das obrigações pela aprovação do plano (arts. 59 e 165); as regras de estímulo ao financiamento da empresa em crise (art. 67); a possibilidade de alienação do estabelecimento sem a ocorrência de sucessão das obrigações do

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

devedor, inclusive as de natureza tributária e trabalhista (art 60, parágrafo único); a possibilidade de o juiz impor a recuperação ‘goela abaixo’ (Cram down in the throat of the objectors) aos credores dissidentes quando o plano for rejeitado pela assembleia; a regra de manter o devedor no comando da empresa recuperanda (debtor-in-possession) (art. 64, caput)²⁷

Para alguns dos melhores doutrinadores a essência do artigo 47 da LREF reflete esse ideário institucionalista, consubstanciado no princípio da preservação da empresa ‘verdadeiro ponto comum de encontro’ dos interesses dos trabalhadores, dos credores, da comunidade, dos acionistas da sociedade devedora, entre outros.

“Em regra, a empresa tem maior valor quando está em atividade (“on goingconcern”) do que liquidada porque a organização dos fatores de produção agrega utilidade aos bens que, somados, constituem seus ativos. É o caso, por exemplo, de uma empreiteira que possua excelentes clientes e fornecedores, know-how, mão de obra qualificada, mas que não possua bens materiais de valor relevante; as máquinas, os equipamentos e os imóveis que utiliza no desempenho de sua atividade são todos alugados ou arrendados de terceiros. Trata-se tipicamente de uma empresa que, se liquidada, resultará em perdas, se comparado ao potencial de geração de riquezas. Nesse sentido, a liquidação de uma empresa viável economicamente, por mais que se procure manter agregados os fatores de produção no momento da venda, provavelmente resultará em perda da mais valia que a atividade lhe conferia”.²⁸

Frisa-se que o ponto principal da lei, que acompanha o princípio de preservação da empresa, está em manter os fatores de produção devidamente organizados para o exercício da atividade, e não em simplesmente recuperar o sujeito (empresário ou sociedade empresária), mesmo que, inclusive, para sanar a crise seja preciso a substituição do titular da atividade empresarial. O que está positivado pela nova lei nos casos, por exemplo, de trespasse ou arrendamento de estabelecimento para outro titular, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados (art. 50, VII), o usufruto do estabelecimento pelos credores (art. 50, XIII), a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos credores, os ativos do devedor (art. 50, XVI).

Como diria Fabio Ulhoa Coelho, nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa, e alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja em perdas parciais ou totais de

²⁷ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016. pg.85.

²⁸ *ibid.* pg. 83.

crédito. De forma indireta, os principais agentes econômicos acabam repassando, ainda, aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor. Dessa forma, o crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.²⁹

Por isso, caso venha a ser deferida a concessão de recuperação judicial a empresas em crise, deve-se atentar a respeitar exatamente os dispositivos que preleciona, para que, ao fim, se obtenha o resultado desejado. E para isso, de importância crucial que se tenha celeridade no processamento, garantindo o desempenho eficaz da legislação, pois a demora no processo pode trazer a perda do valor econômico do patrimônio, acarretando prejuízo irreparável tanto para o devedor quanto para os credores.

“Um processo caro e longo torna-se desinteressante ao credor, que acabará buscando formas alternativas para a satisfação do seu crédito ou, mesmo, poderá, diante da ineficiência sistêmica, restringir sua participação na atividade econômica do país, buscando mercados mais seguros com regimes jurídicos mais eficientes.”³⁰

Para o ambiente de negócios a legislação falimentar é um importante marco relutatório, na medida em que cria mecanismos de incentivo, que definem o comportamento dos agentes econômicos quando um deles se encontra em estado de crise. E, que, diante de uma empresa em crise, a lei falimentar é tão mais eficiente quanto possa oferecer soluções adequadas para recuperação da empresa economicamente viável, mas também a liquidação rápida da empresa inviável.

²⁹COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pg. 412.

³⁰SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016. pg.96.

4 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO (ESTUDO DE CASO)

4.1 PRIMEIRA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

O primeiro caso de concessionária de serviço público que requereu a recuperação judicial foi a CELPA, concessionária de distribuição de energia do Estado do Pará, pertencente ao Grupo Rede.

No início de 2012, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) iniciou procedimento administrativo com o intuito de extinguir a concessão da distribuidora paraense de energia Celpa, controlada pelo Grupo Rede Energia, além de já ter intervindo na administração da empresa Companhia Energética do Maranhão (Cemar).

O governo editou a Medida Provisória nº 577, convertida na Lei 12.767 de 2012, que detalhou os procedimentos para a extinção e a intervenção, e afastou a possibilidade de se utilizar os regimes de recuperação judicial e extrajudicial nas concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, entendendo como mais adequado às especificidades desse setor que a recuperação se desse sob o regime da intervenção.

Após a publicação da medida, a agência realizou a intervenção em oito distribuidoras de energia do Grupo Rede - Celtins (TO), Cemat (MT), Enersul (MS), Companhia Força e Luz do Oeste (PR), Caiuá Distribuidora (SP), Bragantina (SP/MG), Vale Paranapanema (SP) e Companhia Nacional de Energia Elétrica (SP) - todas as empresas apresentavam problemas financeiros.³¹

A declaração da ANEEL seria a de que a Celpa não estava prestando o serviço adequadamente, e estava descumprindo, de forma reiterada, as metas estabelecidas em contrato. Ainda de acordo com o controle feito pela ANEEL, a empresa acumulou dívidas da ordem de R\$2,4 bilhões, com péssimos índices de qualidade, como, por exemplo, em 2010,

³¹ Fonte: Veja, publicado em 31/08/2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/aneel-decreta-intervencao-em-oito-distribuidoras-da-rede-energia/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

que os consumidores da empresa ficaram 102 horas por ano sem luz, sendo que a média nacional foi de 18 horas naquele ano.³²

A Celpa justificou sua situação por motivos, como: ter que cumprir exigências da agência reguladora em ampliar o serviço, mesmo com a inadimplência de prefeituras e usuários, cumulada, ainda, com altas multas e penalidades; ter muitas perdas não técnicas de energia (como o famoso gato); aliado a isso, o fato também em atuar em um grande território com regiões pouco povoadas e desenvolvidas, que exigem altos investimentos e baixo retorno. A empresa chegou a pedir a revisão tarifária em caráter extraordinário, justificado na situação apresentada de que a empresa não era capaz de cobrir os custos de operação com a atual tarifa, o que foi negado pela ANEEL, que considerou como causa do desequilíbrio econômico-financeiro da empresa a falta de ações de melhorias da gestão e de aporte de recursos pelos acionistas.³³

Ainda para tentar sair da crise, as Centrais Elétricas do Pará S.A. (CELPA) recorreu à Eletrobrás para que fosse feito aporte de capital, e ofereceu à estatal, inclusive, o controle da companhia, por ser a Eletrobrás detentora de 1/3 do capital da companhia.

Acontece, que, a presidente Dilma Rousseff vetou a utilização de recursos públicos para a recuperação financeira da Celpa. Porque, como dito, o governo considerava os problemas operacionais e o endividamento da companhia oriundos da má gestão de um grupo privado, a Rede Energia, controladora da distribuidora. Dessa forma, mesmo detentora de 34% de participação na empresa, a Eletrobrás não deveria assumir o controle da concessionária³⁴. Postura que distou da adotada em relação à Companhia Energética de Goiás (Celg), no início de 2012.

A melhor solução econômica sempre é a de mercado, em que seus próprios fatores estão sempre interconectados definindo naturalmente, conforme as situações, o caminho que deve ser seguido (auto-regulação). Podendo qualquer tipo de interação externa, que desrespeita essa lógica natural, obter efeito também contrário, ao pretendido.

³² Fonte: G1, publicado em 06/03/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/02/celpa-do-grupo-rede-pede-recuperacao-judicial-1.html>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

³³ Fonte: ANEEL, publicado em 06/03/2012

³⁴ Fonte: G1, publicada em 28/03/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/03/eletrobras-nao-deve-socorrer-celpa-diz-diretor-geral-da-aneel.html>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

Todavia, a questão que limita essa realidade, é se tratar de uma concessionária de serviço público, que, conforme parte da doutrina, não permite a possibilidade de que empreendedores e investidores identifiquem na concessão uma alternativa de investimento atraente.

Conforme disposto no artigo 27 da Lei de Concessões (8.987/1995) fica determinado que “a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão”.

Há intensa discussão doutrinária quanto ao dispositivo, em que alguns defendem a plausibilidade de uma empresa ao adquirir outra em crise continuar com a concessão, e outros a ilegalidade de se transferir a concessão sem o devido processo licitatório.

Maria Sylvia Di Zanella Pietro, por exemplo, entende que não é possível haver transferência total da concessão sem que seja antecedido de processo licitatório, ao afirmar que:

“O que se contesta é a validade jurídico-constitucional do art. 27, na parte em que autoriza a transferência da concessão; o art. 175 da Constituição exige que a concessão seja feita ‘sempre através de licitação’ ora sendo o concessionário eleito por um processo licitatório, admitir-se a burla ao dispositivo constitucional e a burla aos princípios da licitação, já que assumiria o contrato uma pessoa que não participou do certame ou, se participou, não logrou a almejada vitória”.³⁵

Já Marçal afirma que se não existe novo contrato, não existe nova concessão, e, por isso, descabido novo certame licitatório, e, enuncia:

“A cessão não se constitui em uma nova concessão. Mantém-se o vínculo originariamente estabelecido, restrita a mudança à pessoa do concessionário. Portanto, as condições previamente estabelecidas não são alteradas, na hipótese do art. 27”.³⁶

Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre M. Wald, fazem análise do art. 27 e colocam que:

“Rigorosamente, o dispositivo enfocado nada dispõe acerca dos procedimentos a serem tomados para a efetivação da transferência do controle societário da concessionária ou da própria concessão, o que leva ao entendimento de que, a nível regulamentar, o poder concedente deverá traçar o processo a ser observado para a formalização da transferência da concessão. Na generalidade, poder-se-ia entender

³⁵ DI PIETRO (2002, p. 105)

³⁶ JUSTEN FILHO (1998, p. 286)

que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para o atendimento dos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência a outra pessoa. Nesse caso, bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do poder concedente incumbida de concordar com a transferência da concessão”.³⁷

A primeira parte deve ser desconsiderada, visto que atribui mais poder de legislar arbitrariamente por um órgão especializado que já é cumulado pelas mais variadas atribuições. A segunda parte do exposto pelos autores Arnold, Luiza, e Alexandre, é extremamente interessante, porque conjuntamente com a seara defendida por Marçal, demonstra lógica compatível com o mercado e com o direito, sem provocar injustas ou se exceder em um campo que não domina.

Acontece que, dessa dúvida, e da falta de consenso doutrinário - visto que outros autores, como Celso Antonio Bandeira de Mello³⁸, se posicionam no mesmo sentido de Maria Sylvia Zanella -, correndo o risco de ter a concessão caducada, o interesse econômico se evadiu. E só restou a companhia a solução jurídica de peticionar pela concessão de uma recuperação judicial, mantendo a continuidade dos serviços prestados (que, lembra-se, assim como a universalização, é um princípio determinante a ser respeitado).

A empresa comunicou que a negociação com os credores possibilitaria que a companhia encontrasse as condições necessárias para equacionar sua saúde financeira, cumprir com suas obrigações e seguir com seu plano de negócios, o que não impactaria na continuidade das operações presentes e futuras.

Ocorre que, o Poder Executivo, mesmo com o aceite jurídico do pedido, vetou que os planos se dessem da forma pretendida.³⁹

O disposto se deu de forma que o poder concedente, por meio de órgão ou entidade da Administração Pública federal, seria responsável pela realização do serviço público de energia elétrica de forma temporária, até que fosse feita nova licitação.

³⁷ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a Lei de Concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 146

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva.

³⁹Fonte: Estadão, publicado em 30/08/2012. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-prepara-intervencao-em-empresa-eletrica-em-dificuldade,124976e>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

O que autoriza o órgão ou entidade responsável na contratação temporária de pessoal imprescindível à prestação do serviço, de receber recursos financeiros para assegurar a continuidade e a prestação adequada do serviço público de energia elétrica, até nova contratação de novo concessionário ou permissionário - prevista na MP essas disposições.

A MP também livra o poder concedente de qualquer espécie de responsabilidade em relação a tributos, encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou empregados, assumidos pela sociedade titular da concessão ou permissão extinta.

E dispõe, também, que as obrigações contraídas por tal órgão ou entidade na prestação temporária do serviço serão assumidas pelo novo concessionário ou permissionário, nos termos do edital de licitação. A MP afasta, expressamente, o disposto nos arts. 32 a 34 da Lei no 8.987/95, bem como as vedações contidas nos arts. 6º e 10 da Lei no 8.631, de 4 de março de 1993.

O mais engraçado, é o poder da agência em legislar ainda de forma mais específica, aquilo que já era específico, e de certa forma, revogar os artigos que disciplinavam a matéria quando da formação do contrato.

O objetivo da MP foi o de afastar os regimes de recuperação judicial e extrajudicial das concessionárias e permissionárias do serviço público de energia elétrica, em razão da especificidade e a essencialidade da prestação desse serviço, salvo após a extinção da concessão ou permissão (art. 17).

Buscou-se robustecer o instrumento da intervenção de modo a assegurar também, durante esse processo, a continuidade apropriada da prestação do serviço. Assim, a MP concedeu à ANEEL a possibilidade de declarar a intervenção, por prazo de até um ano, prorrogável a seu critério.

A intervenção conta com a designação do interventor, o valor de sua remuneração (que será pago com recursos da concessionária ou permissionária), o prazo, os objetivos e os limites da intervenção.

Instaura processo administrativo para comprovar as causas e responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa, e concluí-lo no prazo de até um ano. Estabelece que, se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária ou permissionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

Além disso, estipula que a intervenção implica a suspensão do mandato dos administradores e membros do conselho fiscal, assegurados ao interventor plenos poderes de gestão sobre as operações e os ativos da concessionária ou permissionária, e a prerrogativa exclusiva de convocar a assembleia geral nos casos em que julgar conveniente.

Impõe também que o interventor na concessão ou permissão de serviço público de energia elétrica prestará contas à ANEEL sempre que requerido e, independentemente de qualquer exigência, no momento que deixar suas funções, respondendo civil, administrativa e criminalmente por seus atos.

Importante que se destaque em especial o art. 12 que prevê que os acionistas da concessionária ou permissionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção terão o prazo de sessenta dias, contado do ato que determiná-la, para apresentar à agência um plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que ensejaram a intervenção.

Com relação ao plano de recuperação e correção das falhas e transgressões que ensejaram a intervenção, vislumbrou-se que, se deferido pela ANEEL, provocaria a cessação da intervenção, estando o concessionário ou permissionário obrigado a apresentar certidões de regularidade fiscal com a Fazenda Federal e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), no prazo de cento oitenta dias, bem como relatório trimestral sobre o cumprimento do referido plano, até sua efetiva conclusão.

No caso do inadimplemento do concessionário ou permissionário para com essas obrigações, da intervenção se daria a caducidade (art. 13).

Se indeferido pela ANEEL ou não apresentado no prazo previsto, seria facultado ao poder concedente adotar, dentre outras, as seguintes medidas: a declaração de caducidade; a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; a alteração do controle societário; o aumento de capital social; ou a constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (art. 14).

Em resumo os procedimentos instaurados se davam na seguinte ordem: caberia à concessionária, por meio de seus acionistas controladores, preparar um plano de recuperação, plano esse que ao contrário do que acontece na Recuperação Judicial não seria submetido à aprovação dos credores ou do juízo, e nem contaria com o benefício da suspensão dos processos executórios (stay period); o plano de recuperação e correção de falhas e

transgressões poderia incluir uma proposta de regime excepcional de sanções regulatórias para o período de recuperação, que deveria ser apresentado em 60 dias à a agência, e se aprovado cessaria a intervenção, caso contrário, seria declarada a caducidade; como a ANEEL não tem poderes para suprimir ou alterar os direitos dos credores, esse plano deveria que ser negociado previamente pelos acionistas com os credores, sob pena de o plano ser inexecutável; o indeferimento do plano de recuperação poderia ensejar a caducidade, e também resultar em operações societárias, alteração de controle, aumento de capital social ou constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor, tudo isso definido na discricionariedade do Poder Concedente; por fim, estabelecia o bloqueio de todo o patrimônio e bens dos administradores da concessionária sob intervenção, ressalvados os bens considerados inalienáveis e impenhoráveis, como verba salarial; extinta a concessão, o poder concedente nomearia órgão ou entidade da administração pública federal para prestar temporariamente o serviço, assegurando sua continuidade, até que houvesse novo processo licitatório.

É visível a proximidade das deliberações da intervenção com o procedimento de recuperação judicial. Mas ao contrário do instituto que tem todo um histórico, e um trabalho legislativo por trás, a partir do simples poder discricionário do Estado, e as referidas independências (relativas) das agências, pode o governo interferir de forma extremamente grosseira no movimento do mercado, descredibilizando o país frente a investidores internacionais.

Realmente o tema é delicado, e a falta de energia já foi um problema sentido anteriormente pela população brasileira. Mas isso não justifica que as agências possam em primeiro ímpeto deliberar sem qualquer respaldo científico sobre a empresa em situação de crise, ainda mais abusando de seu poder punitivo, que deve se lembrar é só uma decorrência de sua principal finalidade que é o controle e a fiscalização. Ou seja, o controle e fiscalização deveria ter sido feito para evitar que a crise se instalasse de forma profilática e não quando problema já estivesse instalado, ao invés disso exerceu prioritariamente sua função para cobrar princípios de forma padronizada, com metas que muitas vezes não têm condição econômico-financeira para serem implementadas.

Inclusive, como visto, sobrecarregando o ônus inteiro a iniciativa privada. Porque além de extremamente injusto, dificulta a atuação de diagnóstico e de atuação das companhias, que se vêem em frente a uma incerteza jurídica constante.

Fato é, a agência reguladora deve estar a par do mercado, e a par da contabilidade e funcionalidade das empresas que estão, direta e indiretamente sob o seu poder. É preciso que exerça sua função de acompanhamento, e não, simplesmente, sua obrigação de regulador. Porque muito fácil intervir e se eximir de toda e qualquer responsabilidade, como está descrito na lei promulgada, incumbindo ainda mais afazer a empresa que se encontrava extremamente debilitada.

Após esse desabafo, de forma mais estrita, explica-se, que: é nítida a semelhança de procedimentos que são tomados na intervenção e na recuperação judicial. A exemplo disso, dizendo de forma grosseira, um certo “step-in” que os dois modelos têm como prerrogativa central. Ou seja, retirar o empresário/devedor da sua posição central de gestor, visto que não está obtendo os resultados necessários, e substituí-lo por, em tese, alguém que com uma nova perspectiva trace novos caminhos e leve a empresa para fora da crise.

Todavia, impossível que não esteja mais do que transparente, que a intervenção é completamente frágil, porque desregula o mercado ao reverter todo o ônus a iniciativa privada pretérita ou posterior. Além disso, o ponto fulminante, é que, na recuperação judicial quem assume esse lugar são os credores, que mais do que ninguém tem como objetivo/finalidade o reerguimento da empresa, porque, afinal, faz, de certa forma, parte dela.

Então, porque ao invés de se utilizar de procedimentos estruturados em bases sólidas, como confiar o futuro da empresa aos credores, se tenta, de maneira inversa a pretendida (descentralizar o Estado), trazer novamente essa responsabilidade ao órgão?

O importante é ratificar, que não necessariamente a medida foi errônea, o problema foi a demora da agência para identificar a complexidade da situação, e a possibilidade de se utilizar forma melhor para a solução da empresa em crise.

Tentando evitar a prolixidade, mas para elucidar mais diretamente o ponto que se quer chegar, aborda-se agora certa visão marxista isolada da idéia de recíproca interação contínua entre superestrutura e infraestrutura, adaptando, é claro, para a idéia defendida. Utiliza-se da nomenclatura infraestrutura e superestrutura para, de maneira ampla, e não específica como no materialismo histórico, se pensar que o modo de produção (e a economia de maneira geral) está intimamente afetando o social, que está intimamente afetando a economia.

Dessa maneira, como forma de alteração a longo prazo do social, pode-se visar a alteração atual da economia, que nessa continua interação irá por refletir diretamente na

cultura/sociedade. O que a essa altura já está claramente visível, depois da exposição em todos os tópicos da dualidade economia-sociedade.

Para isso, muito mais benéfico que se preserve a função social da empresa, e injete crescimento econômico no país, porque se verá o resultado final muito mais efetivo e nítido do interesse público.

Como último ponto dessa divagação, traz-se um exemplo, para justificar essa idéia de que, como já defendida na análise econômica do direito, quem rege as interações sociais (cultura, política, etc) é o “financeiro”. A aprovação dos presidentes e chefes de Estado, seja no Brasil ou no exterior, é diretamente proporcional ao nível econômico do país naquele momento. Ou seja, com uma economia forte, as pessoas, independente de classe ou outra diferenciação, encontram-se realizadas em seus interesses públicos.

De volta ao tema restrito dessa monografia, ao que concerne a concessionária de serviço público de telecomunicações, que será visto em seguinte, não há impeditivo legal para a aplicação dos institutos da recuperação judicial ou extrajudicial da Lei nº 11.101/2005 à Concessionária, visto não existir e nem ter sido editada Lei ou Medida Provisória nesse sentido. Portanto, aplica-se, então, as disposições da Lei nº 9.472/97 (LGT), norma específica do setor, e subsidiariamente, claro, as normas gerais previstas na Lei nº 8.987/95.

4.2 MAIOR RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

O capítulo IV tratará do Grupo Oi, sendo que os dados aqui expostos serão majoritariamente trazidos em forma estritamente resumida a partir da leitura do processo que trata da recuperação. E por alguns assuntos serem extremamente atuais, algumas informações serão obtidas pela análise de portais renomados de notícia, com verificação de credibilidade da informação no comparativo com os demais veículos de mídia.

Conforme já mencionado anteriormente, ao contrário da Medida Provisória convertida em lei editada na situação em que empresas concessionárias de energia elétrica se viram em crise, não houve, e nem foi editada medida no seguinte sentido quanto às concessionárias de telecomunicação, ficando o assunto restrito aos art. 114, I, da Lei nº 9.472/97 c/c art. 35, VI, da Lei nº 8.987/95.

Assim, na sua ausência das demais legislações, permitiu-se que o Grupo Oi, uma gigante das telecomunicações, com milhares de credores, passivo bilionário, e empresas fora do país, pudesse realizar a maior recuperação judicial da América Latina.

4.2.1 HISTÓRICO E ATUAÇÃO

A partir da Emenda Constitucional nº 8/95, que viabilizou a privatização do sistema Telebrás, a prestação dos serviços de telecomunicações deixou de ser monopólio estatal, sendo viabilizada sua prestação particular mediante concessão, permissão e autorização, sob a fiscalização e regulamentação normativa de uma autarquia federal independente, a ANATEL, que foi criada pela Lei nº 9.472/97 - a Lei Geral das Telecomunicações.

Da promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (1998), que visava à ampliação e a universalização dos serviços de comunicação e o enxugamento da máquina estatal brasileira, se deu a privatização da TELEBRAS, que agrupou e vendeu em leilão internacional as teles que a compunham. Da junção das Teles de: Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima e Sergipe surgiu a TELEMAR.⁴⁰

Em 2007 a TELEMAR entrou no mercado na região Sudeste (exceto São Paulo), Nordeste e demais estados do Norte, se reestruturou e passou a se demominar Oi. Em 2009,

⁴⁰ Fonte: Wikipedia

com o objetivo de criar uma "supertele verde e amarela", o governo Lula editou a Lei Geral de Outorgas (lei de privatização da época) permitindo a compra de uma telefônica por outra, para que surgisse uma gigante nacional, o que possibilitou a aquisição da Brasil Telecom - que também vinha da privatização da TELEBRAS, e da junção das Teles do: Acre, Brasília, Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rondônia, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.⁴¹

Ainda com planos agressivos, em outubro de 2013, com a ambição de criar uma multinacional luso-brasileira de telecomunicações, a Oi e a Portugal Telecom anunciaram fusão, ampliando suas operações em todos os países que falam a língua portuguesa, com mais de 100 milhões de clientes, que tiveram como propósito a transformação do GRUPO OI em um player nacional e internacional.⁴²

Atualmente, a estrutura organizacional do grupo se dá: OI MÓVEL e COPART 4 (subsidiárias integrais da TNL - Telemar Norte Leste), que, por sua vez, junto com PTIF, OI COOP e COPARTE5 são subsidiárias integrais da controladora OI - sendo que todas as decisões gerenciais do GRUPO OI emanam de sua controladora, a OI, no Brasil.

Portanto, é um dos maiores conglomerados empresariais do Brasil, com interferência em múltiplas áreas da economia e da sociedade como um todo.

Sua presença nacional é integrada, e está presente em todos os 5.570 municípios brasileiros, atendendo aproximadamente 70 milhões de clientes, com estrutura operacional de cerca de 330 mil km de cabos de fibra ótica. Sendo a maior operadora de telefonia fixa no Brasil, com 47,8 milhões de usuários (março de 2016), dos quais 45,6 milhões no segmento de mobilidade pessoal e 2,2 milhões no segmento corporativo/empresarial, o que representa aproximadamente 18,52% de marketshare em telefonia móvel, cuja cobertura abrange perto de 93% da população brasileira. Prestam também serviços ao setor bancário, de transporte aéreo, entre outros que dependem de sistemas de telecomunicações criados e operados pelo grupo. Além também dos serviços essenciais para viabilizar a apuração eletrônica de votos nas eleições municipais e estaduais, que são realizados por meio do seu sistema operacional,

⁴¹ Fonte: Wikipedia

⁴²Fonte: Exame, publicado em 27/04/2014. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/entenda-a-con-fusao-entre-oi-e-portugal-telecom/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

que transmite as informações das 2.238 Zonas e 12.969 Seções Eleitorais dos Tribunais Regionais Eleitorais de 21 Estados da Federação.⁴³

Em especial sobre suas concessões, se têm que: operam para prestar serviços locais de telefonia fixa (Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC) em diversas regiões - Região I (exceto em 57 municípios do Estado de Minas Gerais, que são excluídos da área de concessão da Região I), II (exceto em nove municípios nos Estados de Goiás, Mato Grosso do Sul e Paraná, que são excluídos da área de concessão da Região II); concessão para prestar serviços de longa distância nacional na Região I (exceto em 57 municípios do Estado de Minas Gerais, que são excluídos da área de concessão da Região I), e uma concessão para prestar serviços de longa distância nacional na Região II (exceto em nove municípios nos Estados de Goiás, Mato Grosso do Sul e Paraná, que são excluídos da área de concessão da Região II); autorizações de prestação de serviços de telefonia móvel (Serviço Móvel Pessoal - SMP) nas Regiões I, II e III; autorizações de direito de uso de radiofrequência para a prestação de serviços 3G nas Regiões I, II e III (exceto 23 municípios do interior do Estado de São Paulo, que incluem a cidade de Franca e arredores), e licenças de radiofrequência para fornecer serviços móveis 4G nas Regiões I, II e III; autorizações para uso de recursos de numeração associados a telefonia fixa e a telefonia móvel; autorizações de prestação de telefonia fixa local e de serviços de longa distância nacional (i) nos 57 municípios do Estado de Minas Gerais que são excluídos da área de concessão da Região I, (ii) nos nove municípios nos Estados de Goiás, Mato Grosso do Sul e Paraná que são excluídos da área de concessão da Região II e (iii) na Região III; autorizações outorgadas à OI para prestar serviços de telefonia de longa distância internacional originados de qualquer local do Brasil.⁴⁴

4.2.2 CRISE

“A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos ou serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária.”⁴⁵

⁴³ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fl. 9

⁴⁴ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fl. 11

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

No caso em questão a crise que assolou o Grupo OI foi econômico-financeira. E suas causas serão discutidas ao longo deste tópico, sendo que está ligada necessariamente a alguns pontos como: problema societário, contexto geral econômico do país à época, panorama atual das telecomunicações.

Sobre o contexto geral econômico explica-se que não só a OI entrou em crise, mas o Brasil como um todo, fato público e notório, e, infelizmente, ainda perceptível. O que, por óbvio, acaba por criar um efeito dominó, onde caem as vendas, e os bancos com medo de “calotes” aumentam os juros para se proteger.

No ano em que foi feito o pedido de RJ pela Oi (2016), os dados mostram que se teve um aumento de 61,2% nos pedidos gerais de recuperação judicial no primeiro semestre comparados ao do ano anterior. Naquele ano o número de pedidos bateu o recorde de 2006 - primeiro ano após a implementação da Lei - quando foram feitos 1235 pedidos.⁴⁶

A tele ao postular em juízo, alegou em exordial que sua crise foi fruto da combinação de diversos fatores, que agravaram a situação das empresas que compõem o grupo ao longo do tempo, e isso teria se operado em três momentos específicos na sua trajetória pós privatização⁴⁷:

1º momento: Em 2000 ao financiar o plano de antecipação de metas.

2º momento: 2009, com a aquisição da Brasil Telecom e a identificação posterior de determinados passivos relevantes.

3º momento: 2013, com a expansão internacional do GRUPO OI e a fusão e incorporação da dívida da Portugal Telecom.

Aliado a isso, alegou também outras situações em particular que agravaram a crise como: (i) a retenção de mais de R\$ 14 bilhões em depósitos judiciais da sujeição à fiscalização nas diversas esferas governamentais (aspectos regulatórios, fiscais, trabalhistas e cíveis) afetando diretamente a liquidez; (ii) multas administrativas impostas pela agência reguladora, em vista das frequentes penhoras em dinheiro requeridas pela agência, elevando o passivo. E fatores como: (iii) a evolução tecnológica, que fez cair a procura e o interesse das pessoas em possuir linha telefônica fixa (mesmo que ainda fosse obrigada a cumprir diversas obrigações previstas na Lei Geral de Telecomunicações, dentre as quais as obrigações de

⁴⁶ Fonte: Serasa

⁴⁷ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fl. 29

universalização do serviço de telefonia fixa em todo o território nacional); (iv) e a concorrência com players internacionais, a exemplo da TIM (do Grupo Telecom Itália), da Claro (do grupo mexicano Telmex) e da VIVO (subsidiária da Telefónica S. A., empresa espanhola com abrangência global), empresas que se capitalizam no exterior com custo mais baixo.⁴⁸

O grupo destacou, ainda, como causa de ficar “atrás” nesses quesitos, o fato de “quase que por obrigação” ter de buscar recursos no mercado nacional, mesmo que aqui sejam altas as taxas de juros pelo custo de proteção cambial para captações externas. E, também, a discrepância entre o valor necessário a ser investido para cumprimento da obrigação de universalização do serviço de telefonia fixa, e a diminuição da demanda, provocando a falta de retorno efetivo.⁴⁹

Por fim, não se deve olvidar que o insucesso dos planos societários também prejudicou fatalmente a companhia, que viu o sonho da fusão, em alavancar ainda mais o crescimento, se tornar um pesadelo, o que será abordado melhor no próximo tópico.

4.2.3 PRÉ RJ

Em 2015, ano anterior ao pedido, a Oi fechou com prejuízo de R\$ 5,3 bilhões. No ano seguinte, só o primeiro trimestre atingiu R\$ 1,64 bilhão, em março a dívida líquida se encontrava em R\$ 40,8 bilhões.⁵⁰ Consequentemente, a empresa em junho de 2016 foi considerada pela agência de classificação de risco Fitch Ratings com nota de crédito "C" (último nível antes do default), comprovação de que estava insustentável a estrutura de capital da operadora.⁵¹

Mesmo com a necessidade urgente em se contornar a situação, a empresa optou por encontrar maneiras alternativas para solucionar a crise. Então, antes de entrar com o pedido de recuperação judicial, os acionistas tentaram negociar acordos extrajudicialmente.

⁴⁸ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fl. 30

⁴⁹ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fl. 35

⁵⁰Fonte: Valor Econômico, publicado em 24/03/2016. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/empresas/4496684/prejuizo-da-oi-chega-r-45-bi-no-trimestre-com-ajustes-contabeis>> Acesso em 01 de jun. de 2018.

⁵¹Fonte: G1, publicado em 20/6/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/06/oi-entra-com-pedido-de-recuperacao-judicial.html>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

Uma dessas alternativas foi negociada em New York pelo Presidente da companhia à época, Bayard Gontijo, a proposta dos credores, sobretudo internacionais, era de conceder desconto em até 75% das dívidas da companhia (total bruto de R\$ 49,3 bilhões), para que uma parte fosse convertida em ações. Isso acarretaria aos acionistas da empresa a diluição de sua participação. Quanto aos bancos públicos a negociação era para que houvesse dilação dos prazos dos recebíveis.⁵²

A Pharol (que reúne os acionistas portugueses - Portugal Telecom) foi contrária a proposta, por não querer diluir sua participação de 20% para algo entre 5% e 10%.

Vale mencionar neste momento, que a fusão entre a Oi e a Portugal Telecom visava aumento de capital e crescimento para grupo. Mas que em meados de se efetivar essa projeção, a operadora portuguesa levou um calote de € 847 milhões em notas promissórias da RioForte - holding da família Espírito Santo, um dos principais acionistas da PT, que passava por dificuldades financeiras - o que enfraqueceu a união entre as operadoras e fez com que as condições da união fossem revisadas, para em vez de a PT ter 37% das ações, como havia sido previsto, sua participação fosse de 25,6%.⁵³

Em resumo, após o calote a operadora portuguesa encontrou-se com problemas financeiros próprios, e teve de reduzir a participação esperada na fusão com a Oi. Assim, o acordo para se criar uma das maiores multinacionais luso-brasileiras ruiu e colocou em lados opostos os principais acionistas da tele, o que posteriormente funcionou como impasse para as negociações extrajudiciais, visto que a Pharol não queria ver sua participação ainda mais reduzida.⁵⁴

A divergência de posicionamento entre os sócios, de um lado os acionistas brasileiros que não viam nenhuma medida efetiva tomada pelos sócios portugueses, e do outro os portugueses que acusavam os acionistas brasileiros de má gestão, provocou a renúncia do principal executivo da tele, o presidente Bayard Gontijo, e isso agravou ainda mais o

⁵² Fonte: Piaui, publicado em fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/agonia-da-oi/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

⁵³ Fonte: Valor Econômico, publicado em 16/07/2014. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/empresas/3616040/acoes-da-pt-fecham-em-alta-de-328-em-lisboa-apos-acordo-com-oi>>. Acesso em 01 de jun. de 2018

⁵⁴ Fonte: Estadão, publicado em 08/07/2014. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-caso-de-calote-fatia-da-pt-na-nova-oi-pode-ser-reduzida-a-metade-imp-,1525201>> Acesso em: 01 de jun. de 2018.

problema, ao criar mais incertezas e colocar em xeque qualquer possível reestruturação financeira que estava sendo trabalhada.⁵⁵

O momento crucial da crise, e estopim oficial da necessidade de se entrar em recuperação judicial, se deu quando se efetivou a situação de “default”, ao vencer parcela de juros de 22,5 milhões referentes a bônus⁵⁶, e logo em seguida parcela similar de 231 milhões. Visto o insucesso nas tentativas de “acordo extrajudicial”, foi utilizada a saída que restou para a reestruturação, a recuperação judicial.

Em 20/06/2016 foi protocolado o pedido, com valor aproximado em R\$ 65,4 bilhões em dívidas, (superando o maior valor protocolado até então da OGX, do empresário Eike Batista, de R\$ 11,2 bilhões, feito em 2013⁵⁷). Felizmente, a empresa não estava a ponto de falir, e nem chegou ao nível de causar problemas na manutenção de sistemas de telefonia que cobrem por quase todo o Brasil.

4.2.4 PROCESSO

O Grupo Oi ajuizou ação de Recuperação Judicial em 20 de junho de 2016, que foi recebida pelo juiz de direito Fernando Cesar Ferreira Viana da 7ª Vara Empresarial da comarca da capital do Rio de Janeiro.

Em tutela de urgência o Grupo requereu: (i) a suspensão das ações e execuções contra o grupo, para evitar as constrições judiciais realizadas no período compreendido entre o ajuizamento da ação e o deferimento do processamento; (ii) a suspensão da eficácia das cláusulas que prevêm o ajuizamento da RJ como causa de rescisão de contrato; (iii) a dispensa da apresentação de certidões negativas em qualquer circunstância, inclusive aquelas para que exerçam suas atividades (certidão negativa de débitos referentes às receitas administradas pela ANATEL e certidão negativa de distribuição de pedidos de falência e recuperação judicial).⁵⁸

⁵⁵ Fonte: Telesintese, publicada em junho de 2016. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/bayard-gontijo-deixa-presidencia-da-oi/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018

⁵⁶ Fonte: Estadão, publicado em 16/06/2016

⁵⁷ Fonte: Valor Econômico, publicado em 31/10/2013. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/empresas/3322954/ogx-pede-recuperacao-judicial-com-divida-total-de-r-112-bilhoes>>. Acesso em 01 jun. de 2018.

⁵⁸ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fl. 47

Requeriu, também, formação do litisconsórcio ativo e que a recuperação se desse em todo o grupo, inclusive às sociedades estrangeiras pertencentes.

Por admitir a receita líquida expressiva e a essencialidade dos serviços públicos e privados prestados, geração de dezenas de milhares de empregos diretos e indiretos, e o recolhimento de bilhões de reais a título de tributos, informados em petição inicial. Foi avocado o mister constitucional de preservação da empresa, em manter a fonte de empregos e de riquezas para toda a sociedade, e de ser um relevante grupo econômico (com ramificações internacionais, que movimentam bilhões de reais, anualmente) para fundamentar a decisão de deferimento do processamento.

Pela dimensão da Recuperação Judicial aqueles requerimentos de praxe e que não interferem em nada no objeto desta monografia provavelmente não serão abarcados em nenhum tópico, visto sua dispensabilidade, restando imprescindível que se atente àquelas particularidades do caso.

Assim, será exposta a decisão do juízo sobre alguns requerimentos, da forma mais resumida possível.

4.2.4.1 Insolvência Transacional

O cross-border insolvency traz em seu bojo o processo de globalização e o inevitável crescimento das relações comerciais internacionais, com a necessidade cada vez maior da criação de sociedades empresárias, cujas relações comerciais se desenvolvam em diversos países. Isso, evidentemente, modifica a estrutura operacional, e faz com que se torne volúveis para com o Estado de sua constituição original, relativizando o conceito clássico de soberania.⁵⁹

A lei 11.101/2005 dispõe no art. 3º que para deferir a recuperação judicial é competente o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil - teoria territorialista.

Diante disso, de forma extremamente fundamentada, se utilizando de diversas doutrinas e jurisprudências, o juízo afirmou preconizar que pelo legislador a lei abrange, além das empresas nacionais, também as estrangeiras, desde que a representada no país concentre o

⁵⁹ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89500. Decisão proferida pelo Juiz Titular Fernando Cesar Ferreira Viana.

maior volume de negócios. Nos casos em que, em razão de sociedade empresária estrangeira, sem filial em território nacional, que, porém, faça parte de grupo econômico, cujo controlador tem reconhecida sede no país, e perante o qual esteja vinculado econômica ou societariamente, mas na tentativa de se buscar novos mercados, para diversificação de atividades ou mesmo simples capitalização de investimentos, cria formas societárias complexas, como holdings, subsidiárias e afiliadas.

Muitas vezes essas empresas são criadas para integrarem determinado grupo econômico apenas de 'fato', mesmo que constituídas na forma prevista no art. 265 e seguintes da Lei 6.404/76, porque funcionam somente como braços operacionais de sua controladora, sem desenvolver qualquer atividade empresarial, posto que atuam, basicamente, na captação e gerenciamento de investimentos.⁶⁰

O que seria exatamente a situação apresentada pelo Grupo, que possui veículos de investimento para captação de recursos no exterior, voltados ao financiamento das atividades do GRUPO OI, cujo principal estabelecimento está localizado na cidade do Rio de Janeiro.

Surgidas, então, questões empresariais que extrapolam a competência da legislação territorial do foro da constituição das sociedades, para suprir a lacuna legal, buscou-se através da interpretação sistemática e analítica do ordenamento e princípios constitucionais aplicáveis, uma solução de direito para uma empresa estrangeira que, sem bens de capital no seu Estado constituinte, criada apenas para servir de *longa manus* de sua controladora com sede no Brasil, e apenas como membro da organização como um todo, também passa por dificuldades financeiras, e também precisa do auxílio do instituto da recuperação judicial ou extrajudicial.

A partir disso, para decidir quanto a questão, o juiz se utilizou na dimensão cabível da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), criada pela ONU em 1966, que surge no sentido de pacificar questões conflituosas do direito empresarial e fixar premissas para uma lei modelo quanto as questões falimentares⁶¹, que mesmo não sido completamente ratificada pelo Brasil, já foi inserida em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, para uma provável competência universal da matéria.

⁶⁰ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89498. Decisão proferida pelo Juiz Titular Fernando Cesar Ferreira Viana.

⁶¹ UNCITRAL. Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency.

A referida norma é inspirada na tendência universalista da antiga Section 304 do Bankruptcy Code dos Estados Unidos e dos Protocolos de Cooperação, que tinha como objetivo primordial auxiliar os Estados a solucionar, de forma mais eficiente e satisfatória, casos envolvendo insolvências de grandes grupos internacionais.

A International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals auxiliou a confecção da norma modelo UNCITRAL. Assim, a partir do princípio da cooperação jurídica entre as nações, de forma a tornar os procedimentos quanto a matéria mais universalizados se dá a Lei modelo UNCITRAL e o regulamento EU 1.346⁶², que preveem a abertura da jurisdição nacional dos países ao âmbito de competência internacional.

Contudo, a Lei modelo UNCITRAL não contém um 'hard law', um caráter cogente, por se tratar de corpo normativo destinado apenas a orientar os poderes Legislativo e Judiciário dos Estados no que tange à disciplina do direito falimentar transnacional. Assim, os países que adotaram a Lei Modelo da UNCITRAL, e aqueles que editaram normas influenciadas e baseadas na visão universalista da Lei referencial teriam o problema solucionado, o que não é o caso do Brasil.⁶³

Pela doutrina se percebe dois modelos acadêmico-teóricos antagônicos quanto a insolvência transnacional, o territorialismo e o universalismo. No territorialismo, cada Estado teria jurisdição exclusiva sobre os bens do devedor nele localizados e, como resultado, o sistema jurídico de cada um desses Estados disciplinaria a arrecadação dos ativos e a distribuição dos ativos aos credores. No universalismo, temos um juízo, aquele do Estado no qual o devedor possui seu centro de interesses principais, que teria jurisdição mundial para administrar sua insolvência, o qual irá abranger todo e qualquer bem do devedor independente de sua localização, com aplicação do Lex fori concursus global - princípio da universalidade reconhecida como a mais aplicada.⁶⁴

No presente caso as duas teorias foram de certa forma conjugadas, ao passo que as sociedades empresárias estrangeiras não possuem efetivamente bens no exterior, mas apenas dívidas com garantias de pagamento ofertadas pela holding brasileira - sua controladora - atraindo a teoria territorialista; e por serem apenas subsidiárias integrais atuando como longa

⁶² *ibid.* pg. 89

⁶³ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89503. Decisão proferida pelo Juiz Titular Fernando Cesar Ferreira Viana.

⁶⁴ *ibid.* pg. 89503

manus para captação de recursos no mercado internacional para aplicação direta no mercado brasileiro, aplicar-se-ia a teoria universalista.

Aliado a isso, tem-se jurisprudência, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde correu a ação, que quando do enfrentamento dessa questão, diante da lacuna normativa, o julgador deve observar e decidir com base no art. 4º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro: 'Isso estando bem claro, não se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. 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.' Diz o art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42 (LICC) que 'quando da lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.'⁶⁵

Trouxe também na fundamentação da decisão o precedente jurisprudencial do caso da OGX, que concluiu pela concessão da recuperação das subsidiárias estrangeiras - não operacionais - conjuntamente com o do grupo empresarial que integrava:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0064658 77.2013.8.19.0000 AGRAVANTES: OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A., OGX PETRÓLEO E GÁS S/A., OGX INTERNATIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH HSBC CTVM S/A. RELATOR: DESEMBARGADOR GILBERTO CAMPISTA GUARINO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PROCESSAMENTO DO REQUERIMENTO DAS DUAS PRIMEIRAS AGRAVANTES, QUE TÊM SEDE NO BRASIL, REJEITANDO, CONTUDO, A POSTULAÇÃO DAS TERCEIRA E QUARTA RECORRENTES, AMBAS COM SEDE NA REPÚBLICA DA ÁUSTRIA. IRRESIGNAÇÃO. REJEIÇÃO DA RECUPERAÇÃO CONJUNTA QUE NÃO SE AFIGURA SUSTENTÁVEL. FINALIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL CALCADA NA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DE SUA

⁶⁵ Acórdão Agravo de Instrumento, processo nº 0064568-77.2013.8.19.0000, Relator Desembargador Gilberto Guarino.

FUNÇÃO SOCIAL, ALÉM DE TER POR ESCOPO O ESTÍMULO À ATIVIDADE ECONÔMICA (ART. 47 DA LEI N.º 11.101/2005). A EMPRESA NÃO INTERESSA APENAS A SEU TITULAR (EMPRESÁRIO), MAS A DIVERSOS OUTROS ATORES O PALCO ECONÔMICO (TRABALHADORES, INVESTIDORES, FORNECEDORES, INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E ESTADO). OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S/A. QUE É A SOCIEDADE HOLDING E NÃO OPERACIONAL, CONTROLADORA DA OGX PETRÓLEO E GÁS S/A., TITULAR DE 99,99% DO SEU CAPITAL SOCIAL. CONTROLE EXERCIDO DIRETA E INTEGRALMENTE TAMBÉM SOBRE A OGX INTERNATIONAL GMBH E A OGX ÁUSTRIA GMBH CTVM S/A.. SOCIEDADES DE HOLDING COM RESPALDO NOS ARTS. 2º, § 3º, E 243, § 3º, DA LEI N.º 6.404/76. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ESTRANGEIRAS, NOTORIAMENTE SUBSIDIÁRIAS, QUE APENAS CONSTITUEM A ESTRUTURA DE FINANCIAMENTO DE SUA CONTROLADORA NACIONAL, SERVINDO COMO VEÍCULO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS, VISANDO A EMISSÃO DE 'BONDS' E RECEBIMENTO DE RECEITAS NO EXTERIOR. CONFIGURAÇÃO DE UM GRUPO ECONÔMICO ÚNICO, EM PROL DE UMA ÚNICA ATIVIDADE EMPRESARIAL, CONSISTENTE NA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL EM TERRITÓRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DOS CREDORES CONTRÁRIA A UM PLANO COMUM DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. LEGISLAÇÃO AUSTRIACA SOBRE INSOLVÊNCIA QUE ADMITE O RECONHECIMENTO DOS EFEITOS DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA ESTRANGEIRO, QUANDO O CENTRO DE PRINCIPAL INTERESSE DO DEVEDOR (COMI) ESTÁ LOCALIZADO NO ESTADO ESTRANGEIRO E O PROCESSO É, EM ESSÊNCIA, COMPARÁVEL AO AUSTRIACO. ESTUDO DE VIABILIDADE ANEXADO AOS AUTOS. FALTA DE PREVISÃO NORMATIVA QUANTO À APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ALÉM DOS LIMITES TERRITORIAIS QUE, SE NÃO O AUTORIZA, POR OUTRO LADO, NÃO O VEDA. LACUNAS LEGISLATIVAS DECIDIDAS DE ACORDO COM A ANALOGIA, OS COSTUMES E OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO (ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO). PREDOMÍNIO DA EQUIDADE, QUE BUSCA ADEQUAR A LEI ÀS NOVAS CIRCUNSTÂNCIAS, A FIM DE QUE O ÓRGÃO JURISDICIONAL ACOMPANHE AS VICISSITUDES DA REALIDADE CONCRETA. INOCORRÊNCIA DE TRANSMUTAÇÃO DO ESTADO JUIZ EM ESTADO LEGISLADOR POSITIVO. QUESTÃO VERSADA QUE, POR SER DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL, NÃO PODE FICAR À MARGEM DA ANÁLISE JURISDICIONAL, BEM PONDERADOS OS ASPECTOS DO CASO

CONCRETO. NECESSIDADE DE REFORMA DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA, COLIMANDO TRATAR DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL. PROVIMENTO DO RECURSO, CONFIRMANDO-SE O DEFERIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO ATIVO, PARA REVOGAR A INTERLOCUTÓRIA AGRAVADA E DETERMINAR O PROCESSAMENTO CONJUNTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS AGRAVANTES.’

Por fim, do Superior Tribunal de Justiça acórdão da Corte Especial, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento da SEC 11.277, o qual negou, por unanimidade, a homologação de decisão estrangeira que desafiava o juízo universal de recuperação judicial em curso no Brasil.

Como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já havia decidido, em hipótese análoga, ser legalmente possível o deferimento do processamento da recuperação judicial, com a extensão dos seus efeitos, às subsidiárias estrangeiras, entendeu-se que o mesmo entendimento deveria ser aplicado. Com destaque, ainda, ao Código de Processo Civil, que nos artigos 26 e 27 adotou, como princípio geral, a Cooperação Internacional, já no objetivo de sistematizar as normas e princípios majoritariamente aceitos pela doutrina processual internacional, de sorte a facilitar a solução de conflitos civis transacionais, principalmente os decorrentes do comércio global, visto a necessidade da produção de atos em um país para o cumprimento em outro e vice-versa decorre de crescente internacionalização da economia.

O Ministério Público apoiou a possibilidade da cooperação internacional como forma de transpor a barreira da lacuna legislativa, opinando favoravelmente ao pedido com relação às subsidiárias estrangeiras.

Assim, o pedido foi aceito e a recuperação judicial correu para todas as empresas pertencentes ao grupo.

4.2.4.2 Litisconsórcio Ativo

Ao contrário dos grupos societários de direito, cuja formação a lei impõe características próprias para constituição, dificuldade encontra-se para identificação dos grupos societários de fato, haja vista a possibilidade de se materializarem por meio de

diversas e intrincadas relações econômicas entre as entidades, apesar de continuarem dotadas de personalidade e patrimônio próprios, e aparentemente independentes.⁶⁶

Os grupos econômicos de fato são formados por sociedades que mantêm, entre si, firmes e intrincados laços empresariais através de participações acionárias, sem necessidade de se organizarem juridicamente, mantendo-se isoladas e relacionando-se sob a forma de coligadas, controladas e controladoras, sem necessidade de maior estrutura organizacional.

É necessário, quase sempre, para verificar a existência desse fenômeno, apurar a configuração de três elementos fundamentais: contribuição individual com esforços ou recursos, atividade para lograr fins comuns e participação em lucros e prejuízos. Nesse aspecto, as sociedades empresárias que formam o polo ativo do pedido enquadram-se dentro dessa descrição. Com efeito, ao analisar não só a estrutura organizacional do grupo, que está voltado para dar sustentabilidade a Holding controladora, é evidente o entrelace de direitos e obrigações surgidas na formação dos contratos com terceiros, tais como i) emissão de bonds pelas subsidiárias estrangeiras, garantidos pela controladora OI; ii) emissão de CCI por parte da COPART 4 e COPART 5, com lastro na renda de imóveis de sua propriedade locadas à própria OI e a TNL ; iii) contratos de mútuo intercompany e de dívida firmados entre OI, TNL e OI MÓVEL.

A inicial destaca, com propriedade, que apenas o processamento único de recuperação judicial das empresas integrantes do GRUPO OI seria capaz de viabilizar o reerguimento do conglomerado.

Para isso, a exordial elenca uma série de características que convenceram o juízo da necessidade do litisconsórcio ativo, como, por exemplo, a ligação intrínseca entre operacional e comercial, das concessões e autorizações referentes aos serviços de telecomunicações prestados pelas sociedades, que chama a atenção, o compartilhamento das infraestruturas físicas indispensáveis para a distribuição de dados, telefonia fixa, móvel, internet e sinal de televisão, prática comum no setor de telecomunicações, o que inviabilizaria, a eventual separação dos ativos. Este fato é público e notório e fica constatado com o oferecimento, para os usuários, de planos comerciais que englobam diversos serviços (‘Oi Total’).

Há também convergência organizacional corporativa do grupo, com a unificação e o processamento conjunto da folha de pagamento⁶⁷ e a interligação de altos executivos do

⁶⁶ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89507. Decisão proferida pelo Juiz Titular Fernando Cesar Ferreira Viana.

conglomerado empresarial. Além da outorga de inúmeras garantias recíprocas entre as formadoras nos mais variados contratos, mostrando entrelaçamento de fins, atividades e participação nos lucros entre as integrantes do grupo.

Quanto a esse ponto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também já havia decidido em mais de uma oportunidade, o deferimento de litisconsórcio ativo em recuperação judicial de grupo empresarial/econômico de fato:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO OITAVA CÂMARA CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0049722-47.2013.8.19.0000 RELATORA: DESEMBARGADORA. FLAVIA ROMANO DE REZENDE - Julgamento: 04/02/2014. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. TRÊS SOCIEDADES. GRUPO ECONÔMICO DE FATO, ONDE UMA DELAS É RESPONSÁVEL PELA PRODUÇÃO E AS DEMAIS PELA VENDA DAS MERCADORIAS. DEFERIMENTO, PELO JUÍZO DE 1º GRAU, DO PEDIDO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO DAS AGRAVADAS. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO DA MATÉRIA NA LEI 11.101/05. LITISCONSÓRCIO ATIVO QUE SE MOSTRA POSSÍVEL, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS AOS CREDORES E DA POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA, FONTE DE RENDA E DE EMPREGOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU. - O surgimento dos grupos econômicos de fato está ligado à dinâmica do mercado e à sua globalização, as quais fazem com que os empresários busquem fórmulas mais ágeis e eficazes de garantir lucro e alcançar parte significativa de consumidores. - A recuperação judicial tem por objetivo maior a salvação da atividade econômica empresarial, geradora de empregos e renda. Por este motivo, o que se busca é harmonizar direitos e deveres, impondo-se, sempre que possível, o menor sacrifício a todas as partes envolvidas. Neste contexto, o litisconsórcio ativo pode facilitar o acordo entre as recuperandas e os credores, viabilizando o pagamento dos débitos, nos prazos estabelecidos. - NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 0005927 83.2016.8.19.0000 RELATOR: DESEMBARGADOR. SERGIO RICARDO A FERNANDES - Julgamento: 26/04/2016.

Considerando que as relações jurídicas de agrupamentos societários com terceiros não podem ser encaradas, nem resolvidas sob o prisma simplista do interesse isolado de cada

⁶⁷ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 20.

uma das sociedades, pois agem como um grupo e assim devem ser consideradas. Já havia precedente também do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de que a sociedade legitimada a propor a recuperação judicial seja tomada em acepção ampla, englobando o conceito de grupo econômico, de fato ou de direito:

‘RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS. TRÊS SOCIEDADES. GRUPO ECONÔMICO DE FATO, ONDE UMA DELAS É RESPONSÁVEL PELA PRODUÇÃO E AS DEMAIS PELA VENDA DAS MERCADORIAS. DEFERIMENTO, PELO JUÍZO DE 1º GRAU, DO PEDIDO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO DAS AGRAVADAS. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO DA MATÉRIA NA LEI 11.101/05. LITISCONSÓRCIO ATIVO QUE SE MOSTRA POSSÍVEL, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS AOS CREDORES E DA POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA, FONTE DE RENDA E DE EMPREGOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU. - O surgimento dos grupos econômicos de fato está ligado à dinâmica do mercado e à sua globalização, as quais fazem com que os empresários busquem fórmulas mais ágeis e eficazes de garantir lucro e alcançar parte significativa de consumidores. - A recuperação judicial tem por objetivo maior a salvação da atividade econômica empresarial, geradora de empregos e renda. Por este motivo, o que se busca é harmonizar direitos e deveres, impondo-se, sempre que possível, o menor sacrifício a todas as partes envolvidas. Neste contexto, o litisconsórcio ativo pode facilitar o acordo entre as recuperandas e os credores, viabilizando o pagamento dos débitos, nos prazos estabelecidos. - NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.’ (0049722-47.2013.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. FLAVIA ROMANO DE REZENDE - OITAVA CÂMARA CÍVEL)

A partir do exposto o juízo, a despeito da ausência de previsão na lei vigente, decidiu pela formação do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, em se tratando de empresas que integrem um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito.

Então, mesmo com empresas do grupo com operações concentradas em foros diversos, o conceito ampliado de empresa (que deve refletir a dinamicidade do mercado e o atual estágio do capitalismo com abrangência de grupos econômicos), para os fins da LRF, permite estabelecer a competência do foro do local em que se situa a principal unidade do grupo de sociedades.

Os doutrinadores destacam, a esse respeito, que o litisconsórcio ativo, formado pelas empresas que integram o grupo econômico, não viola a sistemática da Lei nº 11.101/2005 e

atende ao princípio basilar da preservação da empresa. O Ministério Público também foi favorável ao pedido.

4.2.4.3 Suspensão da cláusula resolutiva e da autorização para participação em licitações.

Como grande parte dos contratos em vigor, inclusive os operacionais, possuem cláusula de rescisão de vencimento antecipado em caso de pedido de recuperação judicial. Essas cláusulas, comumente chamadas de ipso facto da insolvência, estabelecem que, mediante a declaração do estado de insolvência, há por si só a resolução do contrato de pleno direito mesmo que nenhuma obrigação nele tenha sido inadimplida.

Para que o grupo prestasse aos clientes os serviços de comunicação, são contratados com outros fornecedores a prestação de inúmeros serviços, como interconexão, constituição de redes de telecomunicações, direitos de passagem, e outros que cuja eventual rescisão pode em um efeito cascata começar a inviabilizar a prestação dos serviços em geral.

Para não impactar sua atividade-fim, refletindo diretamente no sucesso da recuperação judicial e, não causar prejuízo aos consumidores que ficariam privados dos serviços. Deve-se destacar que o estado de insolvência pode estar ligado somente a uma falta momentânea de liquidez, que será revertida com se tomada as medidas cabíveis corretamente.

Principalmente por estarem diretamente ligadas às atividades essenciais da mesma, a extinção desses contratos inviabilizaria a recuperação, pois agravaria a crise, a tornando até mesmo insuperável.

Importante traçar aqui um paralelo com a possível declaração de caducidade pela agência reguladora a partir do simples pedido da empresa de entrar em recuperação judicial. Isso, porque, no mesmo sentido em que deve ser suspensa esse tipo de cláusula resolutiva dos contratos, porque inviabiliza a realização da recuperação, também deve ser impedido que se declare a caducidade pelo mesmo motivo nos casos em que não houve o descumprimento contratual.

A partir do art. 421 do Código Civil, percebe-se uma tendência do direito civil moderno, no escopo do afastamento das concepções individuais em prol da socialização do contrato, subordinando a liberdade de contratar à sua função social, com prevalência das questões de ordem pública.

A doutrina leciona que ‘a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e esta deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório’.⁶⁸

Neste aspecto dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil que ‘nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.’

É também neste aspecto que se insere a questão objeto do pedido, que, no confronto entre a aplicabilidade da cláusula de rescisão contratual e suas danosas conseqüências na interrupção de serviços essenciais e contínuos, prestados e direcionados a consumidores, deve prevalecer à função social do contrato, ou seja, a suspensão da eficácia da referida cláusula contratual.

Quanto ao disposto na LFRE, o § 2º do art. 49 dispõe: ‘as obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente controladas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecidos no plano de recuperação judicial’, por esse artigo resta demonstrada a possibilidade em se manter os contratos e obrigações para fins de garantir os princípios estampados no antecedente art. 47 do citado diploma legal.

Os precedentes coadunam com essa mesma lógica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002437-24.2014.8.19.0000, AGRAVANTE: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS AGRAVADA: TQM SERVICE CONSULTORIA E MANUTENÇÃO LTDA. RELATOR: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RESCISÃO DE CONTRATO PELA DESTINATÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELA EMPRESA REQUERENTE. VIABILIDADE DA EMPRESA. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. MULTA. 1) A ampla gama de soluções admitidas pela Lei nº 11.101/2005 tem como destinatários os credores da empresa em recuperação, vale dizer, todos aqueles que se qualifiquem como titulares de créditos constituídos em desfavor do devedor. 2) A agravante, na verdade, se qualifica como consumidora dos serviços prestados pela agravada, não sendo possível, em princípio, lhe impor sacrifícios, mormente considerando que a

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25

sua atividade econômica envolve a execução de empreendimentos de grandes proporções e complexidade na área petroquímica, de grande repercussão para economia do País, sob pena de subverter a finalidade do instituto da recuperação judicial. 3) Deste modo, os contratos firmados pela empresa agravada anteriores ao seu pedido de recuperação judicial devem ser cumpridos por ambos os contratantes, com observância das condições originalmente pactuadas, a teor do disposto no art. 49, §2º, da Lei nº 11.101/2005, não havendo como negar o direito da agravante de rescindir o ajuste por descumprimento da correlata contraprestação. 4) Ademais, constitui afronta ao princípio da autonomia da vontade exigir que a agravante celebre novos contratos com a agravada. 5) Contudo, a atividade empresarial desempenhada pela agravada tem como destinatária exclusiva a agravante, em virtude do que a possibilidade de rescisão em razão unicamente do pedido de recuperação judicial, tal como previsto no contrato, coloca a recorrida em posição de extrema desvantagem, rompendo com a presunção de igualdade contratual que, a rigor, permeia os contratos empresariais, o que pode frustrar a salvação da empresa agravada, mesmo que esta se revele viável. 6) Assim, deve-se suprimir a determinação imposta à agravante no sentido de que esta celebre novos contratos de prestação de serviços com a agravada e restringir a ineficácia das rescisões contratuais àquelas que tenham por fundamento o mero ajuizamento da ação de recuperação judicial pela agravada, persistindo, entretanto, tal possibilidade na hipótese de descumprimento das obrigações pactuadas. 7) Uma vez admitida a possibilidade de rescisão contratual pela agravante quando fundada em inadimplemento da agravada, e considerando que, pelo teor do provimento jurisdicional impugnado, a sanção é, na verdade, dirigida às instituições financeiras por ela alcançadas, impõe-se a exclusão da multa diária de R\$10.000,00 fixada para a hipótese de descumprimento da decisão relativamente à Petrobrás. 8) Recurso ao qual se dá parcial provimento.´

A decisão do magistrado possibilitou a suspensão da cláusula, *ipsis litteris* transcreve-se o *decisium*:

“Interpretar a validade e eficácia da cláusula, apenas pela rigidez da ótica civilista, é seguir em sentido oposto, e violaria flagrantemente o espírito do legislador ao editar a lei de recuperação judicial, e colocaria em risco não só o sucesso da salvaguarda das empresas, como, em última análise, o interesse dos consumidores que sub-repticiamente ficariam alijados de serviços de natureza essencial e contínua. Na frente da evolução do direito falimentar está a preservação da atividade econômica produtiva, e, sobretudo à tão decantada função social, de modo a acompanhar flexibilização da rigidez do antigo conceito pragmático

civilista, quando da promulgação da CRFB/88, quando se inaugurou uma nova ordem jurídica no país, passando a proteger interesses para além da esfera individualista.”⁶⁹

Pelas mesmas razões de decidir, o juiz autorizou que as requerentes participassem também dos certames licitatórios, mesmo que os editais vedassem a habilitação de empresas que estejam em recuperação judicial. Decidiu, assim, por confirmar que grande parte das atividades desempenhadas pelas empresas eram oriundas de contratações com o Poder Público. Considerou, inclusive, ilícito aqueles editais que não admitem a apresentação de propostas por sociedades empresárias que estejam submetidas ao regime da recuperação judicial, pois incompatível, não só com o próprio instituto recuperacional, mas, também, com o princípio constitucional da preservação da empresa.

E maestralmente finaliza se posicionamento no sentido de que: “se trata de contra-senso permitir que uma empresa que passa por dificuldades financeiras se socorra ao Poder Judiciário para se reestruturar, sem possibilitar a sua participação em certames licitatórios, que são indispensáveis para a continuidade do desenvolvimento das atividades, que constitui, justamente, o objetivo do procedimento de recuperação judicial.”⁷⁰

Não foi a primeira vez que o Magistrado teve esse posicionamento, conforme expôs em sua decisão, já havia enfrentado situação semelhante na recuperação judicial da empresa Tecnosolo Engenharia S.A.⁷¹, quando, ao invocar poder geral de cautela, permitiu que aquela sociedade empresária participasse de procedimentos licitatórios.

Um ponto curioso e também muito bem colocado pelo magistrado foi sua decisão com fundamento sobre o princípio da efetividade e celeridade processual, consagrados pelo Novo Código de Processo Civil, de forma a tornar desnecessário que as recuperandas fossem a Juízo requerer, em cada caso, a autorização para participar de determinado processo licitatório, porque assoberbaria os autos, os quais já estavam naquele momento em mais de 90 mil folhas. Posição que deveria ser utilizada por todos os membros do judiciário, visto que se trata de um princípio.

Em resumo, considerou presentes os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência, sendo acolhido o pedido de suspensão da eficácia da cláusula ipso facto, inserida em

⁶⁹ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89512. Decisão proferida pelo Juiz Titular Fernando Cesar Ferreira Viana.

⁷⁰ *ibid.* pg. 89513.

⁷¹ Processo n.º 0314091-97.2012.8.19.0001

todos os contratos firmados pelas devedoras, e deferido, também, a permissão para que as requerentes participassem de processos licitatórios de todas as espécies.

4.2.5 Situação financeira do GRUPO OI e sua viabilidade econômica

O grupo Oi apresentou em pertencer a um universo colossal de 70 milhões de clientes, gerando mais de 140 mil empregos, com milhares de fornecedores, e recolhimento de volume bilionário de impostos aos cofres públicos, com receita bruta de 40 bilhões e líquida de cerca de R\$ 27 bilhões por ano.⁷²

A atividade empresarial desenvolvida pelo GRUPO OI gira em torno de um gigantesco complexo de operações, com magnitude de infraestrutura, investimento, geração de trabalho, recolhimento de tributos e fornecimento de relevante serviço público.

Com efeito, e já mencionado, a crise econômica brasileira causou pressão inflacionária e aumento das taxas de juros, o que diminui o poder de compra e consumo, e impactou a demanda também pelos serviços de telecomunicações. Além de diminuir a capacidade de investimento, que aparece na perda de mercado (market share) e faz com que as margens operacionais das empresas se desestremem.

Por ter sido devidamente comprovado pelo Grupo Oi de que a crise econômico-financeira de elevado endividamento foi causada por fatores como a deterioração do cenário macroeconômico nacional e redução da capacidade de investimento diante do aumento da competitividade no setor, em decorrência da desvalorização da moeda nacional, cumulado, ainda, com o aumento previsível de inadimplência dos usuários do serviço, foi considerado justificável o pedido de reestruturação.

Ponto importante a ser destacado diz respeito a ANATEL, que mesmo com a evolução tecnológica, que refletiu nos padrões de consumo dos usuários do sistema, e provocou notória redução da atratividade do serviço de telefonia fixa frente aos serviços móveis, a Agência continuou estabelecendo para as concessionárias, diversas obrigações estabelecidas na Lei Geral de Telecomunicações, direcionadas a uma universalização da telefonia fixa em toda a estrondosa amplitude do território nacional. Fazendo com que esses investimentos não tivessem o retorno financeiro adequado, quando se leva em conta a atuação

⁷² Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 36.

da companhia em diversas regiões do país com baixa densidade demográfica e baixo poder aquisitivo.

Impossível não discutir sobre essa abordagem extremamente formal da ANATEL, que ao invés de se preocupar com a finalidade de suas ações, e a adequação da norma ao caso concreto, que, por sinal, é essa sua obrigação, regular a concessão no sentido de não permitir abusos e fomentar a economia. Não, só fez com que a dívida líquida da companhia fosse superior à capacidade de geração operacional de caixa.

Ainda em respeito a ANATEL, imperioso destacar, também, o histórico de imposição de multas milionárias aplicadas às empresas por esse tipo de exigências questionáveis do setor regulatório - acrescentando a essa dívida impagável - que retratam elevado passivo exigido em ações ajuizadas pela Agencia Reguladora. Dessa forma, a continuidade de pagamento desses custos de financiamento e juros, e as restrições judiciais no caixa da empresa, só auxiliou para que o Grupo empresarial chegasse a uma situação financeira insustentável.

Por tratar-se de sociedades em atividades essenciais por meio de concessão pública, observa-se dentro do contexto apresentado, que a crise anunciada realmente é econômico financeira, uma vez que as sociedades necessitam equacionar o seu passivo, em conjugação com receitas futuras, situação a ser alcançada por meio de soluções de mercado a serem apresentadas em juízo de recuperação judicial.

Destarte, é possível afirmar, ainda que em uma análise perfunctória da situação, ser a atividade desenvolvida pelas requerentes notoriamente rentável, não só pelo tempo de mercado, mas por todos os indicativos trazidos, o que confere ao plano de recuperação a ser desenvolvido considerável possibilidade de êxito. Por fim, pelas empresas requerentes também terem atendido aos requisitos do artigo 48 e incisos, da Lei 11.101/05, ao comprovarem que estão em atividade há mais de 02 (dois) anos, não serem falidas ou terem obtido concessão de recuperação, inclusive com base em plano especial, nos últimos cinco anos, e não haver condenação criminal contra seus administradores, ou sócio controlador, por crimes. Só confirmou a possibilidade a declarar o deferimento da Recuperação Judicial.

4.2.5.1 Suspensão das ações e execuções

A suspensão das ações e execuções é uma importante medida característica do direito concursal e tem origem no direito norte-americano, onde a suspensão, inclusive, de todas as ações e execuções contra a empresa devedora é automática (automatic stay).⁷³

A suspensão pela Lei brasileira não é automática, e há também algumas excepcionalidades como aquelas previstas no par. 1º do artigo 6: ‘§1º- Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida’.⁷⁴

A suspensão das ações afigura-se primordial para o sucesso da recuperação judicial, já que o prosseguimento de determinadas ações pode comprometer o patrimônio do Grupo empresarial, cuja proteção a lei visa garantir, são essas aquelas ações como: busca e apreensão de bens, reintegração de posse ou que visam à expropriação do patrimônio das sociedades empresárias, que podem subverter o futuro plano de recuperação. Durante esse período é vedada ainda a penhora sobre o faturamento da empresa por crédito sujeito à recuperação, e ordem de despejo contra a empresa, anterior ao pedido de recuperação.

Qualquer ação de direito material que acarrete desfalque patrimonial à empresa devedora também será suspenso.

Assim, a suspensão das ações abrange toda ação que ataque o patrimônio das empresas em recuperação judicial.

No caso, o juiz decidiu que a suspensão também incluía ações judiciais nas quais estavam sendo executadas penalidades administrativas, por exemplo, pela ANATEL, que, possui parcela significativa do passivo em mais de R\$ 10 bilhões⁷⁵.

Como o prosseguimento destas execuções também acarretaria a inviabilidade do processamento da recuperação judicial, pelo considerável montante de cobrança, se tornava necessária a suspensão das referidas demandas - estas multas administrativas, conquanto sejam cobradas por meio de execuções fiscais, não possuem natureza tributária, inaplicável, então, o parágrafo 7º do artigo 6º da Lei n.º 11.101/2005.

Para fundamentar o *decisium* o juiz se utilizou de diversos precedentes⁷⁶, e de um acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n

⁷³ BAIRD, Douglas. Elements of bankruptcy. Third Edition. New York: Foundation Press. 2001. pg 169

⁷⁴ Lei 11.101/2005

⁷⁵ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 92016 e 198512.

623.023/RJ, que ratificava que as aludidas multas possuem natureza jurídica administrativa e não tributária:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. 3. Recurso especial improvido.⁷⁷

Com relação aos procedimentos arbitrais em que figurem como parte quaisquer das empresas devedoras, utilizou-se as premissas acima descritas, para suspender todas as arbitragens nas quais já haja definição de quantias líquidas devidas pelas requerentes.

Esse foi um ponto muito discutido pela ANATEL, e será trabalhado novamente no tópico destinado ao posicionamento da agência no processo.

4.2.5.2 Nomeação do Administrador Judicial

Se a autarquia pode intervir na empresa, o juiz entendeu que ela também deveria colaborar com a recuperação judicial. Dizendo, em suas palavras: “Quem pode o mais, pode também o menos.”⁷⁸

O parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/97, diz que “as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de

⁷⁶ TRF5, AG 436402320134050000, Relator Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, Quarta Turma, Data de Julgamento: 21/01/2014, DJe 23/01/2014; TRF5, AP 00065068820134058300, Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Terceira Turma, Data de Julgamento: 04/12/2014, DJe 09/12/2014; e TRF3, AI 0012571-90.2014.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Sexta Turma, Data de Julgamento: 03/03/2016, DJe 11/03/2016 (já haviam sido anexados pelas devedoras em parecer à petição inicial)

⁷⁷ REsp 623.023/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 14/11/2005, p. 251

⁷⁸ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89520.

natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes´.

Para o juízo naquele momento a questão deixava de ser um poder para ser um dever, e justificou no fato de que há todo um interesse de uma Nação na lisura, transparência e no acerto do processo.

Com espeque no art. 6º do CPC e diante das singularidades do caso determinou que a ANATEL, na pessoa do procurador federal apresentasse cinco nomes de pessoas jurídicas com idoneidade e expertise sobre a matéria, para serem avaliados pelo Juízo para nomeação como administrador judicial.⁷⁹

Ao fim, o processo contou com dois Administradores Judiciais, vista a complexidade jurídica e financeira, ficando responsável pela parte financeira o Big Four accountingfirm (PricewaterhouseCoopers Assessoria Empresarial Ltda), e para a parte jurídica o escritório de advocacia Arnoldo Wald.⁸⁰

Em um certo momento, o juízo rompeu com o AJ financeiro, PricewaterhouseCoopers Assessoria Empresarial Ltda., por falta de confiança, que foi justificada na ausência de zelo e dedicação, visto a assessoria ter ficado aquém das expectativas, tendo sido necessária a intervenção do Juízo em mais de uma oportunidade para que o trabalho fluísse.

Um desses momentos foi o AJ financeiro quando responsável pela lista de credores, além de deixar alguns fora da lista, incluiu credores que não deveriam lá constar e duplicou créditos que aumentaram a dívida das Recuperandas em mais de R\$ 2 bilhões. A justificativa dada pelo AJ financeiro era de que o problema teria sido operacional, e não humano, mas de toda forma, o juiz da causa o afastou.⁸¹

Por não ter sido possível a substituição por outra das empresas indiciadas pela ANATEL para ocupar o cargo, acabou que o AJ jurídico cumulou as funções, por já ter

⁷⁹ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 89521

⁸⁰ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 91224

⁸¹ *ibid.* fls. 187620-187623

transcorrido 30% do processo, e o restante dizer questão mais a parte jurídica do que financeira.⁸²

4.2.5.3 Lista de Credores

A lista final de credores apresentada continha cerca de 13 mil empresas públicas, privadas e pessoas físicas, desde míseros débitos de R\$ 0,02 (muitos dos débitos irrisórios se concentram na região Sul do Brasil) a até R\$ 18 bilhões.⁸³

O The Bank of New York Mellon e o The Bank of New York Mellon (Trustee)⁸⁴ possuem o maior valor⁸⁵, já o menor valor que consta no documento (R\$ 0,02) é devido a seis pessoas físicas: cinco moradoras de Curitiba, no Paraná, e outra moradora de Novo Hamburgo, no Rio Grande do Sul.

Os grupos financeiros The Bank of New York Mellon, dos Estados Unidos, e CiticorpTrustee Company Ltd, do Reino Unido, somados concentram 50% do total de dívida (R\$ 15,7 bilhões é o valor devido à instituição londrina).⁸⁶

A instituição Nordic Investment Bank, da Finlândia, tem crédito de R\$ 106 milhões⁸⁷, o China Development Bank, R\$ 2,4 bilhões⁸⁸, o Citibank N.A., no Reino Unido, R\$ 28 mil, o CreditAgricole Corporate andInvestment Bank S.A., R\$ 802 mil⁸⁹, e o KFW IPEX-Bank, R\$ 425 mil⁹⁰.

As instituições financeiras brasileiras representam aproximadamente 22% da dívida. O BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) é o único da classe II,

⁸² ibid fls. 187887-187888

⁸³Fonte: G1, publicada em 07/07/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/07/oi-tem-dividas-de-r-002-r-18-bilhoes-em-lista-de-credores.html>>. Acesso em: 01 de jun. de 2018.

⁸⁴ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 198819 (pg 323 da Lista de Credores)

⁸⁵Fonte: G1, publicada em 07/07/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/07/oi-tem-dividas-de-r-002-r-18-bilhoes-em-lista-de-credores.html>>. Acesso em: 01 de jun. de 2018.

⁸⁶ Fonte: Folha de São Paulo, publicada em 21/06/2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1784083-com-52-da-divida-citigroup-e-bny-mellon-lideram-lista-de-credores-da-oi.shtml>>. Acesso em: 01 de jun. de 2018

⁸⁷ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pg. 198548 (fl 61 da Lista de Credores)

⁸⁸ ibid. pg. 198546 (fl 59 da Lista de Credores)

⁸⁹ ibid. pg. 198557 (fl 70 da Lista de Credores)

⁹⁰ ibid., pg. 198675 (fl 188 da Lista de Credores)

com Garantia Real⁹¹, e seu crédito é de R\$ 3,3 bilhões. A Caixa Econômica com aproximadamente R\$ 1,9 bilhões⁹², e o Banco do Brasil com aproximadamente R\$ 4 bilhões.

Bancos estatais como o Banco da Amazônia, o Banco de Brasília, Banco do Estado do Rio Grande (Barrisul), e Banco do Nordeste também estão na lista⁹³. A única instituição financeira privada é o Banco Itaú⁹⁴, com o valor de R\$ 1,5 bilhão. Todos credores da Classe III, credores quirografários.

O Ministério Público Federal de Macapá e os ministérios públicos estaduais de São Paulo, Minas Gerais, e Santa Catarina, também estão na lista. Há também empresas de assessorias jurídicas, que somadas detém cerca de R\$ 31 milhões.⁹⁵

Como já mencionado, um dos principais credores é a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), com R\$ 10 bilhões. A Portugal Telecom Inovação Bras, a Portugal Telecom Internacional Finance, da Holanda, e a Portugal Telecom Participações SGPS também são credoras.

4.2.5.4 Outras informações do processo

Outro ponto ímpar do processo em questão foi que alguns créditos ilíquidos foram adicionados na relação nominal dos credores peticionada pelas recuperandas no momento do pedido de RJ (doc. 8 do processo), e fez com que no decorrer da fase administrativa, mesmo com a identificação do AJ de que muitos dos créditos ressentiam-se da necessária liquidez, devendo, a princípio, ficar de fora da lista de credores, fossem listados e incluídos na relação do Administrador, pois foram autorizadas pelo juízo, com base no art. 39 da Lei 11.101/2005. Ao analisar a manifestação do AJ de fls. 104.643/104.656 e também o parecer ministerial de fls. 104.861/104.862 o juízo deferiu o pedido, porque, como dito na decisão de fls. 104.876/104881, as recuperandas decidiram, ao preparar sua lista de credores, reconhecer parte do crédito, confessando que devem a cerca de 47 mil autores valores ali determinados, esse reconhecimento não pode ser ignorado pelo juízo da recuperação." Essa decisão foi agravada pelas recuperandas, para que os créditos ilíquidos não constassem na relação de credores sendo preparada pelo AJ. No fim, o juízo reconsiderou (por retratação, art. 1.018, §1º

⁹¹ *ibid.*, pg. 198532 (fl 45 da Lista de Credores)

⁹² *ibid.*, pg. 198535 (fl 48 da Lista de Credores)

⁹³ *ibid.*, pg. 198530 (fl 43 da Lista de Credores)

⁹⁴ *ibid.*, pg. 198530 (fl 43 da Lista de Credores)

⁹⁵ Fonte: G1, publicada em 07/07/2016

do NPCP) ter considerado como "confissão de dívida", e a partir do comando legal e da jurisprudência só deixou constar na lista de credores depois que fosse reconhecida a liquidez, ficando aqueles processos não transitados em julgado sujeitos a solicitar no juízo de origem a reserva de crédito (art. 6º, §3º da Lei nº 11.101/2005). Esses casos de créditos ilíquidos adicionados ficaram conhecidos no decorrer do processo de "Casos PEX".⁹⁶

Como dito no capítulo referente a legislação da recuperação judicial, a impossibilidade de prorrogação do stay period não é respeitada pelo judiciário. No caso em questão, por se verificar que o procedimento estava em delicada fase processual, e que todo e qualquer ataque ao patrimônio das sociedades poderia por fim aos esforços engendrados, causando drásticas consequências não só para a sociedade empresária em si, mas também para uma grande coletividade que se utiliza dos serviços públicos prestados pelas devedoras por meio de concessão, foi considerado, que, muito embora o legislador tenha visto como razoável o prazo de 180 dias, deveria esse prazo ser dilatado, para que o plano pudesse ser elaborado tranquilamente. O Tribunal da Cidadania mantém o entendimento de que, mostrando-se insuficiente o prazo legal de 180 dias, sem que a devedora tenha dado causa ao retardo processual, a suspensão das execuções individuais deve ser prorrogada em atenção ao da preservação (ou continuidade) da empresa.

4.2.5.5 Sobre a decisão que concede a Recuperação Judicial e homologa o Plano de Recuperação Judicial aprovado em AGC

Relembrando que o foco do processo de recuperação deve estar na empresa e não no empresário, ainda mais quando se trata de sociedades que exercem atividades essenciais por meio de concessão pública, e que um ambiente de harmonia e independência entre credores e devedores é fundamental para as negociações, depois de diversas tentativas e adiamento da Assembléia, com o prazo assinalado pelo juízo largamente ultrapassado, o Presidente do Grupo OI, Eurico Teles, foi o eleito por sua Diretoria Executiva e ratificado pelo Conselho de Administração, para ser o responsável pessoal para conduzir e concluir as negociações com os credores. As negociações em Assembléia duraram cerca de 20 e resultou em expressiva aprovação do plano, em todas as classes de credores. Por cabeça, o plano foi aprovado por 100% dos credores das classes I e II, por 99,5% da classe III e por 99,8% da classe IV.

⁹⁶ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fls. 198453-198458

Computando o voto por valor, o plano foi aprovado por 100% dos credores das classes I e II, por 72,17% da classe III e por 99,7% da classe IV.⁹⁷

A classe III (valor) apenas não alcançou percentual próximo de 100, como as demais, em razão do voto desfavorável da ANATEL que desde o início do processo se insurgiu quanto (i) à submissão do seu crédito ao processo de recuperação, sendo certo de que já havia decisão do mesmo Juízo, confirmada pelo e. Tribunal de Justiça, afirmando que o crédito está inteiramente submetido à recuperação judicial e (ii) ao parcelamento do crédito da Agência Reguladora.

A determinação da ANATEL a Procuradoria-Geral realmente era para que se votasse contra qualquer plano de recuperação⁹⁸ do Grupo "em razão de óbices jurídicos materiais e formais, uma vez que o parcelamento de crédito público se dá necessariamente nas condições definidas em lei pelos representantes do povo, em decisão de autoridade administrativa a partir de requerimento formulado pelo interessado no âmbito da Administração Pública, e não por meio de decisão de credores privados tomada em AGC" (manifestação feita pelo ANATEL ao AJ).

Dessa forma, tirante o descontentamento do órgão regulador, o plano foi aprovado em todas as classes de forma quase unânime, em uma assembléia com maciça adesão e participação dos credores.

Esse posicionamento da ANATEL, só ratifica todo o exposto nesta monografia, de que o órgão não age com a finalidade de regular a economia, mas sim, como vários outros órgãos do Poder Público brasileiro, pensando unicamente no seu umbigo.

Este resultado mostra que a esmagadora maioria dos credores acredita que o plano apresentado irá soerguer as empresas que têm papel relevantíssimo para a economia do país.

E como se sabe, o intuito inovador da Lei 11.101/2005, diferentemente da antiga concordata, está em satisfazer o maior número de credores, em um ângulo amplo, que se visa também a proteção jurídica do mercado, que deve sempre que possível se desenvolver de um modo sadio em benefício da sociedade e do crescimento econômico num todo, como foco na preservação da empresa que movimentada a economia gerando empregos e recolhendo impostos (art. 47).

⁹⁷ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fls. 254741-254747

⁹⁸ *ibid*, pg. 254747

Em parecer, algumas cláusulas do plano foram pugnadas pelo Ministério Público, entre elas aquelas que diziam respeito à⁹⁹:

- a) Crédito da ANATEL: declaração de invalidade da cláusula 4.3.4 do PRJ (Pagamento de créditos concursais Agências Reguladoras)¹⁰⁰, por contemplar forma de pagamento dos créditos não fiscais da ANATEL em discrepância com as disposições da Lei 13.494/17, que regula a matéria. Decidido pelo magistrado: que a aludida legislação não invalida a cláusula do plano, já que tal legislação apenas institui uma faculdade ao devedor, de submeter-se ou não a um programa que prevê a quitação parcelada do seu débito; não cria, pois, um limite de parcelamento ao crédito público a ser observado em casos de recuperação judicial. Não há afronta à Lei 13.494/17, até porque o crédito da Agência não se sobrepõe ao interesse da coletividade de credores, pois se trata de crédito submetido a um regime de recuperação previsto em lei especial (LRJ). A submissão dos créditos da ANATEL à recuperação judicial já foi enfrentada à exaustão pelo juízo, que por diversas vezes já decidiu que a natureza do crédito da Agência não a coloca em posição de primazia em relação aos demais credores, sendo considerando dignos de tratamento privilegiado e específico apenas aqueles credores expressamente previstos na legislação de regência.
- b) Reembolso de despesas dos credores: invalidade das cláusulas previstas na Seção 11 do Anexo denominado Subscription and Commitment Agreement do PRJ) que facultam às Recuperandas realizarem reembolso de despesas incorridas pelos credores na busca pela satisfação de seus créditos no processo de recuperação. Por se tratar de violação ao disposto no art. 5º, II, da LRF, foi dada razão ao Ministério Público.
- c) Extensão dos pagamentos de fees: Decidido que, por força do art. 5º, II, da LRF, ficou como sendo garantido a todos os credores integrantes da Classe III com o mesmo perfil (valor, origem do crédito e higidez de garantias de aporte), que se comprometam a investir novos recursos na companhia através da subscrição daquelas ações nas mesmas condições, o pagamento ali previsto.

⁹⁹ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, fls. 254749-254751

¹⁰⁰ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Anexo 38. Plano de Recuperação Judicial fl. 44

- d) Convocação da AGE para decidir sobre questões de governança e aumento de capital¹⁰¹: ficou decidido que os acionistas da companhia devem dar o devido cumprimento às medidas aprovadas pela AGC, sob pena de incorrerem no disposto no art. 64 da LRF e em sua responsabilização pelos prejuízos que assim causem as companhias, aos seus credores e demais acionistas, e deve ser necessária a convocação de AGE para obter a devida formalização e concretização das decisões dos credores relativas à governança e ao aumento de capital. Apesar de alterações pertinentes, como do estatuto social, aprovadas no PRJ que dispensam a realização de AGE e podem ser levadas a cabo pelos órgãos de direção da companhia, com base na autorização assemblear de credores, na forma prevista na LRF, que é lei especial em relação à LSA sobre a matéria.

No mais, por não vislumbrar outra cláusula do plano que mereça questionamento, referiu-se as lições de Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli, "na esteira do quanto se afirmou acerca da soberania de assembleia geral de credores, uma vez aprovado o plano em assembleia, o juiz deverá conceder a recuperação, sem que se lhe reserve grande margem de discricionariedade"¹⁰². Para homologar de forma imediata e não apenas por força da lei, para que os créditos fossem satisfeitos o mais rapidamente.

Nos termos da fundamentação acima, e atento ao art. 50 da LRF, ficou esclarecido ainda na decisão que a vontade soberana dos credores deveria ser respeitada integralmente, sendo até mesmo vedada a prática de qualquer ato (por acionista, membro do conselho ou administrador da companhia) que vise inviabilizar o cumprimento do plano de recuperação aprovado na forma da lei. Inclusive, deliberou também, que o Presidente do Conselho de Administração desse imediato e efetivo cumprimento ao plano aprovado, e tão logo homologado, para assegurar as condições provisórias de governança corporativa e conversão de dívida em ações, conforme manifestação soberana dos credores.

Em linhas gerais o plano prêvia as seguintes estipulações: (i) os bondholders, credores de uma dívida de R\$ 32,2 bilhões, assumam o controle da operadora com participação de até 75% após a conclusão de todas as etapas e capitalização prevista - o que reduzirá a dívida financeira em aproximadamente 50% (R\$ 49,4 bilhões para R\$ 23,9 bilhões); (ii) comissão aos credores e acionistas que participarem da capitalização no

¹⁰¹ Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Anexo 38. Plano de Recuperação Judicial fl. 58

¹⁰² A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 296

percentual de 8% em dinheiro ou 10% em ações; (iii) pagamento da dívida com a Anatel em 20 anos, em parcelamento indexado à Selic e não mais pelo IPCA; (iv) pagamento das dívidas trabalhistas em 5 parcelas mensais, após 6 meses de carência; (v) pagamento da dívida com o BNDES em 15 anos, após 6 anos de carência, com taxa de juros indexada em TJLP + 2.94% ao ano; (vi) pagamento da dívida com bancos em 17 anos, após 5 anos de carência, com taxa de juros de até 1,75% ao ano para dívida em dólar; entre outras.

4.2.5.6 Internacionalmente

A PHAROL instaurou procedimento arbitral pela sua subsidiária “Bratel” em face a Oi S.A (nos termos do artigo 248.º do Código dos Valores Mobiliários e da alínea a, e o artigo 3.º do Regulamento da CMVM n.º 5/2008)¹⁰³, na intenção de que fosse determinado que qualquer conflito envolvendo administradores, acionistas e diretoria deveriam ser submetidos à arbitragem, porque assim previa a cláusula compromissória constante no estatuto social da Oi.¹⁰⁴

Obteve-se a decisão ansiada em Câmara de Arbitragem do Mercado (“CAM”), com o deferimento parcial do pedido de urgência apresentado para: a. Reconhecer a competência para dirimir o conflito e deferir o pedido para que sejam suspensos os efeitos da eventual aprovação de qualquer deliberação que verse sobre as matérias constantes da pauta da “Reunião Extraordinária do Conselho de Administração da Oi S.A. [que foi convocada] para tratar do ‘aumento de capital da Companhia, mediante a capitalização de parte dos Créditos Quirografários dos Bondholders Qualificados, com a emissão de novas ações (cl. 4.3.3.5 e correlatas do PRJ) e bônus de subscrição conferidos como vantagem adicional aos subscritores das ações objeto do aumento (cl. 4.3.3.6 e correlatas do PRJ), na forma prevista no Plano de Recuperação Judicial”. Em resumo, o árbitro proferiu decisão que travou o

¹⁰³Fonte: Oi, publicado em 06/04/2018. Disponível em: <http://ri.oi.com.br/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=43591>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

¹⁰⁴ Estatuto Social Oi - Capítulo X (Juízo Arbitral), Artigo 68: A Companhia, seus acionistas, administradores e os membros do Conselho Fiscal, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 1, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Nível 1 de Governança Corporativa.

aumento de capital da Oi, que havia sido aprovado no âmbito do processo falimentar, sob pena de multa de R\$122,9 milhões de reais, declarando a incompetência do juízo estatal para dirimir as questões relativas ao aumento do capital da companhia. Medida tomada em caráter liminar, uma vez que não havia a instauração de um Tribunal Arbitral para julgar definitivamente a controvérsia.¹⁰⁵

A Oi, face à decisão arbitral, defendeu a legitimidade do aprovado pela maioria dos credores em assembleia e homologadas pelo juízo falimentar, de forma a insistir ser a competência para dirimir questões relativas aos atos do plano de recuperação judicial a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, onde tramita o processo de recuperação.¹⁰⁶

O ministro Marco Buzzi, Segunda Seção do STJ, dirimiu a disputa entre as competências do juízo arbitral e estatal, e deferiu o pedido liminar apresentado pela companhia, que suspendia os efeitos da decisão proferida pelo juízo arbitral. Conforme a decisão do STJ, ficou definida a competência do Juízo da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro para dirimir, em caráter provisório, eventuais medidas urgentes, até ulterior deliberação. Assim, foi negada a competência do juízo arbitral, devendo as decisões referentes ao processo de recuperação judicial serem tomadas pelo juízo estatal.¹⁰⁷

“A Oi considera que a Pharol age de forma isolada em relação à totalidade dos stakeholders neste processo. A objeção da Pharol foi a única, de mérito, protocolada nos EUA contra os pedidos de aplicação de força e efeito ao plano de recuperação judicial brasileiro aprovado por maioria absoluta e homologado pela Justiça brasileira e traz argumentos que simplesmente refletem aquilo que eles tem insistido, sem sucesso, em todas as esferas judiciais no Brasil”, diz a companhia, em nota a imprensa. Neste sentido, afirmou, ainda, que a Pharol usa de forma indevida o processo de mediação estabelecido pelo TJ-RJ. “O procedimento em questão tem como foco a estabilização do processo de RJ e a redução de litígios. Não a rediscussão do PRJ já aprovado e homologado. O uso do procedimento para tentar convencer o juízo americano a não reconhecer o PRJ homologado é mais uma estratégia de usar a mediação para impedir a implementação da Recuperação Judicial, o que não pode ser aceito. Neste sentido, a empresa enfrentará com

¹⁰⁵Fonte: Valor Econômico, publicado em 06/03/2018

¹⁰⁶Fonte: Migalhas, publicado em 13/04/2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278200,71043->Decisao+do+STJ+interfere+em+arbitragem+entre+a+Oi+e+sua+maior>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

¹⁰⁷ AgInt no CC 157099 (publicado em 30/04/2018), RCD no CC 157099 (publicado em 20/04/2018), CC 157099 (publicado em 15/03/2018), AREsp 1074975 (19/02/2018)

qualquer questionamento e tomará as devidas medidas para proteger seu negócio dos ataques que potencialmente prejudicam suas operações”.¹⁰⁸

Quanto a aprovação do plano na Holanda, devido aos credores das subsidiárias holandesas da empresa Portugal Telecom International Finance e a Oi Brasil Holdings Coöperatief (Oi Coop) obteve-se seu reconhecimento, que era condição para dar início a distribuição da parte do pagamento ao qual esses credores tinham direito. “Considerando o encerramento do período para apelação, os Planos são agora efetivos sob a legislação holandesa e os processos de falência da PTIF e da Oi Coop encontram-se encerrados. Cada um dos Planos dá efeito ao Plano RJ internacionalmente. Os termos efetivos dos Planos refletem materialmente os termos do Plano RJ de forma a garantir que todos os aspectos materiais do Plano RJ tenham efeito vinculante em relação a credores e stakeholders, não só no Brasil como também em outros territórios, incluindo Países Baixos e Reino Unido”.¹⁰⁹

O Tribunal de Falências dos Estados Unidos também conferiu plenos efeitos e eficácia ao plano da operadora no país e autorizou a realização das etapas necessárias para a consumação da recuperação judicial, em relação às séries de dívidas regidas pela lei de Nova York e que foram emitidas pela Oi.¹¹⁰

4.2.6 TENTATIVA DE SE REERGUER

O diretor financeiro e de relações com investidores da Oi, Carlos Brandão, informou que o lucro antes de juros, impostos, depreciação e amortização (Ebitda, na sigla em inglês) recorrente retornou ao patamar previsto no plano de recuperação judicial da companhia. O Ebitda recorrente somou R\$ 1,6 bilhão no primeiro trimestre de 2018.¹¹¹ Na comparação anual o indicador apresentou queda e ficou abaixo da média prevista no plano de recuperação.

¹⁰⁸ Fonte: Telesintese, publicado em 16/05/2018. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/justica-dos-eua-quer-ouvir-bratel-e-oi-sobre-recuperacao-judicial/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

¹⁰⁹ Fonte: Oi, publicado em 20 de junho de 2018, em comunicado ao mercado.

¹¹⁰ Fonte: Conjur, publicado em 18/06/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/tribunal-eua-homologa-plano-recuperacao-judicial-oi>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

¹¹¹ Fonte: Exame, publicado em 15/05/2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/oi-informa-ebitda-de-r156-bi-mas-adia-divulgacao-de-balanco/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

A empresa obteve lucro líquido de R\$ 30,543 bilhões no primeiro trimestre de 2018¹¹², ante prejuízo de R\$ 69 milhões em igual período do ano passado¹¹³, conforme balanço não auditado enviado à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O ponto principal de reerguimento da empresa se dá na diluição de participação e o aumento de capital.

O aumento de capital é de aproximadamente R\$ 4 bilhões, para isso devem ser emitidas 3,23 milhões de ações. O que fará que a companhia passe das 676 milhões de ações em circulação para 5,65 bilhões de ações após todo o processo¹¹⁴. Com isso, o patrimônio líquido da companhia, que terminou 2017 R\$ 13,5 bilhões negativo, reverteria, e passaria a R\$ 28 bilhões.¹¹⁵

Os principais pontos do plano de recuperação são, em resumo, a reestruturação da dívida, com a revisão dos juros e prazos para pagamentos, além de um grande desconto que possibilite que a companhia honre seus compromissos. E aporte de capital ao mesmo tempo em que reduz sua dívida, para aumentar o investimento em tecnologia e infraestrutura.

A Oi começou o ano investindo em melhorias internas com o foco em rede e digitalização. Na última convenção de vendas do Grupo, demonstrou que o grupo acredita que vai superar as metas, acabar com a concorrência e voltar a crescer.

Após a fase de reestruturação da dívida, com a aprovação do Plano de RJ, o foco vira a reestruturação do negócio, para colocar a Oi em outro patamar de mercado.

“Teve gente que achou que o fato ter entrado numa recuperação judicial a gente ia deteriorar a qualidade. Mas pelo contrário, a gente focou muito na qualidade, foi um dos pontos chave da estabilização da companhia. Se a gente perde a nossa base de clientes por problemas na qualidade, aí era game over”.¹¹⁶

Essa reestruturação foi demonstrada na Convenção, que irá acontecer da seguinte forma¹¹⁷:

¹¹²Fonte: Época, publicado em 29/05/2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/05/epoca-negocios-oi-tem-lucro-liquido-contabil-de-r305-bi-no-1o-tri-por-queda-da-divida-em-plano-de-recuperacao.html>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

¹¹³ Fonte: Oi, pg. 21 Formulário de Referência 2017 (Ponto 3.7, nível de endividamento)

¹¹⁴ Fonte: Telesintese, publicado em 13/04/2018. Disponível em: <<http://www.telesintese.com.br/oi-aumento-de-capital-acontece-e-ainda-este-ano/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

¹¹⁵ Essas informações estão delineadas no plano de recuperação que foi aprovado pelos credores.

¹¹⁶ Bernardo Winik, diretor comercial da Oi, em matéria publicada pela revista Exame em 18/04/2018.

¹¹⁷ Fonte: Exame, publicado em 18/04/2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/os-planos-da-oi-para-se-reerguer-da-recuperacao-judicial-da-historia/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

- Melhoria no atendimento: (i) companhia incorporou os serviços de instalação e manutenção, que antes eram feitos por empresas terceirizadas, as parceiras não levam o nome da Oi, mas são subsidiárias; (ii) investiu em manutenção preventiva da rede, para eliminar os problemas antes mesmo de alguma reclamação, assim, as reclamações feitas na Anatel contra a operadora caíram 34% no ano; (iii) atendimento digital, por chat, aplicativo, chamado Técnico Virtual, que ensina o consumidor a resolver sozinho seus problemas de conexão, como recalibrar sua rede de banda larga depois de um temporal, por exemplo, eliminando as chamadas para o call Center; (iv) vendas e faturas por meio digital, para reduzir custos.
- Convergência: Pacotes de dois ou mais produtos, como banda larga e telefonia fixa.
- Maior eficiência operacional: manutenção preventiva das redes e digitalização do atendimento, como visto acima.
- Oferecer serviços de aluguel de livros e até aplicativo com programa de exercícios físicos em parceria com a rede Bodytech, a BTFit. Além de filmes e séries, a Oi vai disponibilizar aplicativo com mais de 10 mil títulos de livros, revistas, podcats, cursos e palestras, BTFIT, que oferece um personaltrainer online a qualquer hora e em qualquer lugar, além de desenhos para crianças e banca digital com revistas.

Da apreciação do deslinde da operação de recuperação judicial da companhia, extremamente complexa e com inúmeros fatores, se percebe que, independentemente do tamanho do Grupo, é inquestionável que em algum momento de sua trajetória passe por um momento difícil, que pode ter como causa uma infinidade de fatores, inclusive, problemas gerenciais e societários, e problemas incontrolláveis como o contexto do país em que se situa. Fato é que em todos os âmbitos, em um micro ou macrocosmos, as crises se tornam até necessárias no sentido de que reinventam e inovam o mercado.

O processo de Recuperação Judicial do Grupo OI, como foi visto, deve servir de exemplo para os próximos casos, porque regido maestralmente, utilizando da maneira correta os inúmeros princípios do nosso ordenamento. Provavelmente por já ter precedentes que delinearão mais facilmente as diversas situações apresentadas, o que foi reportado na forma de jurisprudências sólidas.

Ponto que acredito também ter ficado claro durante a exposição do estudo de caso, foi o posicionamento da ANATEL durante todo o desenrolar da recuperação, sempre agindo de maneira contrária a recuperação da empresa.

Neste momento, resta pontuar novamente, agora de maneira específica, a atuação do órgão.

4.2.7 POSICIONAMENTO DO ÓRGÃO REGULADOR

A Anatel foi contrária ao plano de recuperação apresentado pela Oi em 20/12/2017, que mesmo assim foi aprovado, visto a maioria dos credores terem optado favoravelmente. O que fez a ANATEL restar como voto vencido.

Assim, a agência propôs recurso ao STF contra a decisão do STJ que atribuía ao juiz da recuperação judicial competência para decidir se seus créditos de multas administrativas estavam ou não sujeitos à recuperação judicial. As dívidas que já transitaram em julgado e as multas que ainda estão na esfera administrativa, reconhecem R\$ 14,4 bilhões em débitos com a agência.

Segundo a Anatel, a interpretação é de que a dívida quanto às multas aplicadas pela agência não se enquadram nas categorias de crédito e, assim, não deveriam integrar a assembléia, o parcelamento desses débitos incomodou a agência. Desses 14,4 bilhões, 8,3 estão com a AGU por terem transitado em julgado, e serão pagos ao longo de 20 anos. O restante terá carência de 20 anos, com pagamento nos cinco anos seguintes.

Ou seja, a ANATEL contestou exaustivamente, o que também já foi demonstrado ao longo desse trabalho, a inclusão dos valores no processo de recuperação judicial da operadora, mas sem sucesso com o recurso negado pelo ministro Ricardo Lewandowski, obteve sua pretensão.

No começo da crise, e início das discussões quanto a entrar em recuperação judicial, tinha como uma das maiores dúvidas o posicionamento da Anatel sobre o caso, e a possibilidade do pedido levar a operadora a perder a concessão, inviabilizando todo o processo.

A princípio o posicionamento da Agência, informado pelo presidente Juarez Quadros, era de que a agência estaria “preparada” para intervir, mas, que não esperava como sendo essa a solução ideal.

“É obrigação da Anatel [estar preparada para intervir], mas essa não é a intenção maior. O ideal é que haja uma solução de mercado. Mas é obrigação da agência estar preparada. O ideal é que haja uma solução ainda no processo de recuperação judicial. Mesmo assim, em uma eventual intervenção, se for necessária, o objeto também será a tentativa de recuperação da empresa. Não há interesse por parte do governo brasileiro em ficar explorando esse serviço (...) Até o momento, [a empresa] tem mantido o investimento, garantido a continuidade da prestação de serviços, tem mantido o quadro de pessoal para manter a prestação de serviço. Isso tudo vem sendo acompanhado pela Anatel (...) por acreditar na possibilidade de um desfecho que signifique a efetiva recuperação do equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras”.¹¹⁸

Em resumo, a ANATEL se posicionou inicialmente no sentido de que a intervenção ocorreria no caso de a empresa atrasar o repasse dos recursos devidos a outras operadoras, porque como as operadoras usam as redes umas das outras e precisam pagar uma taxa por isso (por exemplo, quando uma ligação é feita da Oi para um celular de outra operadora, a Oi tem de remunerar essa outra empresa) o atraso nos pagamentos representaria um “risco sistêmico” que começaria a afetar outras empresas do setor, que, interviria, também, se houvesse piora no serviço prestado aos consumidores.

O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações¹¹⁹, demonstrou em nota todo o exposto acima:

“O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações informa que as medidas necessárias para garantir o pleno funcionamento do sistema de telecomunicação e o direito dos consumidores já foram adotadas pela Anatel, que acompanhará a tramitação do pedido de recuperação judicial e a execução do plano de reestruturação econômica e financeira da Oi. Embora a competência seja da Anatel, conforme artigo 19, VI, da Lei Geral de Telecomunicações, o MCTIC acompanhará diretamente o desenvolvimento e será intransigente em suas responsabilidades: manutenção dos serviços com qualidade, direitos dos consumidores, preservação dos empregos e direitos dos investidores. Desde 2014, a Anatel vem acompanhando a situação econômica e financeira das concessionárias, realizando aprofundados estudos sobre a sustentabilidade da concessão e procedendo à investigação de soluções regulatórias possíveis para preservar a continuidade do serviço e com qualidade. O setor de telecomunicações no Brasil é robusto e vibrante, competitivo e diversificado, e a confiança dos mercados não será afetada por um

¹¹⁸ Fonte: G1, publicado em 08/11/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/11/intervencao-da-anatel-na-oi-nao-seria-solucao-ideal-diz-anatel.html>>. acesso em 01 de jun de 2018.

¹¹⁹ Fonte: MCTIC

pedido de recuperação judicial pontual. O pedido de recuperação judicial, respaldado pela Lei nº 11.101/2005, tem a função de preservar a função social da empresa, a continuidade de seus serviços e a manutenção de postos de trabalho. De toda forma, o pedido de recuperação judicial precipita as discussões técnicas e políticas levadas a efeito no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, e que têm como objetivo final aprimorar o marco regulatório a fim de garantir que a evolução das regulamentações caminhe passo a passo com o progresso tecnológico. O MCTIC reforça o seu compromisso com os usuários, sem deixar considerar a preservação dos empregos, a aplicação de recursos de instituições estatais envolvidas e o interesse de credores privados, necessários ao investimento sustentável.”

No processo ficou ratificado pelo juízo o poder da ANATEL (por ser as empresas Oi S/A e Telemar Norte Leste S/A concessionárias de serviço telefônico fixo comutativo) em examinar todas as alienações dos bens reversíveis. Além disso, a ANATEL ainda procurou o Administrador Judicial pedir ao AJ que lhe fossem disponibilizadas duas credenciais de votação na AGC, e justificava o pedido nos termos, “dada a particularidade de sua natureza de pessoa jurídica de direito público”, enviado por correio eletrônico, uma credencial se destinaria ao servidor público da própria ANATEL, pelos créditos não definitivamente constituídos e a segunda credencial seria dada ao Procurador Federal indicado pela Procuradoria-Geral Federal, que votaria pelos créditos definitivamente constituídos.

Esclareceu a Agência que aqueles créditos que não alcançaram trânsito em julgado administrativo, as multas administrativas não definitivamente constituídas, seriam representadas pelo servidor público indicado pela Agência, enquanto as multas já definitivamente constituídas seriam representadas por Procurador Federal indicado pela Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União, tudo em razão da competência interna que estaria disposta na legislação específica.

O AJ não se opôs ao pedido da ANATEL, mas, para que assim fosse, teria de segregar o crédito em duas partes, diferentemente do que constava na lista de credores de 29.05.2017, em que estava o valor total do crédito detido pela Agência.

Em outra solicitação, também recebida por meio correio eletrônico, a ANATEL solicitou sua entrada na AGC na qualidade de órgão regulador do setor de telecomunicações. Argumentando que a autarquia tem como uma de suas competências o acompanhamento da situação econômico-financeira das concessionárias reguladas, bem como verificar a permanência das condições objetivas e subjetivas para manutenção das outorgas concedidas.

O AJ igualmente não se opõe ao pedido, dada a importância da Agência Reguladora na recuperação judicial de empresas que atuam sob concessão do Poder Público e fiscalização da Agência. Como a AGC é, em regra, destinada apenas aos credores, o Administrador Judicial submeteu ao exame do juízo o requerimento encaminhados pela ANATEL, para que fosse autorizada não só a participação como credor, com duas credenciais distintas, mas também que fosse permitida a entrada de seus representantes legais na qualidade de órgão regulador do setor de telecomunicações.

O que se constata é que reiteradamente a ANATEL abusou de seu poder, para interferir de negativamente de todas as maneiras possíveis na recuperação judicial do Grupo Oi. Em um primeiro momento foi coerente ao demonstrar não ter interesse e condição para guiar uma companhia daquela dimensão, e que só desrespeitaria os procedimentos judiciais, ou interviria na concessão caso, conforme previsto em lei, a prestação dos serviços da concessionária começasse a ser prejudicado e inviabilizado.

A LREF visa conceder poder àqueles que realmente têm condições de solucionar o problema, que são os credores e o devedor, pois são aqueles que são diretamente afetados e têm conhecimento técnico do que vão tratar, de forma a ter motivo e condição de reestruturar a empresa em crise.

Todavia, a cultura paternalista do Estado continua marcante. Por exemplo, mesmo dando aceite e se posicionando no sentido de que a solução para a crise deveria ser respeitando os procedimentos judiciais, e que uma intervenção seria prejudicial a todos os personagens do conflito. Ainda, assim, a ANATEL ao longo do processo decidiu por inúmeras vezes em interferir de forma discricionária quanto às delegações feitas. Por sorte, o juiz aplicou a lei sabiamente, com doutrinas e precedentes, e respeitou o deliberado pela lei de 2005, e impediu diversas atitudes autoritárias da agência que poderiam prejudicar todo o procedimento extremamente complexo que corria.

Diz-se isso, porque, ao analisar uma legislação, principalmente no caso de uma Recuperação Judicial de uma Concessionária de Serviço Público, com dimensão internacional, e estrutura complexa, não se pode permitir que um agente entre milhões de outros dessa equação tenha seu poderio alterado de forma desmedida e sem justificativa coerente com a lei por simples imposição judiciária.

A ANATEL quis sobrepôr seus créditos acima dos demais credores, no interesse de alterar unilateralmente o definido em Assembléia Geral de Credores.

Crédito esse referente prioritariamente a multas, que funcionam exclusivamente como uma penalidade, no cenário geral faz ainda menos sentido que uma empresa em recuperação judicial dê prioridade ao pagamento de multas. Ainda, mais, quando muitas dessas multas são referentes a uma obrigação que a ANATEL sequer deveria ter cobrado, porque inconsistente com a realidade do país, como aquelas cobradas em respeito a universalização da telefonia fixa.

A meu ver resta claro, que há enorme desequilíbrio contratual ao pactuar com o Poder Público, que, ao invés de fiscalizar para que os direitos reais dos usuários sejam respeitados, se atenta mais a cobrar metas ultrapassadas que não mais se enquadram nas necessidades dos cidadãos.

Não quer dizer que as multas não devam ser cobradas, até porque é essencial que haja penalidade no descumprimento contratual, também não quer dizer que as multas devam ser suavizadas, até porque se sabe, pela análise econômica do direito, que no caso de as multas serem menores do que o lucro obtido com a infração, muitas das empresas optam por pagar a multa, ao invés de aperfeiçoar o serviço. O que se quer dizer, é que a agência deve exercer seu papel de regulador da economia e *longa manus* do Estado, para obter avanço e não retrocesso.

Por sorte o juiz respeitou o distanciamento essencial do Estado, compondo o triângulo perfeito na relação jurídica. Da análise de alguns pontos poderia até se dizer que teve certa afinidade com a companhia, todavia, pelo debate da legislação, percebe-se que simplesmente exerceu a finalidade principiológica do que o legislador havia positivado preteritamente.

Independente da autorização dos órgãos públicos, o exercício de quaisquer atividades econômicas no Brasil é livre, salvo nos casos previstos em lei, conforme prescreve o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Serviço público, nas lições de Marçal Justen Filho, é “uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob um regime de direito público”¹²⁰.

Inclusive, o juiz decidiu pelo apoio da ANATEL frente a recuperação por considerar que é sob esse ambiente que as concessionárias exploram economicamente a prestação do serviço público de telecomunicações. E também é sob esse contexto que o incomum pedido

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, São Paulo: Saraiva, p. 487

de recuperação da empresa, que nasceu do processo de privatização de uma estatal, deve ser apreciado. Ora, se caberia ao Poder Executivo e à sua agência reguladora fiscalizar a prestação dos serviços e até mesmo intervir nas empresas, não há dúvida que há -- diante da expertise e da discricionariedade técnica desenvolvidas por essas entidades -- o dever processual de colaborar com a prestação de informações, esclarecimentos e documentos para que este processo permita a realização i) dos direitos fundamentais, II) dos princípios que norteiam especificamente as telecomunicações, iii) da preservação da continuidade da atividade empresarial.

Os serviços de telecomunicações, portanto, devem ser incentivados, promovidos e fiscalizados pela União, até porque incumbia a ela, até bem pouco tempo, a sua prestação através da Telebrás, que era a 'concessionária-geral para exploração dos serviços de telecomunicações em todo o território nacional'. Cuida-se evidentemente de uma atividade econômica, mas que se sujeita ao princípio da continuidade¹²¹, à realização dos direitos fundamentais, sob a intensa regulamentação do direito público.

¹²¹ Art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, a partir da demonstração particularizada de vários detalhes do processamento da Oi, aliado a demonstração prévia dos institutos que permeiam a situação, que é possível uma concessionárias de serviço público requerer sem receio sua recuperação judicial quando no exclusivo momento da crise.

Isso porque, conforme mencionado alhures em diversas ocasiões, a ausência legislativa quanto a Recuperação Judicial corre no sentido de que em nada é afetada.

Para corroborar a linha de raciocínio, transcreve-se trecho, em que Maria Sylvia Zanella di Pietro, explica didaticamente a questão, e de forma completa traduz a real função de certos dispositivos das leis em comento:

“Também é importante assinalar que o simples pedido de recuperação judicial formulado pela empresa concessionária de serviço público, com base na Lei de Falências, não justifica a extinção da concessão. A Lei nº 8.666/1993 (promulgada na vigência da anterior lei de falência, que falava em concordata) estabelecia, no art. 80, § 2º, que ‘é permitido à Administração Pública, no caso de concordata do contratado, manter o contrato.’¹²²

Seu raciocínio segue no sentido de que, como a Lei 8.987 previu a caducidade entre as causas de extinção do contrato, é essa a forma a ser utilizada caso haja o inadimplemento por parte da concessionária.

O artigo 38, § 1º, inciso IV da Lei, traduz exatamente essa ideia ao dizer que poderá ser declarada a caducidade na hipótese de: “a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido”.

Di Pietro, com visão conjunta da legislação, clarifica ainda mais o exposto:

“Assim, repita-se o fato de ter a empresa pedido recuperação judicial, na forma dos artigos 47 e seguintes da Lei nº 11.101-2005 não é suficiente para a declaração de caducidade. O objetivo do processo, expresso no artigo 47, é precisamente o de ‘viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’”.¹²³

¹²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017, pg 146

¹²³ *ibid.* pg. 147

Ou seja, conforme reiterado incansavelmente nesta monografia, a recuperação judicial tem como propulsor a tendência de se preservar ao máximo a empresa e o mercado, porque ao manter a empresa em seu exercício de atividade lucrativa, perseguindo o lucro, ela produz e coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos.

E é dessa maneira, ao explorar sua atividade econômica, que movimenta a economia (ao comprar, vender, pagar salários e tributos), e promove interações econômicas com outras empresas, o que só beneficia o desenvolvimento da comunidade em que está inserida, já que distribui riqueza.

Esse efeito colateral benéfico que o exercício da sua atividade causa, é conhecido pelos economistas como “externalidade positiva”.

Por essa razão, não deve o Poder Concedente, sempre justificado em sua discricionariedade, poder alterar todo o equilíbrio contratual sem qualquer fundamento técnico e sem respaldo no efetivo interesse público. Visto que a manutenção da empresa nos casos viáveis, como descrito no parágrafo acima, é extremamente benéfica a população.

Desse panorama geral das legislações e estudos de caso, em que as medidas jurídicas aplicadas nos exemplos trazidos foram distintas, percebe-se que após ganhar certa prática no deslinde da questão, se vê, hoje, certa solidificação do instituto no país.

A exposição detalhada da Recuperação Judicial do Grupo Oi visava trazer essa conclusão, visto que ao contrário do primeiro exemplo trazido, o caso do grupo ocorreu de forma muito mais linear e seguramente pautada nos dispositivos jurídicos.

O ponto é, que a decretação de caducidade, e até mesmo a intervenção, só deveriam ser medidas que se aplicam em casos excepcionais quando se esgotasse todos os mecanismos de mercado possíveis para solucionar o problema.

Isso porque, visto a similaridade dos procedimentos de intervenção e recuperação judicial, o mais benefício e menos custoso para a economia em geral seria colocar como pólo da resolução de crise as partes diretamente envolvidas, e não um órgão da Administração Pública que é de certa forma alheio ao gerenciamento de uma companhia específica.

Deve-se levar em conta que o sistema econômico gira em torno da disponibilidade de crédito. E por isso, não se pode oferecer excessiva proteção ao devedor, porque ser leniente com o inadimplemento ou o desrespeito aos contratos possibilitaria que empresas inviáveis continuassem operando, o que acarretaria perda para a economia ao gerar incerteza no

mercado e indiretamente a redução do número de negócios. E nem oferecer proteção excessiva ao credor, visto que não levaria em conta a existência de empresas possíveis de recuperação, que ao superar a crise manteriam postos de trabalho, continuariam arrecadando tributos, e continuariam promovendo interações econômicas com outros agentes, desenvolvendo as comunidades nas quais estão inseridos seus centros de negócio.

Assim, resta claro ser a comunhão de esforços e o equilíbrio entre ambos a melhor solução para o estado de crise empresarial, o que é amplamente defendido pela LREF, e deve ser aceito pelo órgão regulador.

O ambiente de cooperação entre os agentes envolvidos, com participação ativa dos credores com poder decisório sobre o esforço de soerguimento da empresa - nada mais justo, visto que os credores são os mais afetados com as medidas de reorganização do devedor – e a tramitação célere dos procedimentos, o que a legislação falimentar procura garantir pode determinar o efetivo soerguimento da empresa em crise.

Portanto, enquanto esses parâmetros estiverem sendo cumpridos, não há motivo para desprezar o legislado e intervir em empresa que têm todas as possibilidades de voltar a funcionar e exercer sua função social.

Tanto é que nos casos em que a empresa venha a ser inoperável essa não caberá a concessão da recuperação judicial e será liquidada - conforme explicita muito bem Fabio Ulhoa Coelho quando diz que há casos em que o mais benéfico e necessário é a liquidação da empresa.

Nesses casos, a declaração de caducidade é medida que se impõe visto estar no rol dos incisos da legislação pertinente. Porque, como se sabe, afetará diretamente o interesse público, que verá o serviço não ser prestado ou ser prestado inadequadamente.

Sendo, assim, nesses casos, visto a falência ser motivo ensejador positivado para a declaração da caducidade, pode o órgão executar a disposição legal.

Então, a não ser no caso com previsão específica, inviável que haja a possibilidade do órgão regulador caducar a concessão nos casos de pedido de recuperação judicial. Até porque seria extremamente contraditório e paradoxal permitir a recuperação judicial da empresa e ao mesmo tempo permitir que a extinção de sua concessão.

Outro ponto importante, que se faz questão de mencionar, por fim, é o fator crise.

Pelo que se depreende do ora analisado, a Recuperação Judicial do Grupo OI, exerceu plenamente seus direitos assegurados na legislação específica, e possibilitou que um conglomerado de peso inquestionável da economia pudesse se reorganizar.

Quer se dizer com isso, que, a crise, muitas vezes, é uma etapa fundamental para que a empresa se reinvente e ressurgja ainda mais forte ao resolver efetivamente o problema que a causou.

Essa afirmação é muito bem desenhada por Ray Dalio, investidor americano billionário de Hedge Fund, que ao enumerar certos “princípios para o sucesso”, traz situação semelhante.¹²⁴

Sendo os vales e as cristas parte dos “loops” infinitos que definem a vida, seja empresarial, pessoal, ou de qualquer tipo de empreendimento, a base para se ter algo sólido e duradouro.

¹²⁴ Disponível em: <<https://www.principles.com>> acessado em 01/07/2018.

REFERÊNCIAS

BAIRD, Douglas. Elements of Bankruptcy. Third Edition. New York: Foundation Press, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 de jun. 2018.

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 01 jun. de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público.

Lei nº 11.101/2005, Brasília, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em 13.04.2018.

Lei 12.767 de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm> Acesso em 01 de jun. de 2018.

Lei 9.897, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

LISBOA; DAMASO; SANTOS; COSTA. A racionalidade econômica da nova Lei

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Peças Processuais Recuperação Judicial Oi. Disponível em: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

Portal ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>> Acesso em 01 de jun. de 2018.

Portal do Ministério da Ciência e da Tecnologia. Disponível em: <<http://www.mctic.gov.br/portal>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SADDY, André. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial da sociedade empresária. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p33.pdf> . Acesso em 01 jun. de 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. São Paulo: Almedina, 2016.

SUNFELD, Carlos Ari. 'A regulamentação das telecomunicações', in FIGUEIREDO, Marcelo, Direito e regulação no Brasil e nos EUA. São Paulo: Malheiros, 2004

WARREN, Elizabeth (1987) "Bankruptcy Policy," *University of Chicago Law Review*: Vol. 54, Article 1.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a Lei de Concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Isadora Lemos Ceni**

RG:

CPF:

Matrícula: **13200062**

Título do TCC: **Recuperação judicial em concessionária de serviço público**

Orientador(a): **Orlando Celso da Silva Neto**

Eu, **Isadora Lemos Ceni**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 3 de Julho de 2018

Isadora Lemos Ceni

Isadora Lemos Ceni

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

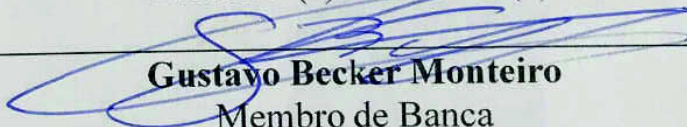
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Recuperação judicial em concessionária de serviço público**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Isadora Lemos Ceni**, defendido em **05/07/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (NOVE), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

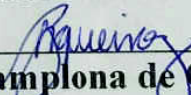
Florianópolis, 3 de Julho de 2018



Orlando Celso da Silva Neto
Professor(a) Orientador(a)



Gustavo Becker Monteiro
Membro de Banca



Bruna Pamplona de Queiroz
Membro de Banca