

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA
DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Processo nº 0260447-16.2010.8.19.0001

NOGUEIRA & BRAGANÇA ADVOGADOS ASSOCIADOS, sociedade de advogados representada pelo **DR. WAGNER BRAGANÇA**, nomeada como Administradora Judicial das sociedades falidas, já devidamente qualificadas nos autos do processo de falência em epígrafe, vem, **para fins de cumprimento do que dispõe a alínea “e” do inciso III do artigo 22 combinado com o artigo 186 da Lei 11.101/05**, apresentar o relatório sobre as causas e motivos que levaram as sociedades empresárias à falência.

Inicialmente e em cumprimento do *mister* confiado da função de fiscalizador e representante das massas falidas, este Administrador Judicial informa que, pelo menos desde a sua nomeação o acesso aos documentos e armazenamento de dados, controles financeiros, dentre outras atividades foram obstados em razão da própria situação atípica das sociedades.

Isto porque, conforme noticiado nos autos às fls. 24.676/24.678 (**doc. 1**), o acesso a o sistema de software de gestão empresarial - SAP - poderia auxiliar não só na consolidação do quadro geral de credores pendente de homologação por este MM. Juízo, como também para a apuração de possíveis crimes falimentares já que lá havia algumas informações que versam sobre dados financeiros e contábeis das sociedades falida.

Nesse sentido, este Administrador Judicial peticionou para requerer a suspensão do prazo de 40 (quarenta) dias para apresentação do presente relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram as sociedades à falência, conforme determina o art. 22, inciso III, alínea e¹ da Lei 11.101 o que foi concedido às fls. 26.264 na r. decisão proferida na cabeça da petição, *in verbis*:

“Defiro tanto a suspensão do prazo como a contratação da empresa de auditoria e consultoria.”

Diante deste cenário, para elaboração do presente relatório que traz em si a exposição circunstanciada das causas da falência, este Administrador Judicial se reporta aos documentos existentes nos próprios autos do processo de

¹ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

(...)

III – na falência:

(...)

e) apresentar, no prazo de 40 (quarenta) dias, contado da assinatura do termo de compromisso, prorrogável por igual período, relatório sobre as causas e circunstâncias que conduziram à situação de falência, no qual apontará a responsabilidade civil e penal dos envolvidos, observado o disposto no art. 186 desta Lei;

Recuperação Judicial, do processo de falimentar, como também nos documentos anexos, além da prova emprestada do processo falimentar da FRB-Par.

I – MARCO DA ANÁLISE: O TERMO INICIAL DA FALÊNCIA:

Inicialmente, cabe tecer alguns comentários quanto ao termo legal da falência disposto no art. 99, da Lei 11.101/2005, que prevê que ao decretar a falência, o juiz deve fixar na sentença o seu termo legal, que seria um período fictício considerado para início da análise dos atos da Massa Falida que acarretaram na situação de endividamento.

Na data em que é fixado o termo legal da falência, se inicia o chamado “período suspeito”, que se trata do lapso temporal no qual os atos da empresa falida podem ser questionados e eventualmente se tornarem ineficazes.

Cumprir destacar o entendimento de Rubens Requião:

“(…) o termo legal da falência, fixado na sentença pelo juiz, compreende um espaço de tempo imediatamente anterior à declaração da falência, no qual os atos do devedor são considerados suspeitos de fraude e, por isso, suscetíveis de investigação, podendo ser declarados ineficazes em relação à massa. A expressão usada por Carvalho de Mendonça – período suspeito – é de extrema felicidade. Dá a noção clara do bruxulear da plena capacidade do devedor e de seu ingresso num período cinzento, no qual, embora civilmente capaz, sofre uma *capitis diminutio*, estando inabilitado para dispor de seus bens, de locomover-se livremente e atos seus são suscetíveis de serem declarados ineficazes, sem outra indagação, se praticados dentro do termo legal da falência” (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1993, vol. 1, pg. 110)

O art. 99 da Lei de Falências assim dispõe, *in verbis*:

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:

I - (omissis)

II - **fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados** do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou **do 1º (primeiro) protesto² por falta de pagamento**, excluindo-se, para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados. (grifos)

Neste sentido, a fixação do termo legal poderá ocorrer na data do pedido falimentar, ou o juiz entendendo que o momento de insolvência teve início anterior a esta data, poderá fixá-lo em momento anterior, tendo o prazo máximo de 90 dias para retrotrair o pedido falimentar; o pedido de recuperação judicial, nos casos em que há uma convolação de recuperação judicial em falência; ou da data do primeiro protesto por falta de pagamento, nos casos de protestos não cancelados (caso específico previsto no art. 94, I, da Lei 11.101/2005 – do pedido por impontualidade injustificada)³.

Em 20 de agosto de 2010, o juízo da 1ª Vara Empresarial decretou a falência das empresas S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, Rio Sul Linhas Aéreas S/A e Nordeste Linhas Aéreas S/A)⁴, após as informações prestadas pelo Administrador Judicial à época, com base no art. 94, I e III da Lei nº 11.101/2005, e, dentre outras providências, fixando o termo legal da falência no nonagésimo dia anterior ao **primeiro protesto por falta de pagamento**, nos termos do art. 99, II da Lei nº 11.101/2005 (**doc. 2**).

2 Uma importante ressalva feita por Rubens A. Machado, em seus comentários à Lei nº 11.101/2005, consiste na afirmação de que o protesto a que se refere o referido diploma legal, em seu art. 99, II, diz respeito tão somente ao protesto que possa vir a deixar o devedor insolvente. Ou seja, um protesto que não comprometa o estado de solvência da empresa, “*não pode ser considerado para os fins deste dispositivo*” Machado, Rubens Approbatto, in “Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas”, 2ª ed., Ed. Quartier Latin, SP, 2007, p. 211;

3 “**Art. 94.** Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; (...)”

4 Sentença de fls. 100/105 : “(...) Isso posto, DEFIRO O PEDIDO, para decretar, hoje, às 12 horas, com base no art. 94, I e 111, da Lei 11.101/05, a falência de VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE CNPJ nº 92.772.821/0001-64, RIO SUL LINHAS AÉREAS S/A CNPJ nº 33.746.918/0001-33 E NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A CNPJ nº 14.259.220/0001-49 (...)”

Dentro desse período, que no caso concreto compreende os **90 (noventa) dias que antecederam o primeiro protesto por falta de pagamento**, são considerados ineficazes alguns atos praticados pelo devedor em relação à massa, sem que haja necessidade de prova da ciência, pelo contratante, do estado de insolvência do devedor.

Os casos de ineficácia dos atos praticados pelo falido **dentro do termo legal** encontram-se previstos no art. 129⁵, I a III da referida lei, sendo eles: o pagamento de **dívidas não vencidas** e de **dívidas vencidas e exigíveis**; e a **constituição de direito real de garantia**.

Esses atos ineficazes são considerados existentes e válidos, somente não produzem efeitos em relação à massa falida, ou os produzem apenas parcialmente, dependendo do caso.

Segundo a relação abaixo, referente aos protestos mais antigos contra as Massas Falidas por falta de pagamento, com base nas certidões expedidas pelos Cartórios do 1º ao 4º Ofício de Protesto de títulos constantes dos autos da recuperação judicial, o primeiro protesto teria ocorrido em 30/05/2001. Sendo assim, levando-se em consideração que no caso concreto o termo legal fixado compreende os 90 (noventa dias) que antecederam esta, o **“período suspeito” da falência teria iniciado em 01/03/2001**.

Empresa	CNPJ	Data	Valor	Cartório de
---------	------	------	-------	-------------

⁵ “**Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida**, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o **pagamento de dívidas não vencidas realizadas pelo devedor dentro do termo legal**, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o **pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizadas dentro do termo legal**, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III – a **constituição de direito real de garantia**, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada”;

		lavratura		Protesto de Títulos
RIO SUL	33.746.918/0001-33	30.05.2001	6.076,00	1º Ofício
VARIG	92.772.821/0001-64	13.06.2001	1.050,00	1º Ofício
VARIG	92.772.821/0001-64	29.08.2001	227,20	3º Ofício
VARIG	92.772.821/0345-73	23.10.2001	7.582,82	2º Ofício
RIO SUL	33.746.918/0001-33	08.02.2002	537,60	2º Ofício
VARIG	92.772.821/0001-64	12.06.2002	-----	4º Ofício
RIO SUL	33.746.918/0002-14	28.11.2002	720,00	3º Ofício
RIO SUL	33.746.918/0030-78	27.01.2003	5.480,00	3º Ofício
RIO SUL	33.746.918/0001-33	24.05.2005	162,02	3º Ofício
RIO SUL	33.746.918/0001-33	24.05.2005	-----	4º Ofício
NORDESTE	14.259.220/0005-72	23.02.2010	-----	4º Ofício
NORDESTE	14.259.220/0005/72	23.02.2010	47.221,20	1º Ofício
NORDESTE	14.259.220/0005-72	03.03.2010	155.434,80	2º Ofício

LI - TERMO CIRCUNSTANCIADO

Logo após a nomeação deste Administrador Judicial, cujo despacho foi publicado em 25/07/2017⁶, foi requerida a prorrogação do prazo de 40 (quarenta) dias, por igual período, para fins do cumprimento do que dispõe a alínea “e” do inciso III do art. do artigo 22 da Lei 11.101/05, no que se refere à apresentação do termo

⁶ Despacho de fls. 22.652: “Considerando a renúncia do Administrador Judicial apresentada em 28/06/2017 (fls. 22635/22639), e lamentando profundamente os fatos ali narrados, acolho-a e, em consequência, nomeio em substituição para exercer a função de Administrador Judicial nestes autos Nogueira & Bragança Advogados Associados (telefone 2224-1210), na pessoa do advogado Wagner Bragança, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do artigo 22 da Lei nº 11.101/05, sem prejuízo do disposto no inciso I do caput do artigo 35 do mesmo diploma legal. (...)”

circunstanciado, em referência ao artigo 186 deste mesmo diploma. Sendo o pedido deferido pelo juízo no despacho de fls. 23.534/23.537⁷.

Em seguida, o Administrador informou ao juízo, por meio da petição de fls. 24.676/24.678, que desde a fase da recuperação judicial o acesso aos documentos e armazenamento de dados, controles financeiros, dentre outras atividades sofreram mudanças inerentes à própria situação atípica das empresas.

Em razão deste cenário, este Administrador se reportou aos documentos existentes nos autos da recuperação judicial, às fls. 44.342/44385, os relatórios realizados pela BDO Trevisan. Sendo assim, após breve análise dos mesmos, foi possível observar que a posição apresentada em 31 de dezembro de 2006 - data base do laudo apresentado - informando que restavam pendências para conclusão de sua análise quanto a alguns itens por ausência de documentação, ainda persistindo a necessidade de um parecer contábil sobre tais registros.

Nesta oportunidade foi requerida e deferida por meio de despacho exarado na própria petição de fls. 24.676/24.678⁸ a autorização para a contratação de uma empresa de auditoria e consultoria especializadas, para a realização de uma análise mais aprofundada dos registros contábeis, bem como a suspensão do prazo de 40 (quarenta) dias concedido anteriormente por este juízo, em vista do volume considerável de documentação pendente de análise e complexidade da sua realização, face as atuais limitações da Massa Falida.

De fato, até o presente momento não foi possível obter as informações constantes do sistema das Massas, porém diante da necessidade de elaboração do aludido relatório, buscamos obter as informações por outros meios.

⁷ “Fls. 23.468: defiro a prorrogação do prazo como requerido pelo novo Administrador Judicial.

⁸ “Despacho de fls. 24.676: Defiro tanto a suspensão do prazo como a contratação da empresa de auditoria e consultoria”

Desta forma, a finalidade deste relatório é demonstrar em que circunstâncias a empresa se encontrava no momento do pedido de Recuperação Judicial, por meio do levantamento contábil analisado a partir da data em que fora fixado o Termo Legal até o efetivo pedido de Recuperação Judicial realizado em 17/06/2005.

II – BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

A ideia de associação entre pessoas como forma de viabilizar ou otimizar o exercício de uma atividade acompanha a humanidade há séculos.

Suas origens mais rudimentares podem ser encontradas na antiguidade. Os Romanos as reconheciam (as chamadas *societas*), ainda que lhes dessem tratamento civil (inexistindo, à época, a concepção de sociedade comercial).

As sociedades passaram a ter um perfil mercantil, criando a base do direito societário atual, somente na Idade Média, época em que as condições sociais e políticas se mostraram propícias para a mercancia e para a associação como forma de exploração do comércio.

De fato, como mencionam Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, os séculos XI e XII permitiram o desenvolvimento do comércio na Europa, tendo em vista se tratar de época de relativa paz, com rotas mercantis mais seguras e a criação de novas cidades, elementos que permitiram o surgimento do comerciante profissional, das corporações de ofício (entidades criadoras de regras comerciais) e, por consequência das sociedades comerciais, destinadas a reunir pessoas e recursos visando empreendimentos e lucros.

A Idade Média foi marcada pelo mercantilismo, caracterizado pelo espírito do comércio e foi de lá que surgiu o modelo aproximado da nossa atual sociedade empresária, inclusive no que tange a individualização do patrimônio dos sócios

em relação a sociedade. Outra característica das sociedades empresárias que remontam à época da Idade Média é a denominada "*affectio societatis*" que representa a vontade de duas ou mais pessoas de constituírem sociedade de pessoas, somando objetivos e esforços objetivando partilhar o lucro.

Com a intenção de unir esforços e, como não há limitação sobre o tipo de pessoa ou mesmo sua natureza jurídica, a entidade controladora de todo o grupo societário que envolve as massas falidas possui a estrutura de Fundação, atualmente conhecida como Fundação Ruben Berta, "FRB".

III - A ESTRUTURA SOCIETÁRIA DO GRUPO ECONÔMICO.

Fundada na década de 1940, a Fundação era designada como **Fundação dos Funcionários da Varig**, tinha como escopo principal proteger a "VARIG" da tendência estatizadora da política nacional da época, bem como prover benefícios àqueles funcionários e familiares, preferencialmente com recursos advindos da lucratividade da empresa.

Instituída sob a égide do Código Civil de 1916, a fundação tinha como patrimônio próprio as ações oriundas da "VARIG". Ocorre que, diferentemente das sociedades civis e empresárias, as fundações constituem um patrimônio destinado a uma finalidade, que no caso da **Fundação dos Funcionários da Varig** era assegurar aos funcionários da "VARIG" que àquela pertencerem e suas famílias, de acordo com o mérito e ano de serviço dos primeiros, o bem-estar social e a proteção contra a velhice, invalidez, viuvez e orfandade, segundo a atuação e os benefícios da respectiva caixa de aposentadoria e pensões.

Em 1966, em razão o falecimento de seu instituidor a **Fundação dos Funcionários da Varig** passou a ser denominada **Fundação Ruben Berta**, "FRB", como é conhecida atualmente.

Sob a estrutura da “FRB” foi constituída a *holding pura* “FRB-Par” que, por seu turno, possuía o seguinte objeto em seu Estatuto Social:

Artigo 20- A sociedade (FBR-Par) tem por objeto a participação em outras sociedades como sócia, acionista ou quotista, bem como Prestar serviços de administração e Planejamento às suas controladas.

A função da “FRB-Par” exercer o controle direto e participar, como participou e ainda participa das sociedades que estão afastadas de processo falimentar, de todas as sociedades que compõe o grupo econômico, VARIG, Nordeste, Rio Sul, Varig-Log, Sata e de outras de menor expressão que se sequer possuem atividade.

Nessa estrutura foram alocadas e constituídas sociedades empresárias que formaram uma complexa estrutura de *holdings*, conhecidas no direito brasileiro como Sociedades Coligadas – Grupo Econômico.

De acordo com a doutrina a *holding pura* é caracterizada quando uma entidade possui como atividade principal a participação acionária majoritária em uma ou mais sociedades.

Nesse sentido, Glaston Mamede⁹, descreve:

Holding (ou *holding company*) é uma sociedade que detém participação societária em outra ou de outras sociedades, tenha sido constituída exclusivamente para isso (sociedade de participação), ou não (*holding mista*).

O presente grupo econômico se constituiu como resultado de um processo de concentração cujo escopo primordial era a redução dos riscos inerentes à atividade empresarial, por meio da otimização dos ativos sociais entre sociedades juridicamente independentes e o estabelecimento de um poder de controle que

⁹ Mamede, Gladston Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar / Gladston Mamede, Eduarda Cotta Mamede. – 9. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. P. 28.

vinculava todas as sociedades integrantes, numa relação em que há um ente dominante e abaixo sociedades dominadas por este ente:



Com esse poder de controle direto sobre estas sociedades empresárias, a “FBR-Par” - sociedade controladora das sociedades: VPTA, VARIG e VPSC - durante todos estes anos, passou a indicar, sistematicamente, partícipes do Conselho de Curadores da “FRB” para assumir os cargos de administração das sociedades controladas e formadoras do conglomerado econômico, ou seja, passou a interferir diretamente no controle dessas sociedades.

Sabe-se que objetivos sociais da Fundação Ruben Berta – “FRB” -, há muito se esvaziaram, em razão da confusão patrimonial dos recursos VARIG, NORDESTE, RIOSUL, além das demais sociedades que compõe o conglomerado econômico.

Exatamente na estrutura societária supra que se encontram as sociedades controladas: **S.A. Viação Aérea Rio-Grandense (“VARIG”), Rio Sul Linhas Aéreas S.A. e Nordeste Linhas Aéreas S.A.**, atualmente denominadas massas falidas, que passam a ser analisadas a seguir:

Nota-se que, pelo organograma, as massas falidas são controladas por sociedades distintas, quais sejam: a Rio Sul e a Nordeste Linhas Aéreas S.A. são controladas diretamente pela VPTA e indiretamente pela “FRB-Par”, enquanto a Viação Aérea Rio-Grandense (“VARIG”) é controlada diretamente pela “FRB-Par”, que possui como entidade controladora a “FRB”.

Em que pese o controle direto das massas falidas ser exercido por sociedades distintas elas compõem o mesmo grupo-econômico e são controladas e administradas, ainda que indiretamente, pela mesma sociedade “FRB-Par” que por sua vez é controlada diretamente pela “FRB”.

Insta salientar que as massas falidas - tem em comum as mesmas controladoras (“FRB e FRB-Par”), reportavam-se às mesmas autoridades e, a partir de setembro de 2002, passaram a utilizar uma única estrutura administrativa e operacional, com os mesmos diretores, de modo que, conquanto sejam sociedades distintas unidas pelo vínculo de controle, respondiam conjuntamente, por expressiva parte das dívidas do Grupo.

IV – O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL

Sob esta justificativa, no ano de 2005 foi requerida conjuntamente a recuperação judicial das referidas sociedades empresárias: S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, Rio Sul Linhas Aéreas S.A. e Nordeste Linhas Aéreas S.A e concedida à época por meio da consolidação processual e substancial.

Mesmo sem previsão legislativa na 11.101, que tão somente se preocupou em regular os institutos da recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, ambos no singular, o caso da Varig foi um dos casos paradigmáticos à época sobre a consolidação processual e substancial.

Ainda que a intenção destas sociedades fosse atuar de maneira integrada mirando em objetivos comerciais comuns, a prática se revelou bem diferente. A pesar de estas sociedades estarem organizadas no grupo empresarial da “FRB” e sob o controle direto da VPTA e Varig e de manterem suas personalidades jurídicas distintas, o patrimônio e as obrigações muitas vezes se confundiam.

Além disso, as falidas atuavam de forma indissociável, não apenas entre si, mas também com outras sociedades empresárias que compunham grupo econômico, razão pela qual se justificou, à época, o litisconsórcio ativo de recuperação judicial mesmo sem previsão legislativa na lei falimentar.

Por estes motivos, o instituto da consolidação substancial, que nasceu no direito brasileiro como construção doutrinária¹⁰ e jurisprudencial¹¹ inspirada na prática observada no exterior, foi aplicado no caso da recuperação judicial da “Varig”.

¹⁰ “sob a perspectiva do direito processual, e muito embora a Lei 11.101/2005 não contenha disposição a respeito, a aplicação subsidiária do CPC, prevista no art. 189 da Lei concursal soluciona a questão. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência [a consagraram posicionamento no sentido de autorizar a formação de litisconsórcio ativo (facultativo) para requerimento da recuperação judicial para empresas integrantes de grupo.” (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. Recuperação empresarial e falência, in: CARVALHOSA, Modesto (Org.). Trabalho de direito empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. V, p. 184).

¹¹ 2. Cinge-se a controvérsia a definir se, em caso de recuperação judicial de grupo econômico, todas as sociedades empresárias devem cumprir individualmente o requisito temporal de 2 (dois) anos previsto no caput do art. 48 da Lei nº 11.101/2005. 3. **É possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico.** 4. As sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar individualmente o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades para postular a recuperação judicial em litisconsórcio ativo. 5. Na hipótese, a Rede Varejo Brasil Eletrodomésticos Ltda. - concebida após a cisão de sociedade com mais de 2 (anos) de atividade empresarial regular - pode integrar a recuperação judicial, considerando-se as diversas peculiaridades retratadas nos autos. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1665042 RS 2017/0074227-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 25/06/2019, T3² Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 01/07/2019).

Justamente por conta desta confusão patrimonial, obrigacional, da existência de garantias cruzadas, do compartilhamento de estruturas administrativas, da interdependência operacional, da sobreposição de administradores e/ou identidade de quadros societários envolvendo as sociedades do grupo “FRB” foi gerado o efeito cascata dos pedidos de recuperação judicial e, conseqüente, falência de algumas sociedades integrantes do grupo, como, por exemplo, a Serviços Auxiliares de Transportes Aéreos – SATA.

O pedido de recuperação judicial da referida sociedade foi requerido em 2009, sob a justificativa de que a crise econômico-financeira instalada na Varig havia afetado as suas estruturas, isso porque a SATA tinha a Varig como sua principal cliente e que em razão da referida crise esta passou a inadimplir os contratos, o que gerou um grande prejuízo financeiro.

Ocorre que, na prática, acreditava-se que havia autonomia patrimonial entre as sociedades que compunham o grupo econômico controlado pela “FRB”, contudo no decorrer dos processos de recuperação judicial e falência destas sociedades, restou evidente a confusão patrimonial, o abuso não apenas da personalidade jurídica destas sociedades uma com as outras como também poder de controle dos acionistas controladores.

V – NECESSIDADE DE PROVA EMPRESTADA E LITISCONSÓRCIO

A SATA era uma sociedade empresária controlada pela VPSC (Varig Participações em Serviços Complementares), que por sua vez era controlada pela “FRB-Par” e esta pela “FRB”.

A referida sociedade tinha a finalidade de prestar serviços de atendimento a aeronaves com atendimento aos passageiros em *check-ins*, *check-outs* e embarcações, atendimento de carga e descarga, limpeza interna das aeronaves, dentre outros serviços.

A SATA tinha como sua principal cliente a Varig, sociedade a qual compunham o mesmo grupo econômico. Cerca de quase metade de todo o faturamento da SATA advinha de sua relação comercial com as sociedades que compunham o conglomerado.

Sendo assim, em razão da crise econômico-financeiro enfrentada pelas atualmente denominadas massas falidas de “Varig” que culminou com o pedido de recuperação judicial no ano de 2005, o faturamento da SATA reduziu à metade. Sendo que sua crise econômico financeira decorreu não apenas da retração de demanda da sua principal cliente – Varig – mas da inadimplência que resultou no pedido de recuperação judicial em 2009 com a consequente falência em 2011.

Toda esta situação de abuso de personalidade jurídica em face das sociedades controladas pela “FRB-Par” está descrita e amplamente debatida na ação de desconsideração da personalidade jurídica proposta pela SATA em face da “FRB-Par”, VPSC e outras que tramita na 4ª Vara Empresarial desta Comarca sob o número 0056571-90.2017.8.19.0001.

Mais que necessária, portanto, a utilização do instituto da prova emprestada prevista no art. 372 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as partes de ambos processos, tanto o da origem como o de destino da prova emprestada, não precisam ser necessariamente as mesmas, para a sua utilização:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE Documento: 1327867 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/06/2014 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. **PROVA EMPRESTADA**. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA.

1. (...); 2. (...)

3. **Cinge-se a controvérsia em definir:** i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; **iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes;** e **v) em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada.**

4.(...); 5. (...); 6. (...); 7. (...);8. (...)

9. **Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.**

10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E Documento: 1327867 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/06/2014 Página 2 de 4 Superior Tribunal de Justiça OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos. Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A. ACÓRDÃO (Superior Tribunal de

Justiça ERESp 617.428 SP – Min Relatora Nancy Andrigh, julgado em 04/06/2014).

Além da necessária utilização do instituto da prova emprestada para elucidar os pontos controvertidos entre as companhias que compunham o grupo econômico da FRB, também é fundamental o ingresso das massas falidas S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, Rio Sul Linhas Aéreas S/A e Nordeste Linhas Aéreas S/A como litisconsortes no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instaurado pela massa falida de SATA em face da FRB

O art. 113 e seus incisos I, II e III do Código de Processo Civil expõe que:

Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Exatamente o que se vê em tela. Conforme acima explicitado as companhias se entrelaçavam em direitos e obrigações num verdadeiro cenário de confusão patrimonial, conforme reforçado na r. sentença (**doc. 3**) do referido incidente que decretou a falência da FRB-Par.

Portanto, as massas falidas informam que intentarão o pedido de assistência ativo no bojo do incidente processual de desconconsideração da personalidade jurídica proposto pela SATA em face da FRB-Par.

VI - O DEVER DO ACIONISTA CONTROLADOR

Além das operações societárias descritas nas Atas das Assembleias Gerais Extraordinárias juntadas na referida ação de desconconsideração da personalidade jurídica em trâmite perante a 4ª vara empresarial sob o nº **0056571-**

90.2017.8.19.0001, bem como dos depoimentos pessoais (**doc. 4**) ali prestados demonstram que a direção e administração das sociedades envolviam os mesmos sócios e o controle de uma sobre a outra, a origem interligada de capital e do patrimônio dessas sociedades e, por fim, a conexão dos negócios realizados.

O poder de controle constitui um poder vinculado ao escopo de fazer a companhia realizar seu objetivo e cumprir sua função social, tendo o acionista controlador deveres e responsabilidades não só para com os demais acionistas, mas principalmente com os empregados e para com a sociedade.

Verifica-se na r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 4ª vara empresarial naqueles autos: “a forte causa da quebra da SATA, mesmo que existam outros fatores, foi a Imposição do grupo econômico na continuidade da prestação de serviços à VARIG, sendo ambas controladas pela **FRB-PAR e pela FUNDAÇÃO RUBEM BERTA**, porque não recebeu pelos serviços a que foi obrigada a prestar.”

Sendo assim, em 07.02.2009, foi proferida r. sentença pelo MM. Juízo da 4ª Vara Empresarial que estendeu efeitos da falência da SATA para a sociedade controladora do grupo econômico “FRB-Par”, decretando, conseqüentemente a sua falência bem como das demais sociedades controladas por ela, em razão do abuso de personalidade e abuso do poder de controle sobre aquela sociedade.

Situação não muito diferente do que ocorreu no caso “Varig”. A conduta predatória da controladora “FRB-Par” ante às controladas também se sobrepôs ao longo dos anos às atuais massas falidas de S.A. Viação Aérea Rio-Grandense, Rio Sul Linhas Aéreas S/A e Nordeste Linhas Aéreas S/A, ante a má gestão dos recursos financeiros.

Sendo cabal a necessidade de extensão dos efeitos da presente falência também à controladora “FRB-Par”.

III - CAUSAS DA FALÊNCIA

III.I ACONTECIMENTOS ECONÔMICOS E HISTÓRICOS

A descapitalização da VARIG S/A se deu através do congelamento instituído pelo Governo às tarifas domésticas, no período 1985-1994, o qual reduziu de forma significativa os resultados das transportadoras brasileiras. Para amenizar os impactos do congelamento e também numa tentativa de barrar a sua deterioração patrimonial a VARIG ingressou com Ação Indenizatória a qual até os dias atuais não se beneficiou financeiramente.

O ano de 1997 foi o último ano em que a VARIG S/A apresentou lucro como resultado em sua demonstração de resultado do exercício. Os R\$ 27.837.000,00 (vinte e sete milhões, oitocentos e trinta e sete reais) de lucro não foram suficientes frente aos R\$ 166.994.000,00 (cento e sessenta e seis milhões, novecentos e noventa e quatro mil reais) de prejuízos acumulados até o mesmo período.

O ano de 1999 foi marcado pela crise de desvalorização do real. Houve um forte movimento de queda do real quando o Banco Central deixou o regime de Bandas Cambiais, passando a operar em regime de câmbio flutuante.

Neste cenário o prejuízo acumulado no Balanço Patrimonial teve um aumento de 23,57% (vinte e três vírgula cinquenta e sete por cento) frente ao ano de 1998. O endividamento feito com recursos no mercado financeiro internacional foi elevado devido à valorização do dólar de modo a aumentar a dívida da empresa, enquanto houve grande queda da demanda das linhas aéreas internacionais. Com aumento dos custos e redução das receitas a Administração iniciou um programa contingencial de reestruturação operacional e financeira.

Já o ano de 2000 foi marcado pela tentativa de reestruturação do Grupo FRB-Par e também com a criação da VARIG LOGÍSTICA S.A.¹².

Ocorre que as mudanças implementadas não tiveram resultado financeiro positivo suficiente para liquidar as despesas e obrigações, tendo em vista o aumento do prejuízo acumulado nos anos 2000 e 2001. Em 2000 o prejuízo acumulado cresceu 81,66% (oitenta e um vírgula sessenta e seis por cento) e no ano de 2001 o prejuízo acumulado durante toda a existência da companhia quadruplicou crescendo 405% (quatrocentos e cinco por cento), alcançando o valor de mais de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões reais) de prejuízo.

Neste mesmo ano de 2001, em mais uma tentativa da VARIG de se reestruturar, ela decidiu dar início a uma nova subsidiária, a VEM – VARIG Engenharia e Manutenção S.A. Que tinha como escopo principal a venda de serviços de manutenção aeronáutica. Também no mesmo ano, foi criada a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) a agência reguladora para gerenciar de forma independente as concessões de serviço público no setor.

No mesmo ano, apesar do cenário econômico internacional favorável, houve uma redução da dinâmica e do ritmo de prosperidade da economia dos Estados Unidos, devido a globalização crescente da economia internacional fez com que as empresas transporte aéreo registrassem perdas na América do Norte, Sul e Europa.

Em razão desta redução da dinâmica houve um declínio da demanda e aumento da oferta nos mercados de maior demanda e rentabilidade. A Gol iniciou as suas operações se posicionando como uma operadora “low cost”, ou seja, oferecendo passagens a um custo menor, tornando o mercado ainda mais competitivo.

¹² A Varig logística requereu sua recuperação judicial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o nº 0121755-70.2009.8.26.0100 na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais no ano de 2009 e teve sua falência decretada no ano de 2009.

Os ataques terroristas em 11 de setembro de 2001 que atingiram Nova York e Washington foram um grande golpe a demanda por transporte aéreo, marcando o referido ano como um ano de prejuízos e aumento do endividamento de grande maioria das transportadoras mundiais.

A operação internacional representava para a VARIG a maior parcela das receitas e dos custos e teve seu quadro agravado por diversos fatores como: impostos maiores que os das concorrências internacionais, custos mais altos de operação da infraestrutura que os encontrados pelas maiores empresas do setor em outros países, combustíveis e lubrificantes onerados pela tributação aumentaram significativamente os custos operacionais, as negociações das aeronaves com prazo menores e mais onerosas que os acordos feitos pelas concorrentes americanas e europeias, estoque de peças de reposição mais caros devido a dificuldade de importação.

Nessa toada, o ano de 2002 foi marcado por forte desvalorização cambial e a redução na demanda por transporte aéreo, crescendo a dificuldade da indústria de aviação comercial, cuja atividade se caracteriza pela necessidade de altas aplicações de recursos financeiros. Foi empreendido grande esforço na procura de investidores para capitalizar a companhia, porém sem sucesso.

Em 6 de fevereiro de 2003 a FRB-Par Investimentos S.A., controladora da "VARIG", S.A. (Viação Aérea Rio-Grandense), VARIG Participação em Transportes Aéreos S.A. e VARIG Participação em Serviços Complementares S.A., e a TAM S.A., controladora da TAM Linhas Aéreas S.A., assinaram um Protocolo de Entendimento para solucionar de forma conjunta as dificuldades enfrentadas devido a grave crise na indústria de aviação comercial.

O referido protocolo contemplava a possível criação de uma nova empresa, cujo capital social seria integralizado através de participação acionária. Em um

primeiro momento as companhias utilizaram compartilhamento de voos e reorganizaram parcialmente suas rotas e frequências.

Ato contínuo, o cenário econômico mundial em 2003 também foi adverso à indústria do transporte aéreo. A guerra do Iraque e as repercussões da epidemia “SARS” na Ásia resultaram em significativa retração das atividades econômicas gerando queda na demanda de transporte aéreo de passageiros em nível global. Para superar a situação de fragilidade econômica, a companhia buscou uma completa reestruturação financeira, operacional e organizacional.

Além da integração com a Nordeste e Rio Sul, em 6 de fevereiro de 2003 a FRB-Par Investimentos S.A., controladora da da “VARIG”, S.A. (Viação Aérea Rio-Grandense), VARIG Participação em Transportes Aéreos S.A. e VARIG Participação em Serviços Complementares S.A., e a TAM S.A., controladora da TAM Linhas Aéreas S.A., assinaram um Protocolo de Entendimento para solucionar de forma conjunta as dificuldades enfrentadas devido a grave crise na indústria de aviação comercial.

O protocolo contemplava a possível criação de uma nova empresa, cujo capital social seria integralizado através de participação acionária. Em um primeiro momento as empresas se utilizaram de compartilhamento de voos e reorganizaram parcialmente suas rotas e frequências.

Diante da conjuntura desfavorável no setor aéreo, a adequação da capacidade oferecida à realidade do mercado foi essencial para recuperação do resultado da indústria. No aspecto financeiro, com os recursos gerados nas operações foi possibilitado o pagamento de compromissos correntes e em atraso. Com isso, houve a renegociação de outros débitos como: de arrendadores de aeronaves, fiscais e previdenciários junto ao Instituto AERUS.

O prejuízo líquido do exercício de 2003 foi R\$ 1.836.850.000,00 (um bilhão, oitocentos e trinta e seis milhões, oitocentos e cinquenta mil reais), bem inferior ao exercício de 2002 que foi R\$ 2.867.534.000,00 (dois bilhões, oitocentos e sessenta e sete milhões, quinhentos e trinta e quatro mil reais).

A administração afirma em seu relatório anual que o resultado líquido ficou negativo devido a ajustes contábeis efetuados. O patrimônio líquido que já era negativo, passivo a descoberto, chegou em 6 bilhões de reais, sendo composto principalmente por contingências de ordem tributária, previdenciária, trabalhista e atuarial de previdência complementar.

O ano de 2004 teve como destaque a manutenção de alto nível de crescimento da economia chinesa e a retomada da expansão da economia norte americana, tornando-se um ano de forte expansão da economia mundial.

Neste cenário internacional houve um aumento da demanda por bens de consumo em geral e principalmente das “*commodities*”. Devido a isso e as incertezas prevalecentes do Oriente Médio, o preço do petróleo nos grandes mercados internacionais aumentou mais de 30% no ano. Como o combustível de aviação era um fator significativo na formação dos custos da Companhia, seu aumento penalizou severamente o resultado. Cabe ressaltar que a deficiência de capital circulante líquido nos últimos exercícios impediu a tomada de medidas para a proteção contra perdas decorrentes de oscilação de preços (“*hedge*”).

Apesar disso, o resultado obtido demonstra uma evidente melhoria na eficiência operacional da Companhia, pois o prejuízo líquido do exercício foi R\$ 87.167.000,00 (oitenta e sete milhões, cento e sessenta e sete mil reais) bem inferior ao resultado de negativo de 2003 de mais de 1 bilhão.

Isto sugere que o acordo com a Tam foi extremamente benéfico para a operação da companhia, fazendo com que a VARIG apresentasse os melhores índices de

pontualidade e de regularidade dentre as empresas brasileiras segundo informações divulgadas pelo DAC.

Segundo relatório emitido pelo Departamento de Aviação Civil – DAC, com data base em 31 de dezembro de 2004 o mercado doméstico das empresas aéreas de transporte regular era concentrado, visto que quatro das maiores transportadoras detinham 97% do mercado. A participação da VARIG, juntamente com a Rio Sul e Nordeste correspondia a aproximadamente 31%. Com relação ao mercado internacional, operado por empresas aéreas brasileiras, a VARIG obteve uma participação de pouco mais de 85% do mercado.

O endividamento em 2004 correspondia 63% ao Governo e empresas estatais, 18% ao Instituto AERUS, 13% a outros e 6% a General Eletric. O relatório anual deste ano destaca a necessidade de recapitalização da Companhia para viabilizar um rigoroso processo de reestruturação adequando a operação para torna-la eficiente e lucrativa.

A administração estava concentrando seus esforços em negociações com seus principais credores e frisou em relatório o fato do reconhecimento contábil com a imediata compensação monetária dos valores referente à Ação sobre Defasagem Tarifária era condição indispensável para que a Companhia continuasse operando e recuperasse sua trajetória de sucesso. Entretanto, não só os valores referentes à Ação sobre Defasagem Tarifária como outros importantes créditos contingentes somente podem ser reconhecidos nos registros contábeis quando irão de fato se realizar, ou seja, recebimento pecuniário ou compensação com passivos existentes, de acordo com as práticas contábeis. Caso pudessem reconhecer os créditos contingentes os prejuízos acumulados seriam sobrepostos e o patrimônio líquido ficaria positivo em R\$ 26.000.000,00 (vinte e seis milhões de reais).

Em 23 de fevereiro de 2005 por motivo de não atendimento a certas condições contratualmente requeridas o contrato de associação firmado em 17 de setembro

de 2003 entre a FRB-Par Investimentos S. A., controladora da VARIG, Varig Participação em Transportes Aéreos S. A. (VPTA), controladora da Rio Sul Linhas Aéreas S. A. e Nordeste Linhas Aéreas S. A., Varig Participação em Serviços Complementares S. A. (VPSC) e TAM S. A., controladora da TAM Linhas Aéreas S. A. (TLA) foi rescindido **(Doc. 5)** de forma automática e definitiva. À vista disso, o acordo de preservação de rentabilidade firmado entre a VARIG e a TLA, o qual previa o compartilhamento de voos entre as duas empresas foi cancelado a partir de 15 de maio de 2005.

Conforme relatório anual da administração:

“Em 17 de junho de 2005, a VARIG e as empresas relacionadas Rio Sul Linhas Aéreas S.A. e Nordeste Linhas Aéreas S.A. ingressaram na justiça com um pedido de Recuperação Judicial, com fundamento nos artigos 47 e 48 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Referido pedido foi deferido através de decisão proferida, em 22 de junho de 2005, pelo Juízo de Direito da Oitava Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro.”.

Em 1 de setembro de 2009 o juiz Luiz Roberto Ayoub da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro determinou o encerramento de recuperação da VARIG S/A, juntamente com as outras companhias aéreas do grupo, a Rio Sul Linhas Aéreas e a Nordeste Linhas Aéreas.

Em 20 de Agosto de 2010 foi decretada a falência da VARIG S/A, Rio Sul Linhas Aéreas, Nordeste Linhas Aéreas pela juíza Márcia Cunha de Carvalho, da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. A decisão foi resultado do pedido do próprio administrador judicial, Gustavo Licks. Pelo fato de a escrituração contábil da empresa retratar insolvabilidade, as empresas não conseguiram alcançar o ponto de equilíbrio, operarem sob prejuízo e possuíam passivo a descoberto. O administrador judicial sem encontrar qualquer alternativa para equilibrar a situação patrimonial e financeira das empresas em questão confessou a falência, conforme se depreende da petição inicial que originou este processo falimentar.

Já em em 2010 a VARIG S.A., Rio Sul e Nordeste acumulavam um passivo de mais de R\$ 18.000.000.000,00 (dezoito bilhões de reais), um número muito acima das contingências ativas que a VARIG tinha direito.

Apesar dos esforços a companhia não conseguiu se capitalizar de forma suficiente para realizar a reestruturação que necessitava. Os valores que precisava registrar em seu ativo para possibilitar a entrada de investimento e atrair capital no final dos anos 90 e início dos anos 2000, referente a indenizações a receber não puderam ser contabilizados devido as normas de contabilização.

O ativo contingente ilíquido que se tinha não foi suficiente para garantir a entrada de recursos necessárias a reestruturação da empresa.

De fato, até os dias atuais a principal ação, de defasagem tarifária, ainda não possibilitou o pagamento dos credores.

RELATÓRIO PROCESSOS DA CVM

No ano de 2002 a VARIG S/A foi notificada pela CVM para que refizesse e republicasse suas demonstrações financeiras e patrimoniais, dando origem ao processo RJ 2002-5581. Este se iniciou devido a constatação de diversos desvios as Normas Brasileiras de Contabilidade e as Deliberações da CVM nas Demonstrações Financeiras e Patrimoniais de 31.12.2001, assim como ITR de 31.03.2002. A CVM identificou os seguintes desvios:

1. Reconhecimento de ativo contingente referente a crédito tributário de ICMS, no valor de R\$ 817.075,00 (oitocentos e dezessete mil e setenta e cinco reais), gerado do recolhimento indevido do ICMS sobre transporte aéreo com

base no julgamento de inconstitucionalidade do STF (Nota Explicativa nº 19, “b” e “d”).

A VARIG S/A lançou contabilmente em seu ativo o valor de R\$ 817.075 mil como sendo crédito tributário, entretanto o mesmo era um ativo contingente, uma vez que na nota explicativa nº 19 é declarado que a recuperação do valor não é certa, pois dependia de negociações futuras. O texto contém a seguinte informação:

“(7) O balanço patrimonial em 31 de dezembro de 2001 inclui, na rubrica Créditos Tributários, um saldo de R\$817.075,00 (oitocentos e dezessete mil e setenta e cinco reais) - R\$420.011,00 (quatrocentos e vinte mil e onze reais) em 2000 - correspondente a Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS a recuperar. A recuperação desse valor depende do sucesso de negociações em curso que a Companhia está mantendo com as autoridades competentes ou de futuras possíveis ações judiciais.”

O ativo contingente é um ativo provável decorrente de eventos posteriores cuja confirmação depende da ocorrência ou não de eventos futuros, os quais não são controlados pela entidade. As reivindicações que uma entidade busca por meio de processos legais onde o resultado é incerto é um exemplo de ativo contingente. Este não deve ser reconhecido nas demonstrações contábeis, seu reconhecimento só é realizado quando a realização do ganho é praticamente certa, logo o ativo relacionado deixa de ser um ativo contingente e seu reconhecimento passa a ser adequado (NBC TSP 19, PARÁGRAFO 38 A 41/ cpc 25 parágrafo 31 a 35).

De fato, a inconstitucionalidade do ICMS sobre transporte aéreo foi julgada pelo Pleno STF em 26 de novembro de 2001 e baixada em definitivo dia 12 de agosto de 2003. Foi definido:

“Decisão: O Tribunal, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros intermunicipal, interestadual, internacional, e de transporte aéreo internacional de cargas, vencidos em parte, os Senhores Ministros Sydney Sanches, Relator, e Carlos Velloso, no que julgavam improcedente o pedido, e o Presidente, que o julgava procedente em menor extensão. Redator para o acórdão o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 26.11.2001.” (ADI 1600/8)

Contudo, no período compreendido a divulgação do resultado de 2001 e o processo instaurado na CVM ainda constavam incertezas referentes aos valores a serem restituídos. Não era sabido se as companhias aéreas teriam que devolver o valor do ICMS cobrado aos passageiros e houveram estados que não permitiram as companhias aéreas se utilizarem dos valores recolhidos de forma indevida. Somente em setembro de 2004 a governadora Rosinha Garotinho permitiu através do Decreto nº 36174 a restituição de indébito. Logo, em 2002 o valor referente a este crédito tributário ainda era um ativo contingente, o qual não deveria ser reconhecido.

O reconhecimento do ativo contingente fere também a Norma Brasileira de Contabilidade, NBC TG ESTRUTURA CONCEITUAL, de 21 de novembro de 2019, aprovada pela deliberação CVM Nº 835, de 10 de dezembro de 2019. No item 2.16 é discorrido sobre o princípio da prudência, o qual é “o exercício de cautela ao fazer julgamentos sob condições de incerteza”. Este exercício significa que os ativos e receitas não estão superavaliados e os passivos e despesas não estão subavaliados. Na Demonstração Financeira e Patrimonial de 31.12.2001 foi apresentado um ativo superavaliado em R\$817.075,00, distorcendo o resultado da companhia e conseqüentemente prejudicando a análise financeira realizada pelos credores e acionistas.

2 Registro de créditos fiscais diferidos no Ativo, apesar de a empresa se encontrar em situação econômico-financeira crítica com passivo a descoberto. Mesmo o auditor tendo emitido um parágrafo em seu parecer sobre o risco de a operação não ter continuidade.

A companhia registrou em seu Ativo R\$ 398.192 mil referente a provisões de impostos diferidos sobre diferenças temporais na conta Imposto de Renda e Contribuição Social Diferidos. Este lançamento é errôneo devido a incerteza de lucros futuros para que estes valores sejam compensados, conforme apontava na época a Deliberação da CVM Nº273/98, em seu § 19, revogada pela Deliberação da CVM Nº 599, DE 15 de Setembro de 2009. Atualmente o CPC 32, endossado pela Deliberação da CVM Nº 599/09, em seu § 27 mantém o mesmo posicionamento do pronunciamento anterior, com a seguinte redação:

“27. A reversão das diferenças temporárias dedutíveis resulta em deduções para determinar os lucros tributáveis em períodos futuros. Entretanto, os benefícios econômicos na forma de reduções em pagamentos de tributos fluirão para a entidade somente se ela obtiver lucros tributáveis suficientes contra os quais as deduções possam ser compensadas. Portanto, a entidade deve reconhecer os ativos fiscais diferidos somente quando for provável que venham a estar disponíveis lucros tributáveis contra os quais as diferenças temporárias dedutíveis possam ser utilizadas.”

A incerteza de lucros futuros foi enfatizada no § 5 do Parecer dos Auditores Independentes na Demonstração Financeira de 2001.

“(5) A Companhia apresentou um prejuízo líquido de R\$480.873 mil para o exercício findo em 31 de dezembro de 2001 e, naquela data, o seu passivo a descoberto montava a R\$523.198 mil. Adicionalmente, as projeções de seu fluxo de caixa indicam a necessidade de captação de recursos no curto prazo para possibilitar a manutenção das suas atividades. As ações determinadas pela Gerência para o restabelecimento do equilíbrio

econômico-financeiro e da posição patrimonial da Companhia, recuperação da sua lucratividade e geração de caixa, incluem entre outras, a renegociação efetuada com arrendadoras de aeronaves, a prevista captação de recursos no mercado de capitais e a readequação da sua frota e do quadro funcional. A continuidade normal dos negócios da Companhia dependerá, substancialmente, do sucesso das medidas que estão sendo tomadas pela Gerência. As demonstrações contábeis em 31 de dezembro de 2001 não incluem nenhum ajuste que poderá, eventualmente, resultar desta incerteza.”

Neste parágrafo o auditor destaca que os passivos da companhia superavam seus ativos em R\$ 523.198,00 (quinhentos e vinte e três mil, cento e noventa e oito) que, para manter as atividades seria necessária captação de recursos no curto prazo, renegociação com as arrendadoras de aeronaves, captação de recursos no mercado de capitais, readequação da frota e do quadro funcional, ou seja, a continuidade dos negócios da Varig dependia do sucesso destas medidas. Logo, não se poderia registrar ativos fiscais diferidos sem perspectivas prováveis de lucro futuro.

Os ajustes efetuados após o processo da CVM aumentaram o prejuízo apresentado na Demonstração Financeira de 2001 em mais de um bilhão. Em 31.12.2001 o prejuízo líquido do exercício apresentado era de R\$ 480.873,00 (quatrocentos e oitenta mil, oitocentos e setenta e três reais), na demonstração de 2002 o prejuízo líquido do exercício de 2001 foi reajustado para R\$ 1.610.216,00 (um milhão, seiscentos e dez mil, duzentos e dezesseis reais), constatando essa divergência de mais de um bilhão no resultado. O ativo na demonstração de 2001 foi superavaliado em mais de um bilhão e duzentos e quinze milhões, mais precisamente R\$ 1.215.267,00 (um milhão, duzentos e quinze mil, duzentos e sessenta e sete reais).

DIVIDENDOS A PAGAR

Consta no relatório anual da Varig de 2001, em seu Balanço Patrimonial, cento e sessenta e seis mil reais alocados na conta Dividendos a Pagar no Passivo Circulante. A companhia acumulava prejuízos desde de 1997, resultando no valor de oitocentos e setenta e oito milhões e trinta e nove mil reais em 2001. Logo não havia saldo remanescente na conta Reserva de Lucro, tão pouco Capital Social Realizado suficiente para cobrir o prejuízo acumulado de forma que o passivo não ficasse a descoberto. De acordo com o Art. 189 da Lei N° 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, a qual dispõe sobre as Sociedades por Ações, serão deduzidos do resultado do exercício, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda. Diante de mais de oitocentos milhões de prejuízo acumulado nos últimos cinco anos não é compreensível a distribuição de dividendos no ano de 2001. Nas atas do conselho de administração deste período não consta qualquer deliberação a cerca do tema.

V. DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENVOLVIDOS, NOS TERMOS DO ART. 22, INC II C/C 186

Neste capítulo será abordada o possível cometimento de crimes que tenham atentado contra bens jurídicos relacionados à Massa Falida dos autos da referência, inclusive à época pré-falimentar em que a sociedade empresária ainda não se encontrava em estado de crise, ou ao menos este não era de conhecimento público.

Nos tópicos que se seguem, dissertar-se-á quanto aos tipos penais que nortearão os apontamentos de ordem criminal, do mesmo que modo que se indicará os limites dos referidos apontamentos e aconselhará, de forma técnica e consultiva, a como procederem aos órgãos jurisdicionais e ministeriais competentes.

Quanto à indicação pessoal dos envolvidos e de suas responsabilidades subjetivas, será tomado extremo cuidado pois, dada a complexidade da organização empresarial e limitação do escopo, evidencia-se prudente um

trabalho investigativo para corretamente compreender o elemento subjetivo (dolo e culpa) de cada envolvido, assim como a extensão do domínio – total ou parcial, independente o compartilhado - sobre os supostos fatos criminosos.

III.1 – INTRODUÇÃO ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL RELATIVA AOS TIPOS PENAIS SOB TESTILHA, E ATRIBUIÇÃO PARA EVENTUAL INVESTIGAÇÃO E CONSEQUENTE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA.

Ex ante, cabe infirmar que a natureza do procedimento penal atinente aos crimes falimentares e pré-falimentares é de ação penal de iniciativa pública incondicionada, nos moldes do art. 184 da Lei 11.101/2005, *in verbis*:

Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

É dizer que o *dominus litis* do feito é o Ministério Público de atribuição para tais infrações, atribuição esta que é orientada pelos termos do art. 187 da Lei 11.101/05:

Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

Portanto, esta peça, no que atine aos -possíveis- contornos criminais nela indicados, possui caráter informativo, não prestando-se como juízo de culpabilidade e nem tampouco colocando-se como suficiente lastro probatório à *persecutio criminis*, análise esta que incumbe tão somente ao *Parquet*.

III.1.1 – DA POSSIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA DE OFERECIMENTO DE QUEIXA CRIME SUBSIDIÁRIA À DENÚNCIA PELOS CREDORES DEVIDAMENTE HABILITADOS OU PELO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Apesar de a atribuição legal para o oferecimento da denúncia ser do *Parquet*, a própria Lei Falimentar prescreve a possibilidade aos credores habilitados ou ao administrador judicial da massa de oferecer queixa crime subsidiária.

Esta possibilidade, frise-se, é extraordinária, só podendo concretizar-se em caso de omissão do ministério Público, nos termos e prazo do art. 184, p.ú. que abaixo colaciona-se:

Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

*Parágrafo único. **Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses.***

Portanto, só caberá aos credores habilitados ou ao A.J. a promoção da *persecutio criminis* em caso de omissão da autoridade ministerial.

Desta feita, encontrando-se a análise dos fatos ainda em fase preliminar, é certo que a situação atual deste Administrador Judicial é de informar, nortear e elucidar os Ilustres membros do Ministério Público atuante nos autos da falência, assim como ao Exmo. Juiz de Direito que conduz o feito.

III.2 – ANÁLISE PRÉVIA DOS TIPOS PENAIIS QUE SERÃO OBJETO DOS APONTAMENTOS NESTE RELATÓRIO

Sem mais embargos, após o escrutínio do material apresentado, e em consonância com o já relatado no corpo desta peça, nota-se que a possibilidade do *fumus commissi delicti* quanto às condutas defesas no art. 171 da lei falimentar, que prescreve:

Indução a erro

Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

De igual maneira, a infração definida no Art. 177, §1º, inc. I do CP também percebe razoável *fumus* nos autos sob análise. A conduta descrita, apesar de semelhante à do art. 171 da lei falimentar, se distingue no momento de sua realização e também no bem jurídico afetado, como se verá adiante. Transcreva-se, por tanto, a redação do referido dispositivo:

Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: (Vide Lei nº 1.521, de 1951)

*I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, **balanço** ou comunicação ao público ou à assembléia, **faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;***

III.3 – DEMONSTRAÇÃO DA POSSÍVEL SUBSUNÇÃO DAS CONDUTAS DE FATO AOS TIPOS PENAIIS RETRO ANALISADOS

Como já relatado nesta peça, no ano de 2002 a VARIG S/A foi notificada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM para que refizesse e republicasse suas

demonstrações financeiras e patrimoniais, o que deu origem ao processo RJ 2002-5581.

O referido procedimento instaurado no âmbito da CVM teve por razão fundante a indicação irregular, nas Demonstrações Financeiras e Patrimoniais da Companhia em 31 de dezembro de 2001 e nas Informações Trimestrais – ITR de 31 de março de 2002, de créditos tributários que, em verdade, seriam ativos contingentes consistentes em mera expectativa de direito.

In casu, fora lançado nos referidos documentos contábeis uma monta aproximada de R\$ 420.011.000,00 (quatrocentos e vinte milhões e onze mil reais) referente à créditos tributários, ainda incertos à época, relativos ao ICMS recolhido no transporte aéreo de passageiros.

Do mesmo modo, também foram lançados aproximadamente R\$ 398.192.000,00 (trezentos e noventa e oito milhões e cento e noventa e dois mil reais) à título de provisões de impostos diferidos sobre diferenças temporais na conta Imposto de Renda e Contribuição Social Diferidos.

Este lançamento, como já bem sublinhado neste relatório, é errôneo em função da sua natureza também incerta, visto que incertos são os lucros futuros para que estes valores sejam compensados, conforme já apontava na época a Deliberação da CVM Nº273/98, em seu § 19.

Em ambos os casos, certo é que os referidos valores ali não deveriam constar, na forma como foram inseridos, nas indicações contábeis da sociedade empresária.

O dano ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal restou claramente configurado quando percebido que, após a correção das informações errôneas lançadas nos documentos contábeis referidos, percebe-se uma realidade econômico-financeira da Companhia completamente destoante da então expressada.

Evidencia-se o dito ao observar-se que, enquanto nas demonstrações originalmente apresentadas pela Companhia o seu prejuízo líquido era de R\$ 480.873.000,00 (quatrocentos e oitenta milhões e oitocentos e setenta e três centavos), este fora corrigido, após as averiguações mencionadas, para o montante de R\$ 1.610.216,00 (um bilhão e seiscentos e dez mil e duzentos e dezesseis reais).

Majorou-se, então, em mais 1 Bilhão o prejuízo da Companhia na Demonstração Financeira de 2001 e, naturalmente, afetando diretamente na negociação dos seus papéis mobiliários, além de arranhar a credibilidade da sociedade.

A conduta de qualquer gestor, ou mesmo de membro externo com poder de fato para determinar dentro da companhia, que possa ter direcionado dolosamente para esta inclusão de dados incorretos nas Demonstrações Financeiras referenciadas acima, poderá ser amoldada no tipo penal do art. 177, §º, inc. I do Código Penal brasileiro.

Os ajustes efetuados após o processo da CVM aumentaram o prejuízo apresentado na Demonstração Financeira de 2001 em mais de um bilhão. Em 31.12.2001 o prejuízo líquido do exercício apresentado era de R\$ 480.873 mil, na demonstração de 2002 o prejuízo líquido do exercício de 2001 foi reajustado para R\$ 1.610.216 mil, constatando essa divergência de mais de um bilhão no resultado. O ativo na demonstração de 2001 foi superavaliado em mais de um bilhão e duzentos e quinze milhões, mais precisamente R\$ 1.215.267 mil.

III.4 – CONCLUSÃO E ORIENTAÇÃO AO JUÍZO QUANTO AO PRODUTO DESTES CAPÍTULOS DO RELATÓRIO

Diante de tudo o acima exposto, afere-se que a *persecutio criminis* de possíveis infrações penais que tenham prejudicado o patrimônio da Massa Falida ou da

Sociedade Empresária que lhe precedeu demandará tempo, estudos e colaboração entre o A.J. e os Órgãos de persecução competentes.

Sendo assim, apresenta-se ao juízo a existência de um *fumus commissi delict* de possíveis crimes falimentares e/ou pré-falimentares, e que, destaque-se, pode ainda ampliar-se para outros e novos fatos que não apenas os abordados no presente relatório.

Em virtude da mencionada necessidade de aprofundamento das investigações, é sábio sublinhar-se que ainda não é possível delimitar os possíveis autores, nem tampouco o grau de culpabilidade e de cada um e a extensão da lesividade de cada uma de suas condutas, tendo em vista a complexidade organizacional da sociedade empresária.

Por estas razões, compromete-se este A.J. a continuar o escrutínio de todo material que esteja ao alcance para apurar, caso de fato haja, o lastro probatório mínimo que possa auxiliar a autoridade ministerial em sua atividade investigativa e posterior promoção das ações penais pertinentes.

Como já relatado nesta peça, no ano de 2002 a VARIG S/A foi notificada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM para que refizesse e republicasse suas demonstrações financeiras e patrimoniais, o que deu origem ao processo RJ 2002-5581.

O referido procedimento instaurado no âmbito da CVM teve por razão fundante a indicação irregular, nas Demonstrações Financeiras e Patrimoniais da Companhia em 31 de dezembro de 2001 e nas Informações Trimestrais – ITR de 31 de março de 2002, de créditos tributários que, em verdade, seriam ativos contingentes consistentes em mera expectativa de direito.

In casu, fora lançado nos referidos documentos contábeis uma monta aproximada de R\$ 420.011.000,00 (quatrocentos e vinte milhões e onze mil reais) referente à

créditos tributários, ainda incertos à época, relativos ao ICMS recolhido no transporte aéreo de passageiros.

Do mesmo modo, também foram lançados aproximadamente R\$ 398.192.000,00 (trezentos e noventa e oito milhões e cento e noventa e dois mil reais) à título de provisões de impostos diferidos sobre diferenças temporais na conta Imposto de Renda e Contribuição Social Diferidos.

Este lançamento, como já bem sublinhado neste relatório, é errôneo em função da sua natureza também incerta, visto que incertos são os lucros futuros para que estes valores sejam compensados, conforme já apontava na época a Deliberação da CVM Nº273/98, em seu § 19.

Todas estas constatações podem ter contribuído para a formação do estado de quebra das sociedades, posto que as subnotificações contábeis certamente contribuíram tanto para a gestão inexata dos seus ativos e passivos, como para o descrédito da imagem do grupo empresarial, o que colabora diretamente para o déficit dos seus papéis.

Desta feita, vislumbra-se possível lastro probatório mínimo e suficiente a persecução penal destes fatos pelas autoridades competentes para o melhor e correto esclarecimento dos fatos, proposição esta que é aconselhada neste parecer.

5. ENCERRAMENTO

Salientamos que além de todos os procedimentos e análise supra relatados, temos nos mantido diligente ao processo, atendendo prontamente as falidas e todos os credores, seja por telefone, e-mail ou atendimento presencial.

Ainda, reiteramos que para cada uma das demandas a que somos submetidos, temos adotadas todas as providências necessárias, das quais muitas já se encontram finalizadas e as demais em andamento. Por fim, com toda vênia e acatamento, agradecemos a confiança dedicada, colocando-nos ao seu inteiro dispor para suprir eventuais dúvidas do presente relatório.

Atenciosamente,

Rio de Janeiro, 26 de agosto de 2020.

WAGNER BRAGANÇA
ADMINISTRADOR JUDICIAL
OAB/RJ 109.734