



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – CEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

**LIMITES PARA A COMPATIBILIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

**BRASILIA
2022**

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

**LIMITES PARA A COMPATIBILIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
requisito parcial para aprovação no programa
de Mestrado em Direito – Linha 4 - Políticas
Públicas e Desenvolvimento Econômico.

Orientadora: Professora Dr.^a Alice Rocha da
Silva.

BRASILIA
2022

COSTA, Fernando Barbosa Bastos.

Limites para a compatibilização pelo Poder Judiciário da Recuperação Judicial com as concessões de serviços públicos. Fernando Barbosa Bastos Costa. Brasília: UniCEUB, 2022.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Orientadora: Prof. Dr.^a Alice Rocha da Silva

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

**LIMITES PARA A COMPATIBILIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
requisito parcial para aprovação no programa
de Mestrado em Direito – Linha 4 - Políticas
Públicas e Desenvolvimento Econômico.

Brasília, 12 de agosto de 2022.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Alice Rocha da Silva.
Orientadora

Prof. Dr. Marlon Tomazette
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Prof.^a Dr.^a Amanda Athayde
Universidade de Brasília - UnB

RESUMO

As Recuperações Judiciais do Grupo Oi (2016) e da concessionária do aeroporto de Viracopos (2018), fizeram surgir diversas questões sobre a possibilidade de submissão de uma concessionária de serviços públicos ao regime previsto na Lei de Recuperações Judiciais para empresas em crise. Do histórico dos dois institutos podemos perceber quais os principais pontos sensíveis que podem surgir dessa convivência. O centro do debate está na possibilidade de créditos públicos serem amplamente discutidos em sede de recuperação judicial, em especial pela disciplina específica que os rege. A indisponibilidade do interesse público, parece também ser uma dificuldade para o livre tratamento desses créditos em uma Assembleia-Geral de Credores. A incompatibilidade fica mais evidente quando incluído no plano de recuperação judicial valores devidos a título de pagamento de outorgas devidas pela exploração do ativo ou do serviço. Essa contraposição aparece também quando visto que a definição do valor de outorgas dentro de um processo de recuperação judicial desrespeitaria disposições sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou mesmo do prévio processo licitatório que antecedeu a assinatura do contrato. Além disso, percebe-se limitações à possibilidade de o Poder Judiciário ingressar em instrumentos próprios de gestão da concessão, como, por exemplo, a caducidade ou mesmo a necessária apresentação de seguros. Esses pontos de atrito levam à investigação sobre até que ponto os princípios que sustentam a concessão a tornam aderente à realidade de uma recuperação judicial. A leitura do Princípio da Continuidade do Serviço Público, em confronto com o da Preservação de Empresa, aponta em sentido contrário. O Princípio da Preservação das Sociedades Recuperáveis também não pode ser invocado para salvaguardar sociedades cuja manutenção nega vigência a todo o ordenamento das concessões. Deve ainda ser pontuada a atratividade para os investimentos em infraestrutura, com destaque para o modelo de *project finance*, que seria fragilizado pela ampla discussão aspectos das concessões no juízo recuperacional. Como resultado pretende-se propor soluções possíveis que viabilizem essa convivência.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Concessões de Serviços Públicos. Créditos Públicos. Outorga. Indisponibilidade do Interesse Público. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Licitação. Princípio da Continuidade do Serviço Público. Princípio da Preservação das Sociedades Recuperáveis. *Project finance*.

ABSTRACT

The Judicial Reorganizations of Grupo Oi (2016) and of the Viracopos airport concessionaire (2018), raised several questions about the possibility of submitting a public service concessionaire to the regime provided for in the Law of Judicial Reorganizations. From the history of the two institutes we can see the main sensitive points that may arise from this coexistence. The center of the debate lies in the possibility of public credits being widely discussed in the context of judicial reorganization, especially due to the specific discipline that governs them. The unavailability of the public interest also seems to be a difficulty for the free treatment of these credits in a General Meeting of Creditors. The incompatibility becomes more evident when amounts owed as payment for the exploitation of the asset or service are included in the judicial recovery plan. This opposition is clear when considering that the definition of the value of grants within a Judicial Reorganization process would disregard provisions on maintaining the economic-financial balance of the contract or even the previous bidding process that preceded the signing of the contract. In addition, there are limitations to the possibility of the Judiciary to enter into its own concession management instruments, such as, for example, expiry or even the necessary presentation of insurance. These grooves lead to the investigation of the extent to which the principles that support the concession make it adherent to the reality of a Judicial Reorganization. The reading of the Principle of Continuity of the Public Service, in comparison with that of the Preservation of the Company, points in the opposite direction. The Principle of Preservation of Recoverable Companies cannot be invoked to safeguard companies whose maintenance negates the validity of the entire concession system. The attractiveness of investments in infrastructure should also be highlighted, with emphasis on the project finance model, which would be weakened by the broad discussion of concessions in the reorganization court. As a result, it is intended to propose possible solutions that make this coexistence viable.

Keywords: Judicial Recovery. Public Service Concessions. Public Credits. Unavailability of the Public Interest. Economic-Financial Balance. Bidding. Principle of Continuity of Public Service. Principle of Preservation of Recoverable Companies. *Project finance*.

Aos meus pais, grandes incentivadores da minha formação e pilares da minha educação. Que desde sempre me fizeram ver, algumas vezes com muitos sacrifícios da parte deles, a importância do estudo e da dedicação para o alcance daquelas metas mais difíceis. Ao meu irmão, um exemplo de paixão pelo estudo e pelo trabalho, e que me faz exercitar constantemente o poder de argumentação, por ser fonte permanente de divergência e de amor, em igual medida.

Aos amigos de toda uma vida, que vibram por cada vitória e estão sempre prontos a acolher nas dificuldades. Cito aqui, nominalmente, minha querida Natália Lacerda, que tanto admiro e que, algumas vezes sem saber, me inspirou a romper a barreira do comodismo e ajudou a cumprir mais essa etapa da vida acadêmica.

Aos amigos da Procuradoria Federal junto ao CADE, porque fomentaram em mim, em horas e horas de conversa, essa vontade de voltar aos bancos da Faculdade, como diversas vezes me incentivaram Maria Rosa, Cristina Esteves, Gabriela Costa, Leonardo Sousa, Daniela Borges e Carolina Saboia.

Aos amigos e colegas de trabalho da Procuradoria Federal junto à ANAC, não apenas por dividirem comigo as tarefas diárias, permitindo que a energia necessária pudesse também se voltar aos estudos, pelo que agradeço especialmente ao Gustavo Carneiro, à Amanda Loiola, à Renata Uchoa, ao João Eudes, ao Daniel Ribeiro e à Alice Braga; mas também pela constante inspiração de permanecer digno de uma equipe tão qualificada. E aqui não ousaria fazer qualquer agradecimento nominal, tendo em vista a extrema admiração que tenho por cada um desse time.

À Professora Alice Rocha, que na orientação do trabalho tornou este processo o mais leve possível, com dicas sempre precisas.

Agradeço também aos Professores Sandro Dezan e Marlon Tomazetti, que com muita honra integraram minha banca de qualificação e que com sugestões preciosas, já desde a qualificação, ajudaram na construção do trabalho. Ao Professor Marlon agradeço também por todos os ensinamentos, não apenas aqueles que foram base para o trabalho, mas também os gentilmente divididos durante a banca de avaliação. Incluo aqui a Professora Amanda Athayde, que tão generosamente compareceu à minha banca de avaliação, e por quem nutro uma admiração profissional, acadêmica e pessoal, em igual e grandiosa medida.

Por fim, mas obviamente não menos importante, ao Caio Vasconcellos, meu amor, namorado e em breve futuro marido, de quem eu furtei algumas horas preciosas para completar este mestrado, e que mesmo assim se manteve sempre pronto e ao meu lado para tornar todo o processo mais fácil, certo de que teremos ainda uma vida juntos para compensar esse tempo.

Se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria deixar correr os cem anos para descobrir atônito que à sua volta tudo mudou.

Rogério Ehrhardt Soares
Direito Público e Sociedade Técnica. Coimbra:
Tenacitas, 2008. A primeira edição é de 1969.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 CARACTERÍSTICAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E HISTÓRICO DAS CONCESSÕES JÁ EXPÕEM ALGUMAS INCONGRUÊNCIAS ENTRE ESSES DOIS INSTITUTOS..... | 16 |
| 1.1 HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL..... | 16 |
| 1.2 HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS | 25 |
| 1.3 CONCLUSÃO..... | 35 |
| 2 OS CONTORNOS LEGAIS E O TRATAMENTO DOUTRINÁRIO RESSALTAM CONTRASTES ENTRE CONCESSÃO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL | 37 |
| 2.1 BARREIRAS LEGAIS PARA SUBMISSÃO DO CRÉDITO PÚBLICO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL | 38 |
| 2.2 CONFLITO ENTRE O AMPLO CARÁTER NEGOCIAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM A DISCIPLINA LEGAL DOS CRÉDITOS PÚBLICOS | 45 |
| 2.3 DISPOSIÇÕES LEGAIS COLOCAM EM XEQUE A POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO DE VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE OUTORGAS A UMA RECUPERAÇÃO JUDICIAL | 55 |
| 2.4 APLICAÇÃO DE MULTAS, EXIGÊNCIA DE SEGUROS E DECRETAÇÃO DE CADUCIDADE: INSTRUMENTOS DE GESTÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO E SUA (NÃO) SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL | 67 |
| 2.5 CONCLUSÃO..... | 78 |
| 3 DISSONÂNCIA PRINCIPIOLÓGICA ENTRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS..... | 79 |
| 3.1 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO EM CONTRAPONTO AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA..... | 81 |
| 3.2 O PRINCÍPIO DA RECUPERAÇÃO DAS SOCIEDADES RECUPERÁVEIS CONTEMPLA A RECUPERABILIDADE JURÍDICA | 90 |
| 3.3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E TEORIA INSTITUCIONALISTA: CONFIANÇA NECESSÁRIA AO MODELO DE FINANCIAMENTO <i>PROJECT FINANCE</i> DAS CONCESSÕES | 98 |
| 3.4 CONCLUSÃO..... | 107 |
| 4 ESTUDO DE CASOS PARADIGMÁTICOS E ESBOÇO DE SOLUÇÕES PARA CASOS FUTUROS..... | 109 |
| 4.1 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO OI..... | 109 |
| 4.2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA ASSOCIAÇÃO BRASIL VIRACOPOS S/A. | 118 |
| 4.3 SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA CASOS FUTUROS | 126 |
| 4.3.1 <i>Possível atuação Quando a Recuperação Judicial da Concessionária de Serviços Públicos Depender da Negociação de Créditos Inscritos em Dívida Pública</i> | <i>127</i> |
| 4.3.2 <i>Atuação do Juízo Recuperacional Quando Incluído no Plano e no Quadro-Geral de Credores Valores Ainda Não Vencidos e Previstos no Contrato de Concessão.....</i> | <i>128</i> |
| 4.3.3 <i>Atuação do Juízo Recuperacional quanto aos Instrumentos de Gestão do Contrato</i> | <i>130</i> |
| 4.3.4 <i>Atuação do Representante do Poder Público ante a Submissão de Créditos Públicos ao Juízo Recuperacional e à Assembleia-Geral de Credores.....</i> | <i>131</i> |
| 4.3.5 <i>Alternativa à Recuperação Judicial.....</i> | <i>135</i> |
| 4.3.6 <i>Possibilidade de Não Homologação do Plano de Recuperação Aprovado – Mais uma Oportunidade de Compatibilização entre os Institutos.....</i> | <i>138</i> |

| | |
|--------------------------|------------|
| CONCLUSÃO..... | 140 |
| REFERÊNCIAS | 143 |

INTRODUÇÃO

A convivência de um cenário constante de crise econômica, causada pelos mais diversos motivos desde o final os anos 2000, com uma política de desestatização defendida e implementada por diferentes Governos que administraram o Brasil nas últimas décadas, fez com que a utilização da recuperação judicial para a tentativa de sobrevivência de concessionárias de serviço público se tornasse uma realidade. A definição dos limites e a receita para a convivência da recuperação judicial com a concessão de serviços públicos, no entanto, merecem contornos mais nítidos, e a isso se presta este trabalho, que pretende responder quais os limites possíveis para a convivência entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos.

Atrair a atenção para esta discussão poderia não ser tarefa fácil, principalmente levando-se em conta a especificidade da recuperação judicial e da concessão de serviços públicos, que, em regra, atraem o interesse apenas daqueles que se debruçam ao estudo de ramos específicos do Direito. Ocorre que, recentemente, ganharam os holofotes dois processos recuperacionais bilionários, que auxiliaram, e ainda auxiliam, na formação de boa parte da jurisprudência consolidada sobre o assunto.

Da atuação em um desses processos surgiu a inquietude sobre a real possibilidade de utilização de uma recuperação judicial para devolver uma concessionária à viabilidade econômica. A hipótese inicial imaginada para o trabalho seria, então, a ausência de juridicidade na utilização da recuperação por uma concessionária de serviços públicos. A evolução da pesquisa, no entanto, demonstrou que tal hipótese não resistiria à análise das decisões judiciais mais recentes, uníssonas em admitir tal possibilidade. Superada a hipótese inicial, tomou lugar, então, a hipótese que de fato foi testada, da necessidade de observância de determinados limites para que ambos os institutos, recuperação judicial e concessão de serviços públicos, nos casos em que forçada a sua convivência, tivessem suas bases teóricas respeitadas.

Com ajuda das discussões travadas nesses processos recuperacionais que tiveram destaque, e com amparo na doutrina e na jurisprudência impulsionadas pelas discussões ali enfrentadas, pretende-se aproximar o estudo de uma seara prática, o que permitirá um enfrentamento empírico das questões que surgem quando da submissão de uma empresa concessionária de serviços públicos ao regime de recuperação judicial.

Passando então à descrição de como os temas serão apresentados, o Primeiro Capítulo se dedicará a fazer uma breve retrospectiva de cada um dos institutos, apontando, ao final, as

características mais relevantes à discussão que será travada, tanto da recuperação judicial quanto da concessão de serviço Público. Não se pretende neste capítulo inaugural revisitar conceitos já conhecidos por aqueles que lidam com questões práticas do processo de recuperação judicial ou mesmo se tem a pretensão de apresentar todas as nuances envolvidas em concessões de serviços públicos. O principal objetivo deste capítulo será apresentar aspectos dos dois institutos que necessariamente devem ser sopesados por aqueles que enfrentam as tensões de uma convivência forçada entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos.

A apresentação da recuperação judicial e da concessão de serviços públicos feita no primeiro capítulo pode já apontar para uma incompatibilidade entre a ação de soerguimento da empresa e o contrato de concessão. Essa é uma conclusão lógica que, aliás, é de todo defensável, estando inclusive em discussão no Congresso Nacional a inclusão, no novo marco legal das concessões (Projeto de Lei nº 7063/2019¹), de expressa proibição de submissão de concessionárias de serviços públicos ao processo de recuperação judicial.

Entretanto, em sentido oposto, recentes alterações legislativas, em especial formuladas pela Lei nº 14.112/2021, que, entre outras normas, alterou a Lei de Falência e Recuperação Judicial² (Lei nº 11.101/2005), LRF, parecem querer sepultar qualquer discussão a esse respeito, trazendo, inclusive, disposições diretamente voltadas a concessionárias e permissionárias de serviços públicos no bojo do processo recuperacional.

O Segundo Capítulo pretende se dedicar a essa apresentação da dogmática que acaba por empurrar a discussão ora para a seara privada e ora para a seara pública, sendo pertinente também já pincelar em alguns casos qual está sendo o tratamento judicial dessas questões até agora.

O Segundo Capítulo, então, intenta, com o objetivo específico de apontar questões

¹ No texto do novo marco legal da concessão discutido no legislativo consta a seguinte previsão: Art. 154. Não se aplicam às concessionárias de serviços públicos os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, salvo posteriormente à extinção da concessão. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 7.063/2017*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839574&filename=Parecer-Aprovacao-PL706317-27-11-2019. Acesso em 04 jul. 2022, p. 13.

A justificativa que consta no documento, no entanto, é singela: Para dar maior segurança jurídica aos agentes envolvidos, em especial aos próprios usuários do serviço concedido, fica estabelecida a vedação à aplicação dos regimes de recuperação judicial e extrajudicial às concessionárias antes da extinção da concessão.

² BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Lei de Falências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 04 jul. 2022.

relevantes à discussão, dissecar as próprias leis que regem a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos, e que trazem mais substrato para o estudo que se pretende entabular. O texto da Lei de Falência e Recuperação Judicial já contém alguns dispositivos que fornecem instrumentos para solução de situações em que se discutem créditos da Fazenda Pública, inclusive com expressa menção às delegatárias, aqui citadas de forma genérica. Igualmente, a lei que versa sobre concessões e parcerias entre o Poder Público e o setor privado (Lei nº 8.987/1995³) auxiliam já na apresentação de algumas dessas divergências e soluções. Por fim, as disposições sobre créditos públicos merecem algum destaque, para verificarmos se, de fato, há solução para a situação de a recuperação judicial depender maciçamente da discussão sobre débitos com a Fazenda Pública.

A partir daí impõem-se a necessidade de aprofundamento das bases doutrinárias de cada um dos institutos. No Terceiro Capítulo pretende-se interpretar alguns dos princípios que regem a recuperação judicial, cotejando tais princípios com a base principiológica da concessão de serviços públicos, passando-se à verificação de possibilidade de coexistência, ainda que em um exercício de investigação da intenção primária do legislador. Dedicar-se, o Terceiro Capítulo, portanto, à verificação de se a base principiológica da recuperação judicial e das balizas da concessão de serviços públicos já apontam para uma ausência de intenção do legislador de convivência harmônica.

Uma vez demarcados os pontos de atrito que surgem no embate entre recuperação judicial e a natureza das concessões de serviços públicos, nasce então a necessidade de investigarmos como podemos solucionar essas controvérsias. Assentadas as premissas sobre as quais se sustentam recuperação judicial e concessão de serviços públicos, quais são as possibilidades de conduta pelo operador do direito em cada uma dessas bifurcações? Quando deve falar mais alto a necessidade de se manter operante uma unidade produtiva? E quando a segurança jurídica que vem com o estrito cumprimento do contrato de concessão deve ser valorada com mais fervor? Mais do que isso: Temos hoje na norma posta elementos suficientes para adotar uma ou outra posição?

Com o necessário apoio na legislação, na doutrina e na jurisprudência, a resposta para a última pergunta é positiva, e é à apresentação destas respostas que se volta o Quarto Capítulo, onde se pretende esmiuçar a marcha processual de cada um dos dois grandes casos de

³ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm . Acesso em 02 jul. 2022.

recuperações judiciais de concessionárias de serviços públicos que tiveram repercussão nacional, Grupo OI e Viracopos, para, em seguida apontar as soluções para os dilemas postos.

Em primeiro lugar, será apresentada a recuperação judicial proposta pelo Grupo OI⁴, que foi a mais explorada pelos meios de comunicação, e a que mais lançou luz sobre os procedimentos dos institutos da recuperação judicial e da concessão de serviços públicos. Nesta ação a discussão sobre a possibilidade de disposição de créditos públicos em sede de recuperação judicial tomou centro do debate entre devedora e Agência Reguladora. Em segundo lugar, também com forte apelo midiático, por se tratar de um setor sensível e que constantemente é atingido por crises econômicas, abordaremos a recuperação judicial proposta pela concessionária do aeroporto de Viracopos, em Campinas⁵. Nesta ação, como será visto de forma um pouco mais detida, a discussão avançou ainda sobre aspectos específicos do contrato de concessão, o que também faz surgir importantes questionamentos sobre o limite de atuação de cada um dos agentes, administrativos e judiciais, em suas respectivas searas.

O objetivo do enfrentamento dos aspectos específicos de cada uma dessas duas ações de recuperação judicial visa demonstrar, nas situações concretas ocorridas durante a marcha processual, como um estudo mais detido sobre os diversos pontos de tensão que surgem da utilização da recuperação judicial em concessionárias de serviços públicos se faz necessário. Tendo em vista que atores que se deparam com essas situações normalmente desbravam um universo desconhecido, pretende-se, com este trabalho, antecipar as discussões que podem vir a surgir dessas situações, e, em seguida, propor alternativas que podem já guiar magistrados e advogados por meio de uma previsibilidade dos obstáculos que estariam por enfrentar. O objetivo claro é auxiliar a tomada de decisão de quem se depara com esses processos, tornando-a menos casuística, levando-se em conta, na verdade, todos os reflexos que decisões estratégicas tomadas em uma recuperação de concessionárias de serviços públicos podem ter além daquelas dos respectivos autos judiciais.

Cada uma dessas ações, do Grupo OI e da concessionária de Viracopos, tem especificidades úteis para se entender e se instigar o debate sobre a interface entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos. Da recuperação judicial proposta pela

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001* – 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 04 jul. 2022.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114* – 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/R7dados/ptio-de-viracopos>. Acesso em 04 jul. 2022.

concessionária de telefonia OI sobressai a discussão sobre a viabilidade jurídica de débitos oriundos de multas aplicadas pelo Poder Concedente integrarem o quadro geral de credores, sem que isso entre em rota de colisão com outros normativos que versam sobre créditos públicos. Da recuperação judicial proposta por Viracopos, além da discussão sobre os créditos públicos, se extraem também diversos questionamentos a respeito da possível interferência indevida do juízo recuperacional na vida útil da concessão, o que ofenderia a separação de atribuições prevista constitucionalmente entre os Poderes.

É esse caminho que se sugere para este trabalho. Partindo de uma apresentação da recuperação judicial e da concessão de serviços públicos, chega-se à delimitação das discussões mais delicadas que surgem dessa convivência. Os princípios dos dois institutos passam então a ser utilizados para a investigação dos caminhos pretendidos pelo legislador no enfrentamento dessas questões. Por fim, definindo-se as encruzilhadas que surgiram dos dois casos paradigmáticos, sugere-se alternativas viáveis para a tomada de decisões nas etapas mais críticas desses processos.

1 CARACTERÍSTICAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E HISTÓRICO DAS CONCESSÕES JÁ EXPÕEM ALGUMAS INCONGRUÊNCIAS ENTRE ESSES DOIS INSTITUTOS

O debate que se apresenta pretende passar por pontos controvertidos no contato entre a recuperação judicial e a concessão de serviço público. Seria estranho falar desses pontos de contato sem antes tentar, ao menos, pincelar a razão de ser de cada um, os principais fins a que se destinam e fazer uma passagem, ainda que superficial, pelas suas principais características, já tentando ressaltar aqueles traços que importarão à análise que está por vir, sobre os pontos de fricção quando a convivência é admitida.

O objetivo dessa primeira abordagem não é revisitar aspectos conhecidos ou mesmo conceitos pacificados na doutrina e na jurisprudência, mas apresentar as primeiras provocações sobre até que ponto a origem e a formulação legal destes institutos consegue antever a possibilidade, ou não, de uma convivência pacífica entre eles. Aqui parte-se claramente da premissa de que uma espiada na evolução e na consolidação de cada instituto pode ajudar na interpretação deles nos dias atuais. Como cita Ivo Dantas:

não existe instituição jurídica inteiramente compreensível sem uma exposição histórica de sua origem e desenvolvimento, porquanto são estes que determinam a forma como aquela instituição jurídica aparece estruturada e dão razão de seus caracteres e peculiaridades. E mais: é o estudo histórico que dá base a definições que, de outra forma, pareceriam se não artificiosas, pelo menos demasiadamente dogmáticas.⁶

Assim, evitando-se um excesso descritivo, passa-se à abordagem tanto da recuperação judicial quanto da concessão de serviços públicos, de forma isolada, mas já destacando pontos que serão explorados adiante.

1.1 Histórico e Características da Recuperação Judicial

Como forma de apresentar os contornos para a solução de problemas que surgem de sua aplicação à concessão de serviços públicos, cabe apenas lançarmos luz à origem do procedimento no cenário nacional. Essa recapitulação do surgimento da recuperação judicial tem como finalidade provocar, desde já, a indagação sobre os reais objetos tutelados pelo legislador em cada fase de amadurecimento do instituto. Esses apontamentos iniciais, seguidos de uma apresentação dos principais pontos da recuperação judicial hoje desenhada no ordenamento, contribuirão para que, ao mesmo tempo em que se conheça a origem do instituto, possam já ser identificados os temas mais relevantes à análise de compatibilidade da

⁶ DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 118.

recuperação judicial com a concessão de serviços públicos, conforme aspectos práticos da Recuperação são apresentados.

O Decreto-Lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945⁷, que antecedeu o diploma legal que hoje está em vigor, certamente merece destaque quando se pretende buscar a origem próxima da recuperação judicial. Como soe acontecer, são justamente as falhas do sistema legal anterior, assim como a ânsia de adequação do arcabouço legal a uma nova realidade, que provocam as mudanças que se buscam alcançar com a edição de uma norma jurídica. O Decreto-Lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945, alterou a previsão da concordata, que passou a ser possível independentemente da vontade dos credores. A concordata se tornou uma moratória concedida ao devedor, transferindo aos credores todos os ônus pelos riscos da atividade. Tratava-se, assim, não de uma chance de recuperação da empresa, mas de um calote postergado.⁸

As lições de Pontes de Miranda na análise feita quanto ao instituto da concordata no antigo diploma é precisa, deixando claro se tratar não de um negócio ou de contrato entre devedor e credores, mas simplesmente de um favor judicial. Segundo Pontes de Miranda, o Decreto-Lei teria criado um favor ao devedor, tendo este o direito de exigi-lo em Juízo, e, como consequência, haveria a submissão dos credores, tal qual ocorre em uma desapropriação, onde a decisão judicial opera efeitos na esfera de cada um dos proprietários atingidos.⁹

Ainda sob a vigência do Decreto-Lei, Rubens Requião chegou a afirmar que muito mais do que resguardar o crédito discutido em um processo falimentar ou em um pedido de concordata, o Direito Falimentar deveria se ocupar do saneamento da atividade empresarial, que constitui a finalidade primeira do instituto da falência¹⁰. O professor Manuel Justino Bezerra Filho relembra, inclusive, que a preocupação com o objeto que realmente deveria ser tutelado pelo Direito Falimentar rondou obras de grandes juristas, além de Rubens Requião, como Nelson Abrão, Trajano de Miranda Valverde, Jorge Lobo e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo.¹¹

É com esse espírito, já desejado pela doutrina especializada, que uma nova fase do

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências (revogada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm . Acesso em 02 jul. 2022.

⁸ VAZ, Janaína Campos Mesquita. *Recuperação judicial de empresas – atuação do juiz*. Coleção Pinheiro Neto Advogados. São Paulo: Almedina Brasil, 2018, p. 40.

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Volume 30, p. 20.

¹⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, Vol. 2, p. 249.

¹¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57 a 64.

Direito Falimentar foi inaugurada com a Lei nº 11.101/2005, até hoje em vigor. Esta lei substituiu a concordata pela recuperação judicial, prevendo não apenas a possibilidade de recuperação judicial, mas também a extrajudicial. Privilegiou-se a função social da propriedade, do que decorre diretamente o basilar Princípio da Preservação da Empresa, que rege a recuperação judicial das empresas economicamente viáveis.¹²

A lei atual, com as alterações recentemente introduzidas pela Lei nº 14.112/2020¹³, privilegia uma solução consensual entre devedor e credores, prevalecendo o acordo das partes, inclusive, à vontade do Juízo. A norma também incorpora nos créditos passíveis a ingressar na recuperação judicial outros que não apenas os quirografários, diferentemente do que ocorria na extinta concordada. Por fim, a estipulação de prazos também merece destaque, como alteração determinante a conferir ao processo uma celeridade condizente com a necessidade do mercado.

Janaína Campos Mesquita Vaz bem resume os avanços da LFRE ao afirmar que a nova concepção constitucional da ordem econômica, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, influenciou a alteração da legislação falimentar para corrigir duas grandes falhas. Em primeiro lugar, a empresa deixou de ser vista como coisa do empresário. Em segundo lugar, o radicalismo de regimes que ora colocava a solução da crise integralmente nas mãos dos credores e ora entregava as decisões integralmente nas mãos do Juiz, foi substituído por um regime misto.¹⁴

A evolução da norma nos levou ao diploma que hoje regulou a falência e a recuperação judicial, Lei nº 11.101/2005, que estabelece parâmetros e prazos para o trâmite do requerimento da recuperação judicial. O amadurecimento da recuperação judicial se torna mais evidente quando observado que os requisitos para o requerimento estão ali definidos, ao mesmo tempo em que a norma oferece ao devedor e aos credores um amplo espaço de negociação para a forma como a ação judicial terminará. Esta possibilidade de ampla negociação é já a primeira das características que atrairá o debate específico sobre a relação da recuperação judicial com a concessão de serviços públicos.

É pertinente para a análise que se seguirá uma breve descrição de como o procedimento

¹² PEREZ, Viviane. Função social da empresa – uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord). *Temas de direito civil empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 206.

¹³ BRASIL. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 02 jul. 2022.

¹⁴ VAZ, Janaína Campos Mesquita. *Recuperação judicial de empresas – atuação do juiz*. Coleção Pinheiro Neto Advogados. São Paulo: Almedina Brasil, 2018, p. 41.

hoje está normatizado. Mais uma vez para tornar esta apresentação menos cansativa, destacando o que de fato importa para este estudo, cumpre citar, ainda que brevemente, quais são as fases previstas para o desenrolar de uma recuperação judicial. Não se pretende, por certo, esgotar uma abordagem de cada uma das etapas processuais e artigos da recuperação judicial, mas apresentar os principais aspectos da marcha processual esperada e prevista na norma, para que a explanação que será feita nos capítulos seguintes, sobre aspectos doutrinários e principiológicos, não exija, a todo instante, uma nova retomada de descrição do procedimento.

O artigo 48 da LRFE¹⁵ define quem pode ingressar com o pedido de recuperação judicial: os devedores que exerçam suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que preencham os requisitos ali descritos, como, por exemplo, não ser o requerente da recuperação judicial falido, a menos que tenha tido as responsabilidades decorrentes da falência extintas por sentença judicial, ou não ter obtido a recuperação judicial nos últimos 5 (cinco) anos, isso entre outros requisitos previstos no citado artigo 48.

O procedimento delineado pela Lei nº 11.101/2005, assim, tem cabimento quando uma empresa se vê em situação de crise, e quando o natural caminho a ser percorrido, ante a impossibilidade de saneamento sem o auxílio do Poder Judiciário, seria, provavelmente, a falência. Sendo do interesse do devedor, e satisfeitos os requisitos citados na norma, pode este, então, lançar mão da recuperação judicial.

Cabe aqui um necessário parêntese para se afirmar que não se ignora a previsão, na mesma Lei nº 11.101/2005, da Recuperação Extrajudicial. No entanto, por se tratar de procedimento que demanda a concordância de todos os credores quanto à renegociação da dívida, e que não tem necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, prefere-se, aqui, debruçar-se sobre a recuperação judicial, que de fato é a espécie de Recuperação que vem sendo utilizada em situações de crise de concessionárias de serviço público.

O protocolo do pedido de recuperação judicial pela empresa em crise dá início à Fase Postulatória, pelas lições de Carlos Eduardo Quadros Domingos¹⁶. Uma vez ingressando o devedor com a petição inicial, e estando o pedido formulado nos limites permitidos pela Lei, cabe ao juiz do processo uma análise objetiva sobre as exigências específicas da norma (art. 51 da Lei nº 11.101/2005), assim como daqueles requisitos da petição inicial previstos no artigo

¹⁵ SOUSA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei nº 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 224.

¹⁶ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: JM, 2009, p. 112.

319 do Código de Processo Civil.¹⁷

A partir daí pode, então, o juiz, deferir ou não o processamento da recuperação judicial. A natureza jurídica desse ato judicial acaba por suscitar posições doutrinárias diversas, que ora se posicionam no sentido de ser mero despacho¹⁸, e ora se posicionam no sentido de ser verdadeira decisão interlocutória, em que seria possível ao Juízo analisar, então, as condições da ação, nos termos do Código de Processo Civil¹⁹. Como se verá adiante, também nesta fase surgem ranhuras na relação entre os institutos da recuperação judicial e da concessão de serviços públicos.

Com o deferimento do processamento da recuperação judicial tenta-se estancar a sangria da empresa, preparando-se o caminho para a possibilidade de soerguimento. Parte dessa nova chance de recuperação surge já das determinações que decorrem do deferimento do processamento, e que estão expressamente previstas no art. 52, cabendo destacar a “dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades e a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor”, dentre outras. Também é nesta mesma decisão que o Juízo nomeia o Administrador Judicial. O conjunto de determinações que emergem do deferimento de processamento acabam por permitir que o devedor continue desempenhando suas atividades nesta primeira fase da recuperação judicial. Por impactar de forma tão relevante no funcionamento da empresa, acaba por ser uma das decisões mais importantes do processo de recuperação.²⁰

É também nesta fase da recuperação judicial, e por força do mesmo despacho de processamento, que se opera a suspensão, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, das *execuções ajuizadas contra o devedor*, assim como a proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 02 jul. 2022.

¹⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da Recuperação Judicial. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 233, 234 e 241.

¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de Admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.* RT, ano 17, volume 63, p. 131.

²⁰ COSTA, Daniel Carnio. *Recuperação judicial - procedimento.* *Enciclopédia jurídica da PUC-SP.* Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em 02 jul. 2022.

sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência. Tais efeitos, que decorrem do deferimento do processamento da recuperação judicial, sequer precisam ser determinados pelo Juízo recuperacional, sendo consectário de determinação expressa da norma (art. 6º).

O despacho que defere o processamento da recuperação judicial já estampa a primeira grande controvérsia quanto à sua compatibilização com as características de concessões de serviços públicos. Pode, por exemplo, um juiz determinar o processamento de uma recuperação judicial que, como forma de superação da crise, propõe, para viabilidade da empresa, a aplicação de um desconto em todas as parcelas previstas para pagamento ao Poder Concedente, estipuladas em um contrato de concessão? Aqui já surge o questionamento, que se pretende enfrentar e elucidar nos próximos capítulos, sobre até que ponto pode um juiz encarar o despacho que defere o processamento como mera análise objetiva de requisitos ou, alternativamente, tratar a indicação de viabilidade da empresa como uma necessária condição da ação que pode ser sopesada antes do deferimento do processamento, inclusive em relação a aspectos legais que não podem ser ignorados.

Fato é que, uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, com as consequências que passaram a operar nas relações do devedor com seus credores, a Fase Postulatória da recuperação judicial tem seu marco final e tem início uma nova fase do procedimento de recuperação judicial, a Fase Apuratória²¹, marcada, de um lado, pela apresentação do Plano de Recuperação Judicial e, por outro, pela estabilização do quadro geral de credores, com a verificação, habilitação e apuração dos débitos da devedora recuperanda.

Foge ao âmbito desse trabalho um detalhamento desta Fase Apuratória, mas é pertinente destacar que a Lei prevê dois procedimentos paralelos e concomitantes para essa fase. O primeiro diz respeito à consolidação de um Plano de Recuperação Judicial, que será objeto de análise pela Assembleia-Geral de Credores. O segundo procedimento diz respeito justamente à tentativa de estabilização do quadro-geral de credores, onde devem constar todos os credores que terão direito a voto na Assembleia, que decidirá pela aceitação ou não do plano de recuperação proposto pela empresa em crise.

Os limites do que pode ser proposto pela recuperanda no Plano de Recuperação estão definidos pelo artigo 50 da LFRE²², que, basicamente, disciplina que tudo que é disponível e

²¹ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: JM, 2009, p. 122.

²² “A enumeração, nos vários incisos do art. 50 da Lei, das possibilidades para, em situação de crise desenhar-se operação que atenda às especificidades e necessidades da empresa, é extensa; são dezesseis incisos originando a indagação sobre ser tal relação taxativa ou exemplificativa. Da leitura do caput infere-se que a enumeração é

não é defeso à parte pode constar do plano, como estratégia para superação da crise econômica ou financeira, sendo relevante citar a (i) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; (ii) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações; (iii) alteração do controle societário; (iv) venda parcial dos bens; (v) venda integral da devedora; entre diversas outras possibilidades enumeradas no dispositivo como meios de recuperação judicial, desde que observada a legislação pertinente a cada caso, como expressamente previsto.

Uma vez apresentado o Plano de Recuperação Judicial, e consolidada a lista de credores com os créditos abrangidos pela Recuperação, deve, então, ser designada, pelo juiz da recuperação judicial, a Assembleia Geral de Credores, onde o plano desenhado pela devedora será submetido à vontade dos credores. Carlos Eduardo Quadros Domingos faz importante ressalva quanto ao final dessa Fase Apuratória, que, diferentemente das outras, não necessariamente precisa chegar ao seu termo final para o início da próxima fase, a Fase Deliberatória, principalmente pela possibilidade de haver habilitações ou impugnações contestadas, ainda pendentes de julgamento.²³

Como dito acima, a norma prevê um caminho aparentemente simples, para uma realidade que, em regra, se mostra muito mais complexa, a ponto de esbarrar em diversas dificuldades para o cumprimento dos prazos propostos. Em especial quando estamos diante de situações complicadas, como em recuperações judiciais de concessionárias de serviço público, não raro cada uma das habilitações de crédito ou mesmo cada lista de credores apresentada pela recuperanda dá aso a discussões que demandariam do Poder Judiciário um aprofundamento muitas vezes incompatível com o célere prazo previsto e necessário para a solução do processo recuperacional, voltado a devolver para o mercado, no menor tempo possível, uma empresa saneada.

Enfim, aberta a Fase Deliberatória, com a designação da Assembleia Geral de Credores, que será presidida pelo Administrador Judicial, tem os credores a oportunidade de aceitar ou não as condições propostas pelo devedor. É aqui que ganha força a inegável característica negocial da recuperação judicial, quando às partes é aberta uma franca possibilidade de

exemplificativa, podendo ser encontradas outras medidas, além, por óbvio, da eventual combinação de duas ou mais relacionadas nos vários incisos, que atendam ao desiderato – preservar as empresas em crise.” (SZTAJN, Rachel. Comentários aos Arts. 47 ao 54. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Orgs). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 232.).

²³ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: JM, 2009, p. +130.

transação sobre as formas de quitação do débito, cuja aprovação se dará pela maioria dos credores de cada uma das classes previstas na norma (art. 41 e seguintes).

Aprovado o plano, diz-se, com amparo no art. 58, que o juiz concederá a recuperação judicial, uma vez comprovado o cumprimento de todas as formalidades descritas na norma, como a apresentação das certidões negativas de débitos tributários (art. 58 da LRF). Aqui cabe lançar o debate sobre até que ponto pode o juiz da recuperação judicial questionar a vontade da Assembleia-Geral de Credores quanto ao que foi decidido, sendo certo que existe uma importante corrente doutrinária, com representantes como Eduardo Secchi Munhoz, que sustentam que a possibilidade de não homologação do plano seria sim possível, mas dentro de certos limites²⁴, e na estrita análise de legalidade, jamais referente à análise de viabilidade econômica do plano aprovado.²⁵

Superada a Fase Deliberatória, passa então o feito a uma fase de acompanhamento dos compromissos assumidos, Fase Executória, não podendo esta fase, entretanto, superar o prazo de dois anos.

Este é um rápido desenho de como a recuperação judicial é hoje retratada no nosso ordenamento, e já fomenta, ainda que intuitivamente, as discussões que podem surgir entre incongruências entre essas fases da recuperação judicial e uma recuperação pleiteada por um ente público ou mesmo um prestador de um serviço público.

Como o procedimento descrito acima já denota, a evolução do instituto da recuperação judicial passou por uma alteração de perspectiva, que amadureceu de acordo com uma mudança de eixo, de foco, daquilo que se buscava defender antes, quando a concordata era um mero favor judicial, para o atual momento, que prima, ainda que com diversas falhas, pela tentativa de manutenção da unidade produtiva.

Essa mesma evolução nos leva à constatação daquilo que hoje está no centro²⁶ de muitos debates sobre a recuperação judicial - e que está estampado na lei em vigor - expresso no art.

²⁴ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007, p. 193.

²⁵ Nesse sentido, na I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ, foram aprovados os Enunciados 44 e 46, que refletem com precisão esse entendimento: 44: "A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade"; e 46: "Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores".

²⁶ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência*. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 183.

47 da Lei nº 11.101/2005: A recuperação judicial tem por objetivo 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.

Os autores especializados na matéria conceituam e explicam com clareza aquilo que vem a ser a principal intenção da norma. Dentre esses, podemos destacar as lições de José da Silva Pacheco, que explica também o porquê de ser mais do que necessária essa evolução quanto ao olhar para a atividade empresarial:

É, pois, a empresa uma geratriz de utilidades, uma atividade contínua e permanente, que ao ser profissionalmente exercida pelo empresário ou sociedade empresária, torna-se um dínamo rotativo de energias variadas, absorvidas dos respectivos mercados, para a produção de bens e serviços em benefício do mercado consumidor, condicionando, desse modo, o desenvolvimento local, regional ou nacional. Sua função precípua é a produção ou circulação de bens e serviços, com o máximo de rendimento e eficiência, mas concomitantemente cria emprego de material, de capital, de pessoal, de tecnologia, gerando lucro, salário, juros, impostos e desenvolvimento.²⁷

Em resumo, pode-se afirmar, sem receio de errar, que os passos dados na evolução da recuperação judicial hoje colocam o instituto com uma função que supera o mero pagamento das dívidas do devedor com os seus credores. Não existe apenas a intenção de saldar dívidas ou mesmo de postergar pagamentos.

O olhar que hoje se tem para a recuperação judicial é voltado para a necessidade de se auxiliar o devedor em crise, que ainda se mostra econômica e juridicamente viável, como se defenderá adiante, a permanecer no mercado. Isso é viabilizado por meio de um procedimento que possibilita uma negociação direta com todos os seus credores, de forma a manter viva aquela unidade produtiva, que beneficia não apenas as pessoas diretamente envolvidas, mas impacta em toda a sociedade local, em diversos níveis.

As palavras da Professora Ana Frazão merecem atenção quando ela ensina que a visão quanto à importância da sociedade empresária tem que ir além da visão meramente econômica, e que deve alcançar também interesses dos sócios minoritários, dos trabalhadores, dos consumidores e da comunidade em geral em que ela está inserida.²⁸

Desta forma, hoje a recuperação judicial não pode ser dissociada de uma leitura do ordenamento jurídico pautada pela concepção da função social da atividade empresarial, sendo

²⁷ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

²⁸ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil dos controladores e administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 102.

instrumento pensado não para retirar a pessoa específica do devedor da crise, mas com o objetivo de preservar a atividade empresarial e consequente desenvolvimento econômico propiciado pela empresa.

1.2 Histórico e Características da Concessão de Serviços Públicos

Tentando utilizar a mesma lógica da apresentação da recuperação judicial, cabe também fazer uma rápida introdução sobre a concessão de serviços públicos, instituto que terá sua compatibilidade com a recuperação judicial testada neste trabalho. Passando por uma evolução histórica da visão do Estado para a prestação desses serviços e, ao final, apresentando as principais características da concessão, pretende-se, mais uma vez, desde já, pinçar aquilo que poderia gerar alguma controvérsia quando da submissão de uma concessionária ao rito de recuperação judicial acima descrito.

Um ponto de partida para a apresentação de um histórico das concessões pode ser em enfrentamento das diversas mutações que o Estado Brasileiro sofreu, acompanhando ondas mundiais, relacionadas à intensidade de intervenção ou tamanho do Estado na prestação de serviços ou atividades, públicas ou privadas. A doutrina especializada informa a presença de três grandes períodos em que encontramos traços característicos distintos da prestação pelo Estado de Serviços Público ou mesmo da exploração da atividade econômica. Esses períodos são marcados, em primeiro lugar, pelo Estado Liberal, seguido pelo Estado Social, e culminando no Estado Regulador²⁹. Essas três formas de relacionamento do Poder Público com as atividades desempenhadas pelo Estado valem uma visita, em especial quando queremos pensar nas bases da delegação de serviços públicos.

Buscando historicamente as origens daquilo que chamamos de serviços públicos podemos pensar, no início desta trajetória, no Estado Absolutista que surge das uniões de diversos feudos em torno da figura do monarca. Odete Maduar bem relembra que as atividades “estatais” neste período, ali desenvolvidas pelos reis, eram muito mais voltadas a limitar as atividades dos particulares do que a prestar qualquer serviço. Não se tratava, portanto, de prestar utilidades, mas sim de desempenhar atividades de segurança ou mesmo de cobrança de impostos, por exemplo, com o objetivo de servir às necessidades da monarquia ou do aparato

²⁹ MELO, Thiago Dellazari. Do estado social ao estado regulador. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 30, n. 1 (2010): jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1244/1203>. Acesso em 23 maio 2022.

estatal.³⁰

Uma das mudanças mais significativas para o Direito Administrativo tem seu berço nas Revoluções Burguesas do século XIX, e na clara influência das discussões doutrinárias travadas no Direito Francês, em especial decorrentes da jurisdição administrativa francesa, que serviram de fonte para muitos dos conceitos que até hoje utilizamos quando discutimos o Direito Administrativo no Brasil, em especial os serviços públicos e as suas formas de delegação.

É nesse contexto de ideias que se consolida a noção do Estado Liberal, fincado, em um primeiro momento, nas ideias e interesses da burguesia³¹, e até por isso voltado à defesa da livre iniciativa e ao investimento em infraestrutura necessária ao progresso dos negócios. O surgimento da concessão nesse Estado Liberal foi uma face da vontade do Estado de, sem intervir diretamente na atividade, permitir sua exploração, mantendo-se titular daqueles ativos que entendia estratégicos. São válidas as lições de Gaspar Ariño Ortiz sobre a utilização das concessões nesse período:

a tensão entre a urgência de satisfazer as novas necessidades públicas – exigências de uma sociedade progressivamente urbana e industrial – e as concepções ideológicas imperantes de signo liberal será resolvida mediante um mecanismo genial: a concessão administrativa. Na concessão o Estado encontrará uma fórmula que lhe permitirá tornar compatíveis uma e outra postura; de uma parte, se entenderá que o Estado é o titular de ditas atividades; o dominus dos serviços públicos. De outra, se entenderá que o Estado não deve gerir tais serviços diretamente e utilizará a concessão como fórmula-ponte que permitirá dirigir sem geri-los diretamente.³²

E justamente por ter este berço nos anseios da burguesia, esse Estado Liberal privilegiou a autonomia da vontade, o direito à propriedade e a liberdade contratual. Os valores desse período se refeririam muito mais à tutela da liberdade individual do que aos anseios da coletividade. O Estado Liberal, portanto, em linhas mais simples, seria aquele que se caracteriza pela positivação em âmbito Constitucional do Princípio da divisão dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Igualmente teria como valor o respeito ao princípio da legalidade, ou seja, pela submissão da autoridade ao império da lei, pela declaração e garantia dos direitos individuais. E, também como expressão da liberdade, prima pela Supremacia da Constituição,

³⁰ MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 219, p. 101, 1992.

³¹ Conforme sustenta André Ramos Tavares: “Havia a concepção de que ao Estado cumpriria cuidar da ordem pública, proporcionando um aparato policial, defendendo as instituições (prestando Justiça) e protegendo-se contra agressões internacionais. O mercado, por seu turno, deveria desenvolver-se livremente, isto é, sem a interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais não haveria interesse para a iniciativa privada. Não por outro motivo, neste contexto, foi denominado de *État Gendarme*” (TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.47/48.).

³² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2001, p. 491.

que serve de instrumento de regulação das relações entre o Estado e seus cidadãos.³³

Transplantando este pensamento para o Brasil, com um certo atraso, temos, no Brasil Império, o surgimento do primeiro marco legal da concessão, Lei Geral nº 641/1852, que autorizava o Governo Federal a conceder a construção e a exploração de uma ferrovia às províncias do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais.³⁴

Avançando no tempo, essa concepção inicial do Estado é alterada no mundo pelo fim da Primeira Grande Guerra, e com a proclamação das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), consideradas marcos históricos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social³⁵, que impõe uma realidade diferente de o Estado assumir um novo papel, não mais apenas omissivo e amplamente liberal³⁶. Tem espaço a ideia de prestação direta pelo Estado daqueles serviços essenciais e, também de prestação de atividades que antes não estavam em sua esfera de atuação, mas que, com o tempo, foi-se percebendo a ausência de capacidade ou mesmo de interesse de prestação pela iniciativa privada.

A página do liberalismo no Brasil, entretanto, só foi virada no Estado Novo, também com atraso, quando se iniciou uma grande estatização dos serviços públicos e das atividades econômicas no Brasil. Getúlio Vargas e o regime militar, implantado a partir de 1964, tinham em comum a ânsia pelo modelo estatizante, que foi mantido e ampliado, tanto nos serviços públicos, como nas atividades econômicas em geral.³⁷

É neste Estado Social que o Poder Público não apenas passa a se ocupar de atividades eminentemente públicas, que antes não estavam em sua esfera, mas também que o Estado, em especial o Brasileiro, começa a perceber que pode ingressar diretamente em atividades econômicas em que, aparentemente, o setor privado não parecia desempenhar com notável qualidade.

Neste movimento, no Brasil, na Constituição de 1967, pela primeira vez se fala em

³³ SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. *A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de estado social brasileiro*. Dissertação (Mestrado). 2009. Universidade de Ribeirão Preto, São Paulo, 2009, p. 61 e 64.

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 60.

³⁵ SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. *A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de estado social brasileiro*. Dissertação (Mestrado). 2009. Universidade de Ribeirão Preto, São Paulo, 2009, p. 71.

³⁶ Eric Hobsbawm explica o contexto histórico: “O século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas, para manter afastado o perigo interno e externo, o “Estado –guarda-noturno” das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o “guarda – noturno” que inspirou a metáfora.” (HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 143.)

³⁷ SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. Op.cit., p. 67.

empresa pública e sociedade de economia mista, quando fica claro que o controle e a exploração da economia pelo Estado estão de fato incorporados no cotidiano do Brasil. Os grandes mercados passaram a ter a presença maciça do Estado, como petróleo, rodovias, minérios, e etc. A delegação tem sua importância mitigada dentro do cenário administrativo. A concessão perde espaço para a atuação direta do Estado por meio de empresas estatais.

O crescimento do tamanho do Estado e a assunção de atividades muitas vezes sem a capacidade de gestão, ou mesmo de prestação, acabaram por tornar inviável a manutenção de todas essas funções nas mãos do Poder Público. Para Paulo Bonavides, a conquista do Estado Social teria sido difícil, no entanto a conservação de tal modelo seria impossível³⁸. No Brasil um dos principais sintomas da falência desse modelo se deu nos anos 80, quando a onda inflacionária desnudou o cenário deficitário em que caiu o estado empresário brasileiro. É o que esclarece o professor Luis Roberto Barroso:

Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira exibiu insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo – desastrosamente ativo – no campo econômico.³⁹

Justamente nesse contexto o Estado Social passa a dar espaço ao Estado Regulador, quando se percebe ser mais estratégico deixar de empreender para regular. Percebe-se que pode ser economicamente mais inteligente garantir a prestação de serviços e atividades, do que prestá-las diretamente, voltando-se agora, novamente, os olhos aos interesses da iniciativa privada, só que com uma visão diferente daquela utilizada pelo Estado Liberal⁴⁰. Uma onda de privatização de serviços públicos e de atividades econômicas outrora prestados pelo Estado teve início como política de organização dessa nova forma de relacionamento entre Estado e atividades públicas ou privadas.

Nesse Estado Regulador o Poder Público passa a assumir a função de fiscalizar a prestação das atividades, que agora estão sendo prestadas em seu nome pela iniciativa privada. É justamente aqui que os contornos das delegações de serviços públicos, como a concessão,

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 187.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras, Constituição e Transformação do Estado e Legitimidade Democrática*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, pp. 285-311, 2002, p. 289.

⁴⁰ MELO, Thiago Dellazari. *A captura das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do estado regulador*. 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, p. 22.

começam a ganhar espaço novamente, mas com outra roupagem. Nas palavras de Dinorá Grotti:

O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas, a concessão utilizada para diminuir o aparelhamento do Estado, ou seja, com o objetivo de privatizar, é novo.

A modificação das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão, que renasceu com algumas modificações importantes.⁴¹

Observa-se, assim, que, com o passar dos anos e dos períodos históricos, parte-se de um Estado Liberal, que primava pela omissão, para um Estado que passa não apenas a fornecer determinados direitos sociais, mas também a regular e garantir a qualidade de serviços públicos e da exploração econômica de determinadas atividades.

Importante aqui citar a pertinente lição do Professor Alexandre Santos de Aragão, para quem o Estado Social e o Estado Regulador, na verdade, são faces de um mesmo tipo de Estado, qual seja um Estado que tem, na confecção de suas normas, diversas classes e interesses representados, em especial pela inafastabilidade do voto universal na escolha dos representantes da sociedade. Por esta razão, a diferença entre o Estado Social e o Estado Regulador, para o Professor Alexandre dos Santos de Aragão, estaria apenas na intensidade no uso desse ou daquele mecanismo na sua relação com a economia (intervenção direta como agente econômico ou indireta como regulador).⁴²

Este entendimento é digno de nota, pela sutileza do apontamento de que a fonte da forma que Estado assumirá está, de fato, na escolha dos representantes que elaboram as normas. Ainda assim, é inegável a presença, ao menos no Brasil, de um período mais marcado por traços do Estado Social e outro, atual, mais marcado por traços de um Estado Regulador.

A noção francesa de serviço público foi sem qualquer dúvida uma grande referência para os conceitos de serviço público até hoje explorados na nossa doutrina e nos nossos tribunais⁴³. Hoje temos uma noção um pouco diferenciada, que pode ser exemplificada nas

⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38544>. Acesso em: 23 maio 2022.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 49.

⁴³ Não há como falar de concessão e desse Estado Regulador sem novamente trazer à baila o que hodiernamente se entende por serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de Melo dedicou mais de dois terços da obra *Serviço Público e Concessão de Serviço Público* na construção de um conceito de serviços públicos, com interessante recapitulação das ideias dos mesmos doutrinadores franceses citados acima. Perto da conclusão o autor sintetiza esse amadurecimento doutrinário, afirmando que em verdade o Direito Francês sempre destacou três aspectos dos serviços públicos, o subjetivo, que levava em conta a pessoa da Estado na prestação, o objetivo, que seria a atividade de interesse geral, e o formal, que seria o regime especial aplicável a essas atividades, ora enfatizando um ou outro aspecto, a depender da época. O cotejo feito acima já demonstra que apenas o aspecto objetivo seria observado nos serviços aéreos.

lições de Marçal Justem Filho, para quem serviço público é:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.⁴⁴

No entanto, mais relevante para este trabalho do que tratar do conceito em si do que podemos considerar ou não como serviço público, merece realce o movimento feito pelo Estado brasileiro, acompanhando ondas mundiais, de alterar a forma com que se enxergava a prestação desse serviço público até chegar no modelo atual. As nuances desse modelo atual são importantes para a discussão que se pretende travar, já que se alcançou um modelo em que é possível, por meio de instrumentos que tem características específicas, permitir à iniciativa privada a exploração desses serviços públicos, condicionada ao cumprimento de diversas prescrições postas no ordenamento.

O conceito posto acima, retirado da obra do Professor Marçal Justem Filho, é uma concepção sem dúvida contemporânea, e que começa a acolher uma leitura concreta dos serviços públicos em conjunto com as disposições do art. 175 da Constituição Federal, que, não por acaso, está dentro do Livro da Ordem Econômica. O art. 175 deixa claro que para o ingresso da iniciativa privada na exploração de serviços públicos, não há que se falar em liberdade, sendo

Do conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, que entende como serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime total ou parcialmente público”, podemos ter como já abordados pela análise dos conceitos clássicos os aspectos de atribuição dos serviços públicos ao Estado ou mesmo do regime total ou parcialmente público, concluindo-se, com base na não observância desses elementos, pela não configuração dos serviços aéreos como serviços públicos.

Da mesma forma, o conceito amplo de Hely Lopes Meirelles, de que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas de controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” parece tentar estabelecer as balizas daquilo que estaria na esfera de prestação do Poder Público.

Mesma sorte mereceria um cotejo dos serviços aéreos com o conceito, mais completo que os anteriores, de Celso Antônio Bandeira de Melo, que coloca entre os atributos de serviços públicos aqueles típicos de um regime de Direito Público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Uma visão particular e um pouco mais maleável, que afasta a conceituação de serviços públicos da presença de qualquer elemento específico a ser considerado, é a do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau. Para ele não há uma oposição entre atividade econômica e serviço público. O serviço público seria um tipo de atividade econômica, cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. O gênero “atividade econômica” compreenderia duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. A caracterização de uma atividade como serviço público dependeria da sua relação com o interesse social e não propriamente do regime jurídico a que está submetida.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 688.

o ingresso do particular nestas atividades feito na forma da lei, operando-se por autorização, permissão ou concessão. Uma vez ingressando por qualquer dessas formas de delegação, o particular não se transforma em titular, mas desempenha essas atividades em nome do Estado.⁴⁵

A partir desse retrospecto, que desagua no artigo 175 da Constituição Federal, podemos começar a pensar nas bases do instituto da concessão que interessam a este trabalho. Por força da Constituição Federal, então, o particular, naqueles serviços tidos como públicos pela Constituição, só pode agir nos limites da Lei, e nos casos que a lei permite, como, por exemplo, nas hipóteses previstas na Lei Geral de Concessões.

A Constituição já deixa claro que o Direito Público está intrinsecamente ligado ao Direito Privado, havendo uma evidente integração entre eles, permitindo aos particulares o exercício daquelas atividades previstas constitucionalmente para o Estado, no entanto, condicionada, de saída, à previsão legal e a um dos instrumentos de outorga ali previstos: permissão ou concessão.

O art. 175 traduz a lógica desse Estado Regulador, permitindo ao Estado a decisão estratégica, situada no âmbito da política pública, quando do confronto com a inoperância do Poder Público, ou mesmo com o déficit causado pela prestação direta da atividade, decidir onde será investido o dinheiro do Estado e onde a decisão política será no sentido de atrair o interesse e o investimento da iniciativa privada.

Exatamente neste sentido foi editada a Lei nº 8.037/1990, substituída pela Lei nº 9.491/1997, e que versa sobre o Programa Nacional de Desestatização. Esta lei tem por desígnio afastar o Estado da propriedade ou da gestão de atividades econômicas. Trata-se de um dos principais mecanismos de reforma do Estado que tem como principal objetivo reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público (art. 1º, I, Lei nº 9.491/1997).

No corpo dessa lei, em complemento ao artigo 175 da Constituição Federal, está a previsão do art. °, III, que dispõe que poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei, serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização.

Com a Lei nº 8.987/1995 as normas gerais do instituto da concessão passaram a ser

⁴⁵ IWAMOTO, Eduardo. *Concessão do Serviço Público: função social, desenvolvimento e sustentabilidade*. Dissertação (Mestrado). 2009. Curitiba. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2009, p. 28.

legalmente previstas. Na desestatização pelo instrumento de concessões, a pessoa de direito privado passa a ter completa autonomia de gestão do serviço público, conforme conceituação legal prevista no art. 2º, §1º da Lei nº 9.491/1995, o qual prevê que se considera desestatização a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. O professor Egon Bockmann Moreira difere esse tipo de desestatização da desestatização substancial, uma vez que nesta última a própria titularidade passaria à iniciativa privada, ocorrendo a privatização.⁴⁶

Em relação ao instituto da concessão de serviço público, alguns dos seus principais contornos merecem nota, apenas para que a discussão a seguir travada, sobre a sua compatibilidade com a recuperação judicial, possa estar alicerçada em conceitos já expressamente apresentados, valendo também já frisar os aspectos que terão lugar na discussão que se seguirá.

Concessão é uma das três formas de prestação de serviços públicos por terceiros previstas constitucionalmente (permissão, concessão ou autorização), onde é delegada a execução da atividade, com a manutenção da titularidade na esfera do Poder Público, que deve outorgar ao terceiro esse direito de execução.⁴⁷

Essa forma de delegação tem vez em projetos autossustentáveis, que dispensam a participação e gestão do Poder Público⁴⁸. Já de início, então, percebe-se que por consequência de uma política pública que pretende outorgar ao particular o direito de exploração daquela atividade, não se pode imaginar que haja lugar para esta decisão política quando a atividade não se mostrar de fato lucrativa para a iniciativa privada.⁴⁹

Os conceitos de doutrinadores clássicos e renomados conseguem capturar perfeitamente esta ideia, cabendo citar aquele cunhado por José Santos Carvalho Filho, que acaba por resumir o conceito de concessão posto na doutrina e na lei:

⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995* (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-24.

⁴⁷ MARQUES, Fábio Ferraz. *A prestação privada de serviços públicos no Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 23.

⁴⁸ RIBEIRO, Cristina Ignácio Ribeiro. *Concessões de serviços turísticos em áreas protegidas: uma análise da Cachoeira de Morangaba, Jundiaí/SP*. 2014. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de São Carlos. Sorocaba, São Paulo, 2014, p. 65.

⁴⁹ BARROS JÚNIOR, Carlos S. A concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 111, jan/mar. 1973, p. 16.

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente e o executor do serviço, de concessionário.

A Lei no 8.987/1995 também contribuiu para a fixação do perfil da concessão, realçando que se trata de delegação da prestação do serviço feita pelo concedente, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua execução, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 2o, II).

Pelos contornos do instituto, trata-se de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado. Este, porém, decide transferir a execução para particulares, evidentemente sob sua fiscalização. Como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a estes caberá o ônus de remunerá-lo em prol do executor.⁵⁰

A concessão é sempre feita para uma pessoa jurídica ou para um consórcio de pessoas, e precedida de licitação, onde, desde o certame, fica claro que a exploração do serviço se dará por conta e risco do concessionário. Essas duas características serão importantíssimas ao estudo que se pretende entabular. A necessidade de licitação decorre não apenas de disposição expressa da Lei de Concessões, mas também de imposição constitucional, ressaltando-se desde já a preocupação normativa, com foro constitucional, na isonomia de tratamento pelo Estado de todos os eventualmente interessados no ativo.

A licitação, que segue a modalidade de leilão, dá origem a um contrato de concessão, que entre as tantas prescrições legislativas, deverá prever que o concessionário será remunerado pelo pagamento de tarifa, podendo ainda haver a previsão de receitas não tarifárias, remunerações alternativas, desde que previstas no edital e no contrato firmado. Em se tratando de concessões de serviços públicos ou mesmo de concessões de serviços públicos precedida de obra pública, deve-se ter em mente que, por determinação da Lei de Concessões, o contrato firmado entre as partes também é norma cogente entre elas.

Segundo o Professor Pedro Gonçalves:

O contrato de concessão de serviço público consiste no acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa titular de um serviço público atribui a outra pessoa o direito de esta, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir um serviço público, sendo, portanto, um contrato enformado por dois aspectos. De um lado, pelo efeito constitutivo, na medida em que o particular adquire o direito de gerir em seu próprio nome – e não em nome da Administração Pública – um determinado serviço público, por certo período de tempo. Por outro lado, o efeito translativo, na medida em que o direito de gerir em seu próprio nome e os respectivos poderes contidos não nascem *ex abrupto*, sendo objecto de uma mera transferência da

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 706 (e-book).

esfera jurídica da Administração (concedente) para a esfera jurídica do particular (concessionário), existindo uma partilha de responsabilidades entre ambos.⁵¹

Dentro dessa perspectiva de delegação, há verdadeira troca de papéis a partir da assinatura do contrato de concessões. A formalização do contrato amplia a posição jurídica do concessionário e diminui a ingerência do Poder Concedente sobre o objeto da avença. A partir de então a atribuição de cada um frente ao ativo estará estabelecida exclusivamente pelo contrato e pelas normas legais que o regem. Aquele que adquire a responsabilidade de prestar o serviço passa a gerir o negócio por sua conta e risco, devendo a Administração se abster de qualquer intromissão não prevista contratualmente.

Uma das características mais marcantes desses contratos de concessões é o conhecimento pelas partes de boa parte de seus efeitos específicos. A legislação reúne nesses contratos um conjunto de elementos que o diferenciam de todos os demais negócios administrativos. Os requisitos, as partes, a forma, e, principalmente, a disciplina específica desses contratos está prevista em lei, e é de conhecimento das partes de forma integral, ainda no procedimento licitatório. A assinatura do contrato é o que consagra a concessionária como responsável por executar o objeto, exploração do serviço ou do ativo público, com independência.

A Lei nº 8.987/1995 também traz em seu corpo algumas cláusulas obrigatórias ao contrato de concessão, conhecidas por todas as partes que fazem parte da relação contratual, sendo relevante para o estudo a expressa previsão das penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação (art. 23, VIII) como uma das cláusulas essenciais dos contratos de concessão, sendo essa disposição complementada pelo artigo 29 do mesmo diploma legal, que prevê que incumbe ao Poder Concedente a aplicação de tais penalidades frente ao descumprimento contratual.

Por fim, o termo final que se espera para os contratos de concessão é seu término pelo decurso do prazo previsto desde a fase de concorrência. No entanto, já prevendo que a concessão pode não transcorrer de acordo com a expectativa inicial da Administração, há, por lei, necessidade que também conste do contrato outras das formas de extinção, como a encampação e a caducidade, previstas no art. 35 de Lei de Concessões, tendo esta última especial lugar em caso de inexecução total ou parcial do contrato de concessão (art. 38 da Lei nº 8.987/1995).

⁵¹ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 130.

1.3 Conclusão

Da rápida abordagem a respeito da recuperação judicial podemos já extrair uma alteração de perspectiva do Direito Comercial, que, com a Lei de Falências e Recuperações Judiciais hoje em vigor, passou a se preocupar com o futuro da empresa em crise, mas não apenas para resguardar o pagamento dos credores, ou mesmo para conceder uma sobrevida mínima à atividade, como ocorria nos sistemas anteriores. Imbuído da intenção de prestigiar a função social da empresa, busca o diploma legal em vigor sanear as dívidas da devedora, de forma sustentável, com a finalidade de, ao final do processo, permitir a retomada de sua atividade. Trata-se de mudança importante, que será confrontada com a igualmente relevante manutenção da segurança jurídica apta a garantir a atratividade das concessões.

Dentro desse panorama, a marcha processual prevista para a recuperação judicial já aponta algumas características peculiares. Dentre tais características, se destaca o caráter negocial da Recuperação, evidenciado pela necessidade de aprovação do Plano de Recuperação, em regra proposto pela empresa recuperanda, pelos credores arrolados no Quadro-Geral de Credores, consolidado à época de realização da Assembleia-Geral. Aprovação que se dará por consenso ou maioria. Esse aspecto negocial merece realce, principalmente no escopo deste trabalho, por atrair a ideia de que qualquer disposição do Plano de Recuperação, desde que aprovada pela Assembleia, na forma como prevista na LFRE, se tornará mandatória para a devedora recuperanda e para todos os credores arrolados no Quadro, ainda que entre eles esteja figurando a Fazenda Pública. E ainda que entre os créditos estejam algumas obrigações originárias no contrato de concessão.

Outros dois pontos desta marcha processual, que merecem um maior aprofundamento, mas que já apontam para uma demarcação de pontos de solução de eventuais conflitos, são o momento em que o Juízo recuperacional determina o processamento da recuperação judicial e aquele em que há homologação, pelo Juízo, do Plano aprovado pela Assembleia-Geral de Credores. Surge, dessas duas oportunidades, um debate doutrinário sobre a possibilidade de o Juízo sopesar os bens jurídicos eventualmente em conflito e optar por resguardar um deles em detrimento do outro. Esses pontos, como se verá adiante, abrirão espaço para a discussão sobre a possibilidade de correções de ilegalidade ocorridas neste confronto da concessão de serviços públicos com a realidade negocial da Recuperação.

A exposição sobre a visão atual acerca da recuperação judicial, e da forma como como em regra se desenvolve o processo judicial, já nos auxilia em uma primeira identificação de

pontos sensíveis. Da mesma forma, buscou-se com a exposição inicial a respeito da concessão de serviços públicos se demonstrar o enquadramento desta modalidade de descentralização como um importante instrumento utilizado para alteração da posição do Estado frente à prestação de serviços públicos essenciais. Pelo desencadeamento histórico que hoje nos leva a esse Estado Regulador é possível perceber a importância desta Política Pública no combate ao agigantamento do Estado. Da mesma forma pretendeu-se já enumerar alguns dos elementos característicos dessa forma de desestatização, os quais permitem conceder aos investidores a mínima previsibilidade quanto ao desenrolar do contrato.

A necessidade de pontos de solução de conflitos na marcha processual da recuperação judicial é identificada quando pensamos na submissão de uma concessão de serviços públicos, que, como visto, tem em seu nascedouro a preservação do interesse do mercado na prestação do serviço público. Assim, eventual pedido de flexibilização de algumas das balizas legalmente estabelecidas para a concessão, e incorporadas ao contrato de concessão, acaba por clamar por uma solução dentro do processo judicial de recuperação, veículo em que tal pedido, em regra, é formulado.

Traçados esses primeiros aspectos da recuperação judicial e da concessão de serviços públicos, podemos passar a abordar de forma mais específica os pontos onde os conflitos entre essas políticas públicas ficam mais claros quando forçadas a conviver.

2 OS CONTORNOS LEGAIS E O TRATAMENTO DOUTRINÁRIO RESSALTAM CONTRASTES ENTRE CONCESSÃO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Buscar na legislação e na doutrina os principais pontos de contato e de atrito entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos parece ser o início de um bom exercício para se aferir até onde irão os limites na convivência desses dois institutos. Desse primeiro confronto das possíveis incompatibilidades podem já surgir soluções legais para falsas divergência, facilmente dissipadas pela própria norma posta, ou mesmo pela doutrina que aborda a questão.

Uma das principais controvérsias sobre a compatibilidade da recuperação judicial com a concessão de serviço público vem já do questionamento inicial sobre até que ponto os créditos do Poder Concedente perante uma concessionária de serviços públicos poderiam integrar o quadro geral de credores e se submeter, de forma efetiva, ao julgamento de uma Assembleia de Credores no bojo de um procedimento recuperacional.

Como será visto, no caso da recuperação judicial do Grupo Oi, cerca de 15 bilhões, de um total de 65 bilhões das dívidas contraídas pela recuperanda, diziam respeito justamente a multas administrativas aplicadas pela agência setorial. Um dos grandes debates da recuperação dizia respeito justamente à possibilidade de submissão deste passivo, referente à multa administrativa, à recuperação judicial.

A discussão travada na recuperação judicial de Viracopos repete também a alegação de impossibilidade de submissão dos créditos públicos à RJ. Neste caso, fosse reconhecido pelo Poder Judiciário a concursabilidade dos créditos da autarquia, como de fato o foi, esta seria responsável por mais da metade de todos os créditos discutidos em sede de recuperação judicial. Portanto, crucial seria a definição da questão para o correto desenrolar das fases seguintes, em especial da aprovação do Plano em sede de recuperação judicial. Apenas para ilustrar a importância desta questão, apesar de a concessionária ter afirmado que o passivo na recuperação chegaria a R\$ 2.879.963.123,27 (dois bilhões, oitocentos e setenta e nove milhões, novecentos e sessenta e três mil, cento e vinte e três reais e vinte e sete centavos), apenas o valor referente à ANAC, reconhecido após impugnação de crédito, seria referente a R\$ 5.048.777.362,64, tal como definido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo.⁵²

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201- 05.2019.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=DA118C3F65C84A9872B31726BD70D274.cposg7?conversionId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2197201->

Na recuperação judicial de Viracopos, curioso observar que, no valor que integrou o quadro geral de credores, devido à ANAC, não apenas haveria valores referentes a multas aplicadas pela agência por descumprimento contratual ou normas regulatórias, mas foram incluídos, dentre os créditos da agência, valores referentes à contraprestação acordada em leilão para a exploração do ativo concedido. Ou seja, estavam entre os créditos concursais os valores devidos por Viracopos à ANAC a título de outorgas, definidos em procedimento de concorrência pública para a exploração da concessão.

Argumentos favoráveis ou contra à submissão dos créditos públicos ao ambiente negocial de uma recuperação judicial são os mais diversos. Encontrar uma linha condutora para a escolha de uma dessas correntes é determinante para um bem-sucedido desfecho da recuperação judicial.

Neste capítulo passaremos a abordar, então, discussões relevantes sobre as disposições legais a respeito do crédito do Poder Concedente e a possibilidade jurídica de sua submissão à recuperação judicial. Ultrapassando as controvérsias sobre os créditos públicos serão também apresentadas algumas outras dificuldades na submissão de uma concessionária de serviços públicos à recuperação judicial, como, por exemplo, um possível desrespeito ao mandamento constitucional de manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato ou mesmo a indevida interferência em instrumentos de gestão do contrato de concessão, tão caros à efetividade do próprio contrato.

2.1 Barreiras legais para submissão do crédito público à Recuperação Judicial

A concursabilidade de determinado crédito é assunto recorrente em recuperações judiciais, quando mais se temos como credora a Fazenda Pública. O debate ganha mais fôlego quando pensamos em concessionárias de serviços públicos, com créditos majoritariamente públicos detidos pelo Poder Concedente, e que não recebem um tratamento específico na Lei de Falência e Recuperações de Empresa.

O objetivo deste tópico é apresentar os pontos legais de contato entre as concessões de serviços públicos e a recuperação judicial especificamente no que diz respeito aos créditos públicos da concessionária recuperanda. O tempero para a contenda é justamente pensar na hipótese de o Poder Concedente deter boa parte desses créditos, podendo a posição a ser adotada

pelo Juízo recuperacional, no caso concreto, a respeito da submissão ou não dos créditos públicos, ser determinante para o desenrolar das demais fases da Recuperação.

Pensando inicialmente na dogmática que rege essa relação de conflito entre recuperação e concessão, o ponto de partida para interpretarmos o que seria abarcado pela recuperação judicial, quando pensamos em créditos públicos, deve ser retirado da própria norma, mais especificamente do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, que estabelece que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. O Professor Marlon Tomazette esclarece, ao tratar do assunto, que todos os créditos, ainda que não vencidos, se submeteriam, estando o foco da existência calcado no fato gerador dos créditos discutidos.⁵³

A esse respeito, a conclusão alcançada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recursos Especial nº 1863844/RS reforça a amplitude do dispositivo, o qual elucida que também se enquadrariam no art. 49 da Lei nº 11.101/05 os créditos sobre os quais ainda pairam a incerteza de sentença a ser proferida em processos judiciais, referentes a quantias líquidas e que tem seus fatos geradores anteriores à data do pedido.⁵⁴

Descolando, em um primeiro momento, o dispositivo acima dessa relação público vs. privado, fica claro que a norma não faz distinção quanto aos créditos exigíveis ou não exigíveis, como os não vencidos, por exemplo, bastando apenas que existam. Em que pese a própria norma nos brindar também com diversos dispositivos que elencam exceções à abrangência da recuperação judicial, pelas mais diversas justificativas⁵⁵, ainda se pode afirmar que a regra na LRFE é a submissão à recuperação judicial de todos aqueles créditos líquidos com fato gerador anterior ao requerimento formulado pela recuperanda.

Aplicando esta ideia aos créditos públicos, podemos nos deparar então com créditos de uma concessionária já inscritos em dívida ativa e outros que, apesar de existentes, ainda não foram objeto de inscrição.

No tocante aos créditos públicos já inscritos em dívida ativa, podemos pensar também

⁵³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 3, p. 99.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp n. 1.863.844/RS*. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 4/6/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1863844&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

⁵⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 178.

em dois estágios distintos em que se encontram: créditos inscritos e executados e aqueles que ainda pendem do ajuizamento de execução fiscal. Em especial para aqueles créditos públicos inscritos em dívida ativa e já executados, existe disposição expressa na Lei de Falências e recuperação judicial que, em tese, deveria solucionar boa parte dos questionamentos sobre sua inclusão na recuperação judicial. Aqui faz-se referência ao art. 6º da Lei nº 11.101/2005, que, ao tratar dos efeitos do processamento da recuperação judicial, como explicado no Capítulo 1, prevê que as execuções fiscais não têm seu trâmite afetado pela ação, sendo, no entanto, defeso qualquer ato de constrição (§7º-B).

A interpretação parece ser cristalina. Se a própria lei especial, que rege as Recuperações Judiciais, determina que as execuções fiscais não terão seu trâmite afetado pela tentativa de fôlego concedido à empresa, não haveria que se falar em submissão à Assembleia-Geral de Credores, do crédito público inscrito em dívida ativa e executado ao juízo recuperacional. Essa interpretação, inclusive, parece prestigiar expressa disposição da Lei nº 6.830/1980, Lei de Execuções Fiscais, que, nos artigos 5º e 29, prevê competência absoluta do Juízo da Execução Fiscal para processar e julgar dívida ativa.

Reforçando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, confirmou, recentemente, a não submissão dos créditos públicos já executados ao Juízo da Recuperação. Importante destacar que o julgamento a que se fará menção ocorreu em agosto de 2021, ou seja, posteriormente às inovações por que passou a LFRE. No julgamento do Recurso Especial nº 1.931.633/GO, da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma daquela Corte Superior, por unanimidade, decidiu que a leitura do Código Tributário Nacional deveria ser feita em conjunto com a Lei de recuperação judicial e com a Lei de Execuções Fiscais, que não estabeleceu distinção entre a natureza dos créditos que deram ensejo ao ajuizamento do executivo fiscal “para afastá-los dos efeitos do processo de soerguimento”.⁵⁶

O acórdão vai além na discussão da extraconcursalidade do crédito referente a multas aplicadas por agências reguladoras, passando a citar disposições do CTN e da Lei de Execuções que expõem a inexistência de diferenciação entre a natureza dos créditos nestas normas para a retirada destes créditos do julgo do juízo recuperacional.

O raciocínio feito pela decisão do Superior Tribunal de Justiça parte da disposição do

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.931.633/GO*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 9/8/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1931633&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

CTN, que deixa claro que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento (art. 187 do CTN), e passa a analisar que, na Lei de Execuções Fiscais, há disposição no sentido de que a Dívida Ativa da União engloba tanto débitos de natureza tributária quanto aqueles de natureza não tributária (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.830/80), ao mesmo tempo, em que estabelece a competência absoluta do Juízo da Execução Fiscal para “processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública” (art. 5º da Lei nº 6.830/80). Por fim, relembra que a própria Lei de Falências e Recuperação Judicial expõe, no art. 68, a possibilidade de parcelamento dos débitos da recuperanda com a Fazenda Pública na forma da lei.

A conclusão do acórdão lavrado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, caso seja este entendimento sedimentado por aquela Corte, promete colocar fim no debate a respeito da concursabilidade dos créditos das autarquias federais, principalmente pela taxatividade do dispositivo da decisão, que assentou que:

em que pese a dicção aparentemente restritiva da norma do caput do art. 187 do CTN, a interpretação conjugada das demais disposições que regem a cobrança dos créditos da Fazenda Pública insertas na Lei de Execução Fiscal, bem como daquelas integrantes da própria Lei 11.101/05 e da Lei 10.522/02, autorizam a conclusão de que, para fins de não sujeição aos efeitos do plano de recuperação judicial, a natureza tributária ou não tributária do valor devido é irrelevante.⁵⁷

Corroborando com este entendimento ainda o art. 29 da Lei nº 6.830, de 1980, que igualmente prevê que a Dívida Ativa da Fazenda Pública não está sujeita a concurso de credores, habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário e arrolamento. A concordata é aí mencionada por ser o instrumento então posto à disposição dos devedores em opção à falência. Em que pese não haver correspondência entre os institutos da concordata e da recuperação judicial, por tratar o dispositivo da impossibilidade de submissão desses créditos ao concurso de credores, podemos aqui dizer que as disposições se aplicariam também à recuperação judicial, como, aliás, decidido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Note-se, ademais, que o artigo 41 da Lei de Falências e Recuperação Judicial não inclui a Fazenda Pública no rol de credores que compõem a Assembleia-Geral. Assim é que o acurado exame dos quatro incisos que compõem o referido dispositivo revela que apenas os credores do

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.931.633/GO*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 9/8/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1931633&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tiPoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

setor privado, cujos créditos estão sujeitos à disposição e liberalidade do titular, participam da Assembleia Geral de Credores, quais sejam: os trabalhadores, os credores que gozam de garantia real, os credores quirografários e os créditos de micro e pequenas empresas.

A não suspensão das execuções fiscais, independentemente da natureza dos créditos envolvidos, é também defendida pela doutrina, como podemos observar das lições do Professor Marlon Tomazette, para quem:

A ideia aqui é manter os créditos fiscais afastados dos efeitos da recuperação judicial, como determina o art. 187 do Código Tributário Nacional. Ocorre que as execuções fiscais não abrangem apenas créditos de natureza tributária, mas também créditos não tributários, como multas, indenizações e outros. Assim, o prosseguimento das execuções fiscais beneficia não apenas os créditos tributários, mas todos os créditos do poder público que sejam inscritos em dívida ativa e estejam em fase de execução, mesmo que não gozem de maiores privilégios, como o caso das multas.⁵⁸

Importante desde já esclarecer que a disposição que antes falava em “execuções de natureza fiscal” foi retirada da LFRE. O antigo §7º do art. 6º, que antes disciplinava que não seriam suspensas as execuções “de natureza fiscal”, foi substituído pelo §7º-B, o qual agora prevê que a suspensão não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do CPC.

A alteração introduzida no §7º-B parecia ser um prenúncio de uma calmaria sobre a interpretação da disciplina dos créditos inscritos em dívida ativa. Ao mesmo tempo em que a própria lei prevê a suspensão das execuções, esclarece que não serão suspensas as execuções fiscais. A mais recente alteração, inclusive, retira a menção à natureza do crédito que deu origem à execução para evitar que paire qualquer dúvida sobre quais execuções seriam suspensas.

A redação antiga da norma, em que pese já prever a não suspensão das execuções fiscais pelo deferimento do processamento da recuperação judicial, não teria sido suficientemente clara para obstar uma das maiores discussões que ocorreu nos processos recuperacionais utilizados como fonte para esse trabalho. Ainda que a não suspensão das execuções fiscais já estivesse prevista de forma taxativa, por uma interpretação literal do dispositivo anterior, que falava em execuções “de natureza fiscal”, o entendimento dos Juízos que impulsionaram os processos das

⁵⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 3, p. 138.

concessionárias Oi e Viracopos foi no sentido de suspensão, inclusive, das execuções fiscais propostas contra elas, por não terem na origem um débito tributário.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo, confirmando as decisões de primeira instância, entenderam que os créditos da ANATEL e da ANAC, respectivamente, se sujeitariam sim à recuperação judicial, uma vez que a expressão “execuções de natureza fiscal”, antes prevista no §7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, apenas permitiria o prosseguimento do andamento daquelas execuções propostas para cobrança de dívidas originadas de cobrança de tributos. O entendimento dos Tribunais de Justiça que analisaram o caso do Grupo OI e o de Viracopos parece conflitar com o recente julgamento do STJ, especialmente quanto aos débitos sujeitos à inscrição em dívida ativa e aqueles já executados quando do processamento da recuperação judicial.

Especificamente no caso da recuperação judicial do Grupo OI, suprimir do quadro geral de credores os valores devidos ao Poder Concedente já inscritos em dívida ativa, e oriundos de multas aplicadas pela Agência, esvaziaria qualquer possibilidade de recuperação, tendo em vista que boa parte das dívidas da recuperanda era justamente com a Agência Reguladora Setorial. Mesma sorte seguiria a recuperação judicial de Viracopos, uma vez que a empresa imputava à ANAC a responsabilidade pela crise financeira que vivia, causada, segundo a concessionária, pelos pesados compromissos assumidos perante a Agência Reguladora quando da assinatura do contrato de concessão.

Fica evidente que mesmo diante da clareza da norma e da interpretação dos Tribunais Superiores, no sentido de não submissão à falência dos créditos públicos inscritos em Dívida Ativa e já executados, ainda assim o Poder Judiciário foi capaz de flexibilizar, como vem flexibilizando, esse entendimento nos casos de concessionárias de serviços públicos. Nesses casos específicos não apenas houve um afastamento da dicção expressa da norma, mas também a determinação para que as dívidas perante as Agências Setoriais integrassem o quadro geral de credores, incluindo aquelas já executadas pelas autarquias.

Essa primeira ranhura da convivência entre os créditos públicos e a recuperação judicial já seria grave o suficiente a clamar por uma solução para os casos concretos. De um lado tem-se algumas varas especializadas ignorando, como aquelas em que tramitaram os processos da OI e de Viracopos, a determinação de não submissão das execuções fiscais aos efeitos da recuperação judicial. De outro temos o STJ consolidando entendimento no sentido de que sequer as execuções fiscais sem natureza tributária sofreriam os efeitos da recuperação judicial.

Apenas esse panorama inicial sobre discussões a respeito da submissão de créditos públicos a uma recuperação judicial já demonstra que há, na verdade, um campo minado a ser atravessado. A controvérsia sobre tais créditos, no entanto, vai muito além daqueles inscritos em dívida pública e sujeitos à execução fiscal. O corte feito pela Lei de Falência e Recuperação Judicial sobre os créditos por ela abrangidos, “créditos existentes”, supera a questão apresentada até aqui. A abrangência do que pode ser tratado na recuperação judicial atrai ainda a necessidade de análise de cada uma dessas fases do crédito e dos possíveis comportamentos do Juízo, da recuperanda e da Fazenda Pública quanto a eles. É esta discussão que se abre quando pensamos nas diferentes fases do crédito público que acaba por fomentar o conflito entre a concessão e a lógica da Recuperação.

O que observamos das decisões judiciais proferidas dos processos recuperacionais do Grupo OI e de Viracopos é que as conclusões, mais facilmente alcançadas em casos menores envolvendo créditos públicos, foram rapidamente transplantadas para as dúvidas que ali surgiram. A maioria das decisões proferidas nesses processos, especificamente quanto aos créditos públicos, preocupou-se muito pouco, ou quase nada, com questões típicas da concessão de serviço público. Difícil inclusive imaginar que poderia ser diferente, levando-se em conta a especialidade das varas em que correram tais processos e a visão muito diferente daquela das varas federais.

Ocorre, no entanto, que o racional das controvérsias que antecederam tais processos não consegue ser automaticamente aplicado a uma realidade em que o crédito em discussão é uma contrapartida muitas vezes bilionária, devida ao Poder Público, e que foi o preço prometido em troca do direito à exploração do ativo do qual a União detém a titularidade.

Nesse caso, reconhecido o total enquadramento de tais valores à dicção do art. 49 da LRFE, os valores devidos ao Poder Público a título de outorga poderiam ser integralmente flexibilizados no bojo de uma ação de recuperação judicial. Levar esse raciocínio ao extremo poderia sim chegar a uma votação pelos credores que gerasse uma exploração de um ativo da União sem qualquer contrapartida financeira pela concessionária de serviço público. Muitas vezes em ações em que a maioria dos credores sequer conseguem compreender a profundidade e a seriedade do impacto da decisão ali tomada no custo imposto ao Estado. Aqui, mais uma vez, parece que a concursabilidade dos créditos, agora pensando naqueles que tem a natureza de “preço da concessão” ou “valor do contrato” parece não ser tão consentânea com tudo o que o legislador previu para a realidade de uma concessão de serviços.

Não por outro motivo, quando da primeira grande discussão sobre o tema, a Advocacia-Geral da União, órgão que detém a atribuição legal para interpretar as leis no âmbito da Administração Pública e definir os limites das atribuições dos agentes federais, se debruçou sobre a possibilidade de os então representantes da Agência Nacional de Telecomunicações transigirem, na Assembleia-Geral de Credores, sobre os créditos devidos à ANATEL, tendo em vista a inclusão de tais débitos no quadro-geral de credores. O entendimento alcançado na análise da Consultoria-Geral da União não divergiu muito daquele exposto acima, estampado no REsp nº 1.931.633/GO, que ressaltou a impossibilidade de inclusão de tais créditos na recuperação judicial, e ainda frisou a impossibilidade de participação dos agentes públicos ante a indisponibilidade do interesse público, que será aprofundada adiante.

2.2 Conflito entre o Amplo Caráter Negocial da Recuperação Judicial com a Disciplina Legal dos Créditos Públicos

O capítulo anterior tentou já pincelar os dispositivos que versam sobre os créditos públicos e algumas das controvérsias que surgem da própria sujeição de tais créditos ao regime da recuperação judicial. Uma vez ultrapassada a barreira da concursabilidade, e superadas as questões acima, os créditos públicos passariam a integrar o quadro geral de credores. No entanto, várias são as ressalvas que se pretende apresentar sobre a realidade de que o tratamento dado a tais créditos segue exatamente o mesmo do natural caminho de ampla negociação dos créditos que integram uma recuperação judicial.

O caráter amplamente negocial da recuperação é retirado já da norma que rege esse instituto, assim como o caráter soberano das decisões tomadas pelo órgão responsável por decidir o destino da empresa, a Assembleia-Geral de Credores. A sistemática da norma, que coloca para a decisão dos credores o aceite ou não do plano de recuperação apresentado, sempre por maioria, e também define um reduzido espectro de decisão por parte do juiz, já demonstram a liberdade que as partes, em regra, detêm nesse processo. É, inclusive, difícil destacar alguns poucos dispositivos para exemplificar esse caráter negocial da recuperação judicial, sendo, no entanto, fácil de se notar tal característica pela dinâmica dominante na Assembleia-Geral de Credores, que fica evidente nos arts. 35, 38 e 45 da LRF.

Quando falamos em negociação dentro de uma recuperação judicial, não podemos fugir do principal ato em que essa característica aflora, que é a Assembleia Geral de Credores, onde cada credor analisa o próprio interesse na aprovação ou na rejeição do Plano de Recuperação Judicial apresentado pela concessionária. Os artigos citados acima (35, 38 e 45 da Lei nº

11.101/2005) tratam dessa dinâmica de aprovação do Plano, de onde inegavelmente se extrai ser este o momento em que os credores, no exercício da sua liberdade individual, deliberam, de forma discricionária, pela existência de interesse na aprovação do planejamento feito pela recuperanda.

Não por acaso é dominante na doutrina a corrente que sustenta a natureza contratual da recuperação judicial, onde destaca-se a vontade de diversas partes confluindo para o interesse de retirada da empresa da situação de crise, por meio de um negócio jurídico aceito pela devedora e pelos credores e homologado pelo juiz⁵⁹, tese que também é acolhida pela Jurisprudência⁶⁰. Aqui já fica clara a feição do plano de recuperação judicial como sendo um verdadeiro negócio jurídico, uma vez que decorre, de fato, da vontade das partes, que ao menos tiveram a chance de opinar pelo destino de seus créditos.

Não é demais lembrarmos as lições de Francesco Galgano, para quem a essência do negócio jurídico reside em ser uma manifestação ou declaração de vontade explícita ou resultante de um comportamento voltado a um fim para produzir efeitos jurídicos⁶¹. A doutrina nacional, também ressalta a caracterização do negócio jurídico como decorrente da declaração de vontade da parte para um fim específico.⁶²

Mauro Rodrigues Penteadó, se alia à tese de que o Plano de Recuperação Judicial configura de fato um negócio Jurídico, concluindo que:

a nova Lei disciplina um negócio jurídico privado, bilateral porque celebrado por duas partes:

- (i) de um lado o devedor, que apresenta o Plano, e aqui o polo contratual é unisubjetivo, pouco importando o que deve suceder na prática, ou seja, que tal Plano tenha sido estruturado adrede e de comum acordo com seus principais credores;
- (ii) do outro lado, na relação bifronte, com direito e obrigações ditos 'corespectivos', todos os demais credores, num polo que é plurisubjetivo, composto por aqueles que aceitaram a proposta tacitamente ou pelo silêncio, no prazo previsto no art. 55, durante o qual poderiam ter apresentado objeções (art. 111 do CC), ou sujeitos, por força de lei e segundo princípio hoje pouco discutível em matéria empresarial – e os conclaves

⁵⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 3, p. 85.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1631762/SP*, Relatora Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1631762&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

⁶¹ GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 27.

⁶² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v.3, p. 29; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 342; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 477.

de acionistas das S/A fazem prova da asserção – à deliberação majoritária da assembleia-geral de credores.⁶³

Sobre tal característica do processo de recuperação judicial, oportuno se faz transcrever trecho de artigo que discute a autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial:

A razão do arcabouço processual da recuperação judicial é a superação dos obstáculos representados pela livre negociação simultânea com vários credores, cada um deles buscando a satisfação egoística de seus interesses. Em outras palavras, o processo de recuperação judicial é, na verdade, simplesmente um meio, uma ferramenta de construção de uma solução negociada entre devedor e seus credores e, obviamente, de preservação das premissas contratadas. Isso significa que o plano de recuperação judicial, não obstante construído no âmbito de um processo judicial, tem natureza de negócio jurídico celebrado entre devedor e seus credores.⁶⁴

Nesse primeiro confronto da natureza contratual da recuperação judicial⁶⁵, e dos dispositivos que a regem, com as peculiaridades da concessão de serviços públicos, um aspecto sobre a posição da Administração Pública merece ser destacado, e diz respeito justamente à possibilidade real de a Fazenda Pública exercer, de forma plena, essa autonomia de vontade necessária à configuração de negócio jurídico bilateral amplamente aceito pela doutrina. Isso não pode ser ignorado, uma vez que a LRFE coloca a necessidade de consideração dos interesses dos credores como um dos pressupostos da recuperação judicial. Pela dicção do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial tem por objetivo 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.

Por certo quando o citado art. 47 trata de manutenção dos interesses dos credores, não podemos interpretá-lo de forma restritiva. Obviamente o interesse primário de todos os credores que integram uma recuperação judicial diz respeito ao recebimento de 100% dos valores que lhe seriam devidos. Ocorre que mesmo em uma interpretação menos limitante, a leitura mais consentânea com a sistemática estabelecida pela lei é no sentido de que o posicionamento de cada um dos credores será minimamente considerado na decisão final da Assembleia-Geral dos

⁶³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84.

⁶⁴ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge ; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (coords). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier latin, 2013, p.101-114, p.104.

⁶⁵ PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2009, p. 63.

Credores, ainda que o resultado não lhe seja integralmente favorável.

O Professor Justino faz uma leitura do dispositivo que merece nota e se relaciona integralmente ao quanto foi defendido acima. Quando aborda o art. 47 da LRFE, expressamente defende que o dispositivo deixou bem claro o escalonamento dos valores que pretende resguardar, para quem, “mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores’”. Para o autor, esta seria a ordem de prioridade estabelecida pela norma. Mesmo considerando este cenário, não há possibilidade de o interesse de algum dos credores não ser minimamente considerado no complexo emaranhado de atos de uma recuperação judicial. Não é possível incluir nesse universo um credor incapaz de exprimir sua vontade.

Pensando ainda na importância que cada um dos credores deve ter ao processo, Vera Helena Franco e Rachel Sztajn corroboram com a natureza contratual da recuperação judicial, destacando, no entanto, outro traço importante, qual seja a face cooperativa da recuperação judicial⁶⁶, também ressaltada por Jorge Lobo ao afirmar que a LFRE se pauta não pela busca egoística de solução da situação individual de cada credor, mas sim da busca solidária da solução da crise, de forma a causar o menos sacrifício a todos, e priorizando a composição de interesses conflitantes.⁶⁷

E aqui vemos mais um nó a ser desatado por aqueles que se deparam com a utilização da recuperação judicial como possibilidade de soerguimento de uma concessionária de serviços públicos. No que toca os créditos privados e a liberdade quanto à aceitação do que foi proposto pela Recuperanda no Plano de Recuperação Judicial, não há limites impostos aos entes privados para essa negociação. Em posição de extremo oposto quanto à liberdade de atuação na Assembleia-Geral de Credores estão aqueles representantes dos créditos públicos.

O regime jurídico público e da estrita legalidade a que se sujeitam os créditos a que se refere o arts. 1º e 2º da Lei de Execução Fiscal, e art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320, de 1964, traz exatamente a forma como se dará a cobrança dos créditos públicos, sendo este já um primeiro obstáculo para que os créditos, simplesmente porque enumerados pela devedora em sede de recuperação judicial, ignorem integralmente a disciplina legal que lhes é aplicável.

⁶⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234.

⁶⁷ LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenadores: Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 175.

No mais, pensar em um ente público como um possível participante de uma Assembleia-Geral de Credores, sem qualquer ressalva para o papel que ali poderia desempenhar, é ignorar que não há no nosso ordenamento qualquer disposição que permita ao agente público dispor da coisa pública de acordo com a sua própria vontade, e muito menos do erário público, sem que siga os exatos limites estabelecidos pela lei. Os conceitos aqui se aproximam, mas superando a estrita legalidade que rege os créditos públicos, normalmente utilizada em esfera tributária para proteger o particular, estamos falando da indisponibilidade do interesse público, que tem no seu cerne a defesa da coletividade.

É importante já introduzir a ideia de que muito mais do que direito patrimoniais, quando tratamos da impossibilidade de um agente público, ou mesmo de uma assembleia-geral de credores, ingressarem na discussão de quanto pode o Poder Público receber como contrapartida para exploração de um dos seus ativos, estamos tentando antecipar a ideia de que mais do que uma dívida com a Fazenda Pública, a contraprestação devida pela concessionária pela exploração de um ativo licitado é só uma das faces de uma decisão de Governo, tomada como consequência de uma política pública, precedida de um processo de concorrência pública, e com uma normatização muito específica a ser aplicada à empresa, inclusive diante da impossibilidade de adimplemento das suas obrigações.

Assim, ao ente que se depara com um descumprimento de obrigações ou mesmo aplicação de penalidades previstas em um contrato de concessão, há disciplina legal e contratual a ser observada, indo além, inclusive, da disciplina que recai sobre os créditos públicos. E é justamente na preservação da força desse conjunto de normas que surge, também, a indisponibilidade do interesse público.

O Tribunal de Contas da União analisou a questão para definir o papel que o ente público e o seu representante poderiam desempenhar em uma Assembleia-Geral de Credores. Essa análise foi feita na fiscalização da atuação da Agência Nacional de Telecomunicações no processo de recuperação judicial do Grupo Oi. Em julgado que analisou a possibilidade de participação ativa de ente que tem créditos não tributários incluídos no quadro-geral de credores, o TCU, em relatório adotado no julgamento, desceu em detalhes da legislação para assim concluir:

pela real impossibilidade de participação ativa de representantes dos órgãos/entidades públicas titulares de créditos públicos em procedimento de Assembleia-Geral de Credores, por não ser possível transacionarem créditos públicos, ante os princípios da

indisponibilidade do interesse público, legalidade, moralidade e impessoalidade.⁶⁸

A proibição de o administrador dispor sobre crédito público sem expressa previsão legal teria já sido abordada pelo Tribunal de Contas da União, quando o Plenário assentou entendimento de que a indisponibilidade do interesse público, na leitura da corte que detém atribuição de julgar o comportamento de agente público, estabelece que a Administração não tem disponibilidade sobre os interesses da coletividade e do povo em geral confiados à sua guarda. Por esse motivo, de acordo com o entendimento do TCU, não pode o administrador praticar qualquer ato que implique renúncia a direitos do Poder Público.⁶⁹

O professor Marçal Justen Filho ao analisar essa indisponibilidade do interesse público, em franco confronto com a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública, acaba concluir em sentido próximo ao de boa parte da doutrina. Pela tese do Professor Marçal essa indisponibilidade não seria absoluta, mas ocorreria apenas nos termos e limites contemplados pela ordem jurídica. E termina o estudo concluindo que eventual disposição do interesse público, ainda que prevista em norma implícita, necessariamente deve ocorrer como um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos, que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.⁷⁰

Essa conclusão é reforçada por diversos autores que também sustentam uma leitura da indisponibilidade do interesse público de forma menos hermética, e que aceitam uma ponderação da extensão dessa indisponibilidade frente a situações não expressamente defesas pela norma⁷¹. Ainda assim, mesmo aceitando a possibilidade de ponderação quanto à indisponibilidade do interesse público no caso concreto, quando houvesse interesse na transação por parte do Estado, evidente que essa não é hipótese que se aproxima da realidade de uma

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas União. *Acórdão 2880/2018*. Acompanhamento autuado a fim de avaliar a questão relativa à inclusão em plano de recuperação judicial de créditos da Agência Nacional de Telecomunicações decorrentes de multas administrativas impostas pela autarquia a empresas do Grupo Oi. Análise de respostas a diligências. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336344%22>. Acesso em 04 jul. 2022.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas União. *Acórdão 2345/2017*. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgado no dia 18.10.2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2325872/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em 04 jul. 2022.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. Escola Paulista da Magistratura. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 58, p. 79-99, abr./jun. 2021.

⁷¹ BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas do direito administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 201; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 285.

Assembleia-Geral de Credores, que definirá o futuro das dívidas da recuperanda. É certo que qualquer interesse do ente que detém o poder de defender o erário se esvai integralmente quando a submissão do seu crédito pode, por força do funcionamento de um colegiado de credores, ser integralmente modificado.

É justamente esta realidade, que não permite que os gestores públicos disponham das receitas com a mesma liberalidade de que dispõem os credores do setor privado, que é apontada pelo TCU como uma das grandes barreiras à participação das concessionárias de serviços públicos em Recuperações Judiciais. Este entendimento parece, inclusive, ser consentâneo com as disposições do art. 41 da LRF, já que as classes de credores ali previstas não contemplam os créditos públicos, da mesma forma que a jurisprudência já se manifestou em diversas oportunidades para a aplicação da recuperação judicial apenas a créditos privados.⁷²

Neste regime de estrita legalidade, a contribuição possível a ser dada pela Fazenda Pública em sede de recuperação judicial, parece ser o parcelamento desses créditos, nos exatos termos do art. 68 da Lei de Falências e Recuperação Judicial. Eventuais parcelamentos ou condições outras de refinanciamento dos créditos públicos, sejam estes tributários ou não tributários, estão sujeitos ao preceito constitucional da estrita legalidade, o que demanda que tais condições excepcionais ou diferenciadas de pagamento tenham expressa previsão legal.

Essa limitação, imposta pelas normas que regem os créditos públicos, são bem exemplificadas pela Lei nº 10.522/2002, alterada pela Lei nº 14.112/2020, pelo que se passou a prever não apenas a possibilidade de parcelamento, mas também de transação de créditos da Fazenda Pública, em limites e condições expressamente ali previstos.

Da mesma forma, deve ser considerada a previsão da Lei nº 13.988/2020⁷³, e na respectiva regulamentação no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, Portaria AGU nº 249/2020⁷⁴ e Portaria PGF nº 333/2020⁷⁵, no tocante aqueles créditos já inscritos em dívida

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no CC 112.646/DF*, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 11/5/2011, DJE 17/05/2011; *AgRg no EAREsp 543.830/PE*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 10/9/2015; *REsp nº 1.480.559/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 3/2/2015, DJe 30/3/2015.

⁷³ BRASIL. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm#view. Acesso em 04 jul. 2022.

⁷⁴ BRASIL. *Portaria AGU nº 249/2020*. Regulamenta a transação por proposta individual dos créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal e dos créditos cuja cobrança compete à Procuradoria-Geral da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-249-de-8-de-julho-de-2020-265869037>. Acesso em 04 jul. 2022.

⁷⁵ BRASIL. *Portaria PGF nº 333/2020*. Regulamenta a transação por proposta individual dos créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal, conforme previsto na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, e

ativa.

Essa limitação da Fazenda Pública ganhou ainda mais relevo com a alteração introduzida pela Lei nº 14.112/2020. Apesar de a deliberação a respeito do Plano de Recuperação Judicial, na Assembleia-Geral de Credores, ser o momento mais marcante desse caráter negocial da recuperação judicial, um acréscimo à Lei de Falência e Recuperação Judicial, feito pela Lei nº 14.112/2020, incorporou à norma uma necessidade de se prestigiar a conciliação e a mediação. Por esta alteração, pela primeira vez, faz-se menção expressa a conflitos entre concessionárias de serviço público e órgãos públicos, com emblemática menção a órgãos reguladores (Art. 20-B, II, da Lei nº 11.101/2005).

Não é forçado concluir que se trata de alteração feita sob medida, tendo como foco grandes casos levados ao debate no Poder Judiciário na arena de recuperações judiciais, como o do Grupo OI e de Viracopos, por exemplo. Mas, igualmente, sem medo de errar, também é evidente que o remendo na norma suscita ainda mais questionamentos do que os responde.

Não se trata apenas de uma interpretação literal do art. 68 da LFRE, mas sim de uma aplicação de regra clássica de hermenêutica, que determina a necessidade de o intérprete olhar todo o sistema normativo em que a lei está inserida para buscar a verdadeira intenção da norma⁷⁶. E por tudo o que foi dito, é possível defender que diversas disposições da própria LFRE pretenderam retirar do seu bojo de atuação os créditos públicos e ainda, quando previu alguma regulamentação para o tratamento desses créditos, o fez em disposições sobre parcelamento, mediação ou transação, que tem uma disciplina rígida no que diz respeito aos créditos públicos.

Foi esse, aliás, esse o desfecho dos créditos da ANATEL na recuperação judicial do Grupo OI. Após infindáveis discussões sobre qual seria o tratamento devido aos créditos públicos, com inúmeros recursos interpostos pela ANATEL, o Grupo OI requereu o aditamento do plano de recuperação judicial já homologado. Este plano anterior desrespeitava todas as regras específicas que regem os créditos públicos, com possibilidade de parcelamentos e abatimentos sem qualquer previsão legal. O novo plano proposto foi submetido novamente à Assembleia-Geral de Credores, com uma previsão de celebração de transação, na forma prescrita pela Lei nº 13.988/202, no prazo de 180 dias contados da nova homologação do plano.

Portaria AGU nº 249, de 8 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-333-de-9-de-julho-de-2020-266124105>. Acesso em 04 jul. 2022.

⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 291.

A consequência para o descumprimento seria a falência da empresa. O plano foi homologado pelo Juízo no dia 05/10/2020 e a transação entre a ANATEL e o Grupo OI firmada no dia 27/11/2020.⁷⁷

O Plano de Recuperação Judicial do Grupo OI previu ainda uma importante medida de adequação do tratamento até então conferido pelo Juízo às normas que regem os créditos públicos. Além da previsão de transação previu também que os créditos ainda não inscritos em dívida ativa seguiriam a trilha comum para os créditos públicos, com a regular inscrição e o ajuizamento da execução fiscal.

Importante destacar que a “limitação” de observância às normas que regem os créditos públicos não se trata em absoluto em impor à empresa em crise uma situação que dificulte a superação da situação deficitária que se encontra. Uma breve leitura da Lei nº 13.988/2020 já escancara a profundidade da contribuição que pode ser dada pela Fazenda Pública para o soerguimento da empresa. As disposições da norma já permitem: : i) a redução de até cinquenta por cento do valor total dos créditos a serem transacionados, desde que não reduza o montante principal do crédito (art. 11, § 2º, incisos I e II); ii) o parcelamento da dívida em até 84 meses (art. 11, § 2º, inciso III); iii) a concessão de diferimento para o pagamento da segunda parcela após 180 dias, contados da formalização do acordo de transação (art. 24, § 1º, da Portaria-AGU 249/2020); iv) o pagamento de parcelas mediante a conversão em renda de depósitos judiciais vinculados ao crédito objeto da transação (art. 11 da Portaria-AGU 249/2020). Não se trata de pouca coisa, de fato.

Por essa razão adere-se, integralmente, às pertinentes palavras de Marcos de Barros Lisboa sobre a contribuição do papel da Fazenda Pública em sede de recuperação judicial:

Embora seja o único credor que não participa da Assembleia Geral de Credores e não se submete ao plano de recuperação, o Fisco colabora com a recuperação da empresa mediante o parcelamento dos créditos tributários. A determinação para que as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal estabeleçam critérios para o parcelamento das dívidas tributárias é peça que faltava para que as empresas em recuperação judicial tivessem um tratamento abrangente em relação aos seus créditos. Devido às dificuldades técnicas e operacionais de acompanhar de perto o pagamento de tributos de todas as empresas, o Fisco é normalmente um dos principais credores das empresas em dificuldades financeiras no Brasil. Logo, uma recuperação judicial que não contemplasse o Fisco seria incompleta e ineficiente. Mas, por outro lado, as Fazendas Públicas não têm poder para constituir um representante na Assembleia de

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1161/2022*. Acompanhamento dos créditos da Anatel, representados pelas multas impostas pela autarquia federal ao Grupo Oi, nos autos do processo de recuperação judicial em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro-RJ. Plenário. Relator Ministro Jorge Oliveira. Julgado no dia 25.05.2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2534428%22>. Acesso em 04 jul. 2022.

Geral de Credores, pela ausência de faculdade de negociar os créditos públicos. A saída encontrada foi, então, determinar que as Receitas de cada ente federativo criem regras específicas sobre parcelamento de dívidas tributárias para empresas em recuperação de empresas. Dessa forma, a contribuição do Fisco acontecerá de forma automática, estabelecendo uma dilação dos prazos para pagamento, aliviando as necessidades de fluxo de caixa da empresa e propiciando a regularização de sua situação fiscal.⁷⁸

Mais uma vez não se pode perder de vista o inegável raciocínio que uma análise sistemática da legislação nos permite. Ao mesmo tempo que a LRFE prevê que as execuções fiscais não serão paralisadas com o processamento das recuperações judiciais, prevê também que os valores discutidos em execuções judiciais poderão ser objeto de parcelamento específico. Paralelamente a isso, a Lei nº 13.988/2020 prevê a possibilidade de parcelamento de tais débitos, fechando-se, assim, um ciclo perfeito para os créditos públicos. Trata-se de uma interpretação não apenas consentânea com boas práticas interpretativas, que busca a consideração de todas as disposições legais que disciplinam o assunto, mas também aquela que garante à empresa em situação de crise uma possibilidade objetivamente exigível quanto ao comportamento da Fazenda Pública. Prestigia-se, ainda, total respeito ao interesse público, uma vez que sua disponibilidade passa a ser amparada por norma que expressamente prevê seus limites.

Ainda que não seja determinante para a conclusão alcançada, cabe o registro de que esses foram os argumentos do Tribunal de Contas da União quando entendeu pela regularidade do comportamento da ANATEL durante todo o processo de recuperação judicial, em especial no que diz respeito ao trato com os créditos públicos⁷⁹. O órgão responsável por se posicionar sobre a forma como os agente lidaram com o crédito público durante toda a recuperação judicial não apenas endossaram as teses que pretendiam garantir um tratamento diferenciado ao crédito público, mas também a final solução para que os créditos ali discutido fossem levados à transação, nos termos da lei específica que a rege.

Infelizmente, essa interpretação que se encaixa perfeitamente à definição do destino dos créditos públicos dentro de uma recuperação judicial não é capaz de solucionar todas as controvérsias sobre tais créditos. O casamento do art. 68 da LRFE com as leis e

⁷⁸ LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 11. In TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 2880/2018*. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1161/2022*. Acompanhamento dos créditos da Anatel, representados pelas multas impostas pela autarquia federal ao Grupo Oi, nos autos do processo de recuperação judicial em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro-RJ. Plenário. Relator Ministro Jorge Oliveira. Julgado no dia 25.05.2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2534428%22>. Acesso em 04 jul. 2022.

regulamentações específicas sobre a transação mantém sem resposta questionamento sobre qual seria então o tratamento adequado a ser dado aos créditos não inscritos em dívida ativa e já considerados “existentes” na data de requerimento da recuperação judicial.

Voltando novamente a discussão ao contrato de concessão, essa leitura conjunta do art. 68 com as possibilidades legais de disposição pela Fazenda dos créditos públicos não consegue definir um possível destino para aqueles créditos já devidos por força de um contrato de concessão, mas ainda não vencidos, como as próprias outorgas devidas pela concessionária ao Poder Concedente. Para esses se faz necessária uma análise mais detida dos instrumentos legalmente previstos no contrato de concessão que podem auxiliar na escolha de um instrumento válido e legalmente previsto, como forma de se verificar até que ponto o procedimento da recuperação judicial poderia ser aplicável sem qualquer ressalva.

2.3 Disposições Legais Colocam em Xequê a Possibilidade de Sujeição de Valores Devidos a Título de Outorgas a uma Recuperação Judicial

No tocante aos créditos inscritos em dívida ativa restou claro que a opção feita pelo legislador, quando lidas em conjunto todas as normas que versam sobre tais créditos, foi no sentido de que é sim possível se dispor deles no bojo de uma recuperação judicial, na estrita forma da lei, como na transação. Quanto aos créditos não inscritos, como aqueles devidos pela concessionária a título de outorga, é possível, da mesma forma, notar que a ampla sujeição de tais créditos à vontade da Assembleia-Geral de Credores parece não se coadunar com os comandos da lei que rege as concessões, como se passa a demonstrar.

Voltando o foco da polêmica sobre submissão de créditos públicos à recuperação judicial para a realidade de um contrato de concessão, não podemos perder de vista que uma das cláusulas que obrigatoriamente consta nesses contratos firmados pelo Poder Público decorre do art. 9º da Lei nº 8.987/2005, pela qual a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação. Os artigos 14 e 15 da Lei também evidenciam a previsão de contrapartida pecuniária, por parte da concessionária de serviços públicos ao Poder Concedente. Igualmente trazem ao ordenamento jurídico a obrigatoriedade de prévia licitação à assinatura do contrato, assim como um julgamento pelo maior lance dentre aqueles ofertados pelos interessados em explorar o ativo da União, que outorgará, com a contrapartida financeira, a exploração ao particular vencedor do leilão.

Nesta necessária contrapartida financeira reside outro gigantesco impasse sobre o tratamento dos créditos públicos dentro de uma recuperação judicial, levando-se em conta

aqueles que tem origem em um contrato de concessão. Pela literalidade do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005 todos os créditos existentes, ainda que não vencidos, integrariam a recuperação judicial. Esse entendimento foi acolhido por decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu que os créditos referentes à contrapartida financeira devida por Viracopos à ANAC, pelos próximos ainda vindouros 20 anos de validade do contrato de concessão firmado, deveriam integrar os débitos da respectiva recuperanda, uma vez serem líquidos e decorrentes de fato gerador ocorrido previamente ao requerimento formulado pela concessionária.⁸⁰

Esta decisão foi proferida monocraticamente em julgamento de incidente de impugnação de crédito proposto pela ANAC. Curioso que o mérito deste Agravo de Instrumento não foi julgado. No entanto, demonstrou o Poder Judiciário nessa oportunidade que o art. 49 poderia sim ser aplicado aos débitos referentes ao contrato de concessão, devendo ser incluído entre os créditos submetidos à assembleia-geral todo o valor referente à toda concessão, já que o fato gerador de tais créditos, a assinatura do contrato de concessão, teria ocorrido antes da propositura da ação.

Em outras palavras, em uma das raras oportunidades em que o Poder Judiciário pôde se manifestar sobre a questão, o entendimento foi no sentido de que não apenas os créditos públicos originários do contrato de concessão se submeteriam à recuperação judicial, por não haver qualquer proibição expressa nesse sentido, mas também deveria ser considerada a totalidade do crédito para todo o período da concessão. Curioso que nesse julgado o Ilustre Relator foi contra a jurisprudência do STJ citada anteriormente, e afirmou que a dívida não tributária, que é o caso das outorgas, não seguiria a sorte da exceção que a retira do concurso de credores, como determina o art. 187 do CTN. Por outro lado, acolheu para todo o valor contratado pela Administração a tese do fato consumado, afirmando textualmente que o valor da outorga e os critérios de cálculo foram estabelecidos já no momento da assinatura do contrato

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201-05.2019.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 16/09/2019. Publicado em 18/09/2019. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2197201-05.2019.8.26.0000&cdProcesso=RI005D5A20000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&tiket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJZ2vIrbcsrBEUDLaumPOrBuOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIso0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKktZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZXcf7sTwdZFKrdezJVBCqSomGF9CyDxuBc%2FobzKxjPviwIx153wBcG9kpJ%2FImlTh15u1zKLzucBNIXyEEgDS8%3D>. Acesso em 04 jul. 2020.

e, portanto, anteriormente à propositura da ação, como previsto no art. 49 da Lei nº 11.101/05.⁸¹

O julgado acima foi perfeitamente motivado e fundamentado em precedentes anteriores, tanto em diversos julgados próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, como no caso do Grupo OI. Todas as decisões anteriores ali invocadas tratavam apenas de multas, como provocação à análise de possibilidade de inclusão de créditos não tributários. Por óbvio, o maior número de precedentes, e, também de obras doutrinárias específicas que versam sobre a concursabilidade de créditos públicos, são comumente voltadas para a multa administrativa. Deve-se isso à repetitiva submissão aos tribunais das mesmas questões ou mesmo de expressa abordagem legislativa desse ponto. Entretanto, a maior inquietude afeta ao objeto deste trabalho, a respeito da aceitação de créditos públicos com origem no contrato de concessão como integrantes da recuperação judicial vem não da multa, mas sim do questionamento que passa a surgir sobre qual então poderia ser o destino de tal dívida no bojo de uma recuperação judicial, o que vai muito além da multa.

A flexibilização das obrigações assumidas por uma concessionária de serviço público parece também apresentar uma incongruência com a opção feita pelo legislador no atual modelo de concessão. Essa incongruência fica mais clara quando a concessionária pretende fazer constar nos créditos integrantes da recuperação judicial aqueles que dizem respeito às obrigações principais do contrato, como, por exemplo, aquelas referentes à contrapartida financeira devida ao Poder Concedente pela exploração do serviço público ou da infraestrutura.

Tentando aqui, mais uma vez, trazer o foco do trabalho para o objetivo deste capítulo, que é colocar luz em eventuais conflitos entre as normas que disciplinam os dois institutos, no que diz respeito à possibilidade de flexibilização das obrigações financeiras assumidas pela devedora com a assinatura do contrato de concessão, em sede de recuperação judicial, não se pode esquecer a dicção do art. 50 da LFRE, que prevê diversas formas de a recuperanda tentar encontrar uma saída para a crise que assola a empresa. Ganha destaque, no que diz respeito à

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201-05.2019.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 16/09/2019. Publicado em 18/09/2019. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2197201-05.2019.8.26.0000&cdProcesso=RI005D5A20000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJZ2vIrbcsrBEUDLaumPOrBuOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIso0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL8InfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZXcf7sTwdZFkrdezJVBCQSomGF9CyDxuBc%2FobzKxjPviwIx153wBcGb9kpJ%2FImlTh15u1zKLzucBNIXyEEgDS8%3D>. Acesso em 04 jul. 2020.

flexibilização de obrigações, o inciso I do artigo, que prevê como meio de recuperação judicial a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas, desde que observada a legislação pertinente de cada caso.

A parte final do dispositivo, “observada a legislação pertinente de cada caso”, merece ser realçada, porque é ponto fulcral de qualquer estudo que pretenda analisar a viabilidade de inclusão de outorgas de concessão no plano de recuperação judicial. Já que qualquer flexibilização requerida e deferida em sede de recuperação judicial deve, necessariamente, observar os limites que a lei impõe em cada caso, cumpre aqui verificarmos se há, no plexo normativo que rege as concessões de serviços públicos, disposições capazes de elidir de plano o cabimento de submissão das outorgas ao juízo recuperacional.

A primeira dificuldade que se aponta vem da própria natureza mutável de um contrato de concessão⁸², incompatível com o estabelecimento de regras e valores para pagamento de outorgas que não comportem adequação no decorrer do tempo e de acordo com a longa vida do contrato de concessão, que pode chegar a 35 anos. Pondera-se aqui a impossibilidade de a Administração Pública ficar presa ao que for definido pela Assembleia-Geral de Credores, uma vez que sequer o valor originário poderia ser considerável imutável.

Exemplificando a discussão em números, pensemos na situação hipotética em que determinada concessionária se sagrou vencedora de um leilão com um lance de 70 milhões de reais para ter direito à exploração econômica do ativo licitado. O direito de outorga, neste caso hipotético, de acordo com as normas estabelecidas no edital e no contrato de concessão, estaria condicionado ao pagamento de 2 milhões anuais ao Poder Concedente, pelo prazo de 35 anos. Esse valor de 70 milhões de reais, dividido em 35 parcelas de 2 milhões, seria, portanto, um valor líquido e existente desde o momento em que o contrato de concessão foi assinado, e, por uma leitura simplista do art. 49 da LRF, sujeito à recuperação judicial.

Nesse caso, uma hipotética sujeição dos créditos a uma Assembleia-Geral de Credores em que o Poder Concedente não seja majoritário, poderia, por força art. 50, I, da LRF, dar azo à redução desse valor, sem qualquer limite expresso previsto em lei. Em que pese haver jurisprudência limitando esse deságio a 50%, há inúmeros casos em que esse patamar e desconto, já muito alto, sequer é respeitado⁸³. O mesmo poderia ocorrer, por exemplo, no que

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 100.

⁸³ BACELO, Joice. TJ-SP aprova recuperações com grande deságio e juros reduzidos. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://lopescastelo.adv.br/tj-sp-aprova-recuperacoes-com-grande-desagio-e-juros-reduzidos/>. Acesso em 02 jul. 2022.

diz respeito à forma de pagamento. Nesse caso hipotético, em qualquer das situações narradas, haveria substancial alteração do compromisso de uma das partes, da concessionária de serviços públicos, sem possibilidade de ajustes por Parte do Poder Concedente das balizas do contrato.

Sem ingressar profundamente em disposições específicas das concessões de serviços públicos, é notório que um dos traços marcantes desse tipo de avença entre o Poder Público e o particular é o compromisso, previsto na Lei de Concessões, de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante todo o período de duração do contrato. A necessidade de manutenção dessa equivalência de prestações das partes está prevista em diversos dispositivos da Lei de Concessões (art. 9º, §§ 2º e 4º; art. 10) e tem sede na constitucional previsão de necessidade de manutenção das condições da proposta formulada na concorrência pública (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

De acordo com os ensinamentos do Professor Flávio de Amaral Garcia, esse equilíbrio seria uma relação de equivalência que se constitui de forma objetiva com a assinatura do contrato, a partir de uma delimitação, naquele momento, dos encargos assumidos e da remuneração proposta pelo particular que se dispõe a executar tais encargos⁸⁴. Mais do que um direito, é dever das partes a busca constante pela manutenção desse status de equilíbrio, sempre considerando o compromisso firmado no início da vida da concessão.⁸⁵

Da mesma forma como é pacífico na doutrina e jurisprudência a necessidade de manutenção da equação econômico-financeira do contrato, também é pacífico que tal necessidade socorre ambas as partes do contrato de concessão. A necessidade de manutenção dessa equação inicial tem como consequência a impossibilidade de manutenção de apenas um dos ângulos da relação contratual. A alteração de um dos ângulos, qualquer que seja ele, deve necessariamente corresponder à alteração do outro.

Marçal Justen Filho nos auxilia na percepção da profundidade do conceito de equilíbrio econômico-financeiro, ao sustentar que não apenas se refere ao valor a ser pago, mas também ao prazo estipulado para pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outro encargo que a avença possa produzir. Em outras palavras, se qualquer um desses aspectos for unilateralmente alterado por uma das partes, sem previsão contratual para tanto, tem a outra parte direito à recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato⁸⁶. Desta forma,

⁸⁴ GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Jus Podium, 2021, p.204.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 672.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

uma decisão da Assembleia-Geral de Credores que impactasse, de qualquer maneira, a prestação a ser paga pela concessionária, necessariamente demandaria a readequação do equilíbrio contratual.

E não é apenas esse o reflexo direto de uma sujeição de créditos de outorgas devidas pela exploração de uma concessão de serviço à deliberação dentro de uma recuperação judicial. Uma vez concedidos abatimentos e parcelamentos, os créditos, necessariamente, devem ser pagos na forma estabelecida no plano de recuperação judicial homologado pelo Juízo. Ou seja, no caso hipotético como aquele narrado acima, uma vez decidido pela Assembleia que a dívida do credor público seria paga em 35 prestações de 1 milhão de reais, e não mais em 35 prestações de 2 milhões de reais, esse passaria a ser o valor devido pela exploração do ativo. Esta foto da dívida seria congelada no tempo, por ser fruto da decisão soberana da Assembleia-Geral de Credores.

Este pensamento decorre diretamente do art. 59 da LFRE, que determina que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos e ainda prevê no parágrafo §1º que a decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, ou seja, o fato ou negócio jurídico que deu origem à dívida incluída no plano passa a dar lugar a uma nova obrigação.

Das lições de Gladston Mamede extrai-se que a decisão judicial concessiva da recuperação judicial tem um assombroso poder de constituir um cenário totalmente diverso daquele anterior. A situação passa a corresponder à estrutura construída no respectivo plano recuperatório: de alterações mínimas a alterações radicais, com validade *ex nunc*, implicando novação dos créditos anteriores ao pedido e obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos.⁸⁷

Esse congelamento da dívida, do quadro contratual, no momento da realização da Assembleia-Geral de Credores, desconsidera que aqueles valores devidos a título de outorga, assim como a forma de pagamento, também estão sujeitos a diversas intempéries que podem ocorrer no longo curso de um contrato de concessão, que são impossíveis de serem previstas pelas partes e que podem impactar diretamente no valor a ser pago e na forma que deve ser paga. O congelamento do cenário, essa novação, impediria que as partes de forma concreta buscassem a recomposição por esses eventos imprevisíveis, já que os valores estariam definidos

⁸⁷ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro. Falência e recuperação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 209.

e constantes em um título executivo extrajudicial e não mais dentro de uma sistemática do contrato de concessão.

E não é demais recordar que o contrato estará sempre sujeito a essas situações, como em casos em que nos deparamos com fatos enquadrados na Teoria da Imprevisão, Fato do Príncipe ou força maior. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, naturalmente as prestações recíprocas poderiam/deveriam ser repactuadas, isso em um cenário ordinário que se espera de uma concessão de serviços públicos. Em uma realidade em que os valores estão definidos por uma Assembleia-Geral de Credores, no bojo de uma recuperação judicial, seria infundável a discussão sobre a possibilidade de a Administração rever a decisão homologatória do Juízo para revisitar as balizas econômicas do contrato na ocorrência de um desses eventos imprevisíveis.

Além disso, hoje está pacificada a possibilidade de expressa repartição dos riscos da concessão entre Poder Concedente e a concessionária que explorará o serviço público, de forma equânime, no contrato de concessão. Antes essa repartição de riscos era feita por uma construção jurídica, que sustentava que os procedimentos previstos na Lei nº 11.079/2004, instituidora de normas para licitação e contratação de parceria público-privada, poderiam também ser aplicadas às concessões. E consta naquela lei a expressa diretriz de repartição objetiva de riscos entre as partes (Arts. 4º, VI e 5º, III). Em normas de alguns setores da economia, como da aviação, essa integração das normas foi expressamente determinada por Decreto⁸⁸. Após a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2019, essa construção, no entanto, já não mais é necessária, já que a nova lei, aplicável à concessão (art. 186), além de prever como cláusula necessária de todo contrato a matriz de risco (art. 92, IX), também destrinchou em diversos dispositivos o que poderia ou deveria conter em tal cláusula (art. 6º, XXVII; art. 22, §§ 2º e 4º).

Enfim, a possibilidade de repartição de riscos é hoje uma realidade observada nos contratos de concessão. Eventual risco atribuído à concessionária, como, por exemplo, o descumprimento de uma obrigação contratual de construir determinada estrutura, pode sim gerar um gatilho que obrigue as partes a voltar o contrato para a equação econômico-financeira original. Um caso como esse poderia ensejar a necessidade de as partes reequilibrarem o contrato em favor do Poder Concedente, resultando, inclusive, na necessidade de majoração da outorga devida. Ocorre que essa obrigação legal de reequilíbrio, decorrente da Lei de

⁸⁸ BRASIL. *Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011*. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7624.htm. Acesso em 04 jul. 2022.

Concessões, da Lei de Licitações, e com origem constitucional, não poderia ser exercida em caso de submissão das outorgas à Assembleia-Geral de Credores, já que teria ali se operado a novação das obrigações previstas em contrato nas obrigações previstas no plano, com a homologação do plano pelo Juízo. Exatamente nesse mesmo sentido defende o Professor Marçal, para quem a outorga deve incorporar a ideia de mutabilidade e adequação, evitando ao máximo consagrar soluções inflexíveis.⁸⁹

Assim, tomando-se a mutabilidade do contrato de concessão como uma de suas características mais peculiares, e observando a necessidade de manutenção constante da equivalência entre as prestações das partes durante a vigência do contrato, de pronto parece ser já inaceitável o estabelecimento, por meio de uma Assembleia-Geral de Credores, do valor a ser pago ao Poder Concedente durante toda a validade da concessão ou mesmo da forma de pagamento, sem que qualquer ajuste possa ser feito pela outra parte da avença.

Além do reflexo na necessidade perene de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante todo o período de vigência do contrato, a origem em uma licitação também atrai outra incongruência jurídica na aceitação da recuperação judicial à concessão de serviços públicos, que diz respeito às condições alcançadas pelo certame.

A necessária origem do contrato em prévia licitação à concessão, aliás, não é uma decisão discricionária da Administração. Trata-se de previsão da Lei nº 8.987/1995, que em seu artigo 2º, já ao conceituar o instituto da concessão e da concessão precedida de obra pública, determina de pronto a realização de concorrência para a delegação da exploração do serviço público ao particular. Disposição repetida também no art. 14 da norma.

A preocupação traduzida na Lei tem origem na Constituição Federal, uma vez que o art. 175, berço constitucional da concessão de serviços públicos, é claro ao afirmar que a permissão e a concessão poderão ser outorgadas *sempre através de licitação*. É digno de nota que a Lei nº 9.491/1997, que disciplina aspectos do Programa Nacional de Desestatização, prevê ainda a possibilidade de realização da modalidade de leilão para cumprimento da determinação constitucional (art. 2º, §4º).

Dessa previsão legislativa, a respeito da necessidade de escolha da concessionária por meio de um procedimento legalmente estabelecido, já se extrai a preocupação do Estado, desde o nascedouro da concessão, com a isonomia de tratamento que o Poder Público deve conceder

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

a todos os interessados capazes de assumir a exploração do ativo. Mais do que uma homenagem à isonomia com que a Administração deve tratar os particulares, se trata de buscar a forma mais vantajosa para se implementar a política pública estabelecida pelo Estado.

Ultrapassando a ideia dos créditos públicos, deve-se ter em mente que a concessão do serviço público não é um mero contrato administrativo, uma vez que inserido em um contexto de decisão de política pública, em que a vantajosidade da contratação perpassa pelo preço que será arrecado em eventual transferência da atividade para a iniciativa privada, assim como a programação de receita gerada pela exploração do ativo durante todo o período de duração da concessão.

É isso que se extrai do primeiro artigo da Lei que rege o Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/1997), quando expressamente sustenta que um dos objetivos fundamentais do programa é contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida. Mais uma vez invocando as palavras do Professor Marçal, a licitação tem que ser compatível com as políticas econômicas do Estado⁹⁰. Também por isso, apenas o ente formulador das políticas públicas é capaz de compreender a compatibilidade das políticas públicas pretendidas, atribuindo a elas a configuração das obrigações contratuais correspondentes.

Evidente, assim, que o contrato de concessão incorpora em suas cláusulas e obrigações reciprocamente previstas, o plano de governo e a concretização de uma Política Pública planejada. O Professor Egon Bockmann Moreira é cirúrgico, inclusive, ao afirmar que os contratos de logo prazo, como a concessão, passaram a autorizar o planejamento estatal já no bojo desses contratos⁹¹, sendo um claro instrumento de políticas públicas estabelecidas. Entregar qualquer desses aspectos à decisão da Assembleia-Geral de Credores desconfigura integralmente a intenção da norma de conferir ao Poder Concedente as prerrogativas de definição de todas os detalhes do desenho da política pública.

Voltando à tentativa de externar as fissuras da convivência entre concessão e recuperação judicial, há ainda outra preocupação quando aceita a tese de que as outorgas devidas pela exploração do ativo, e definidas por meio de um procedimento prévio licitatório, poderiam ser flexibilizadas dentro de uma recuperação judicial. Essa ampla aceitação permitiria

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 197.

⁹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.). *Estudos de Contratação Pública*. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 12.

que a empresa em crise, vencedora da licitação, logo no início do curso de uma concessão lograsse a diminuição das obrigações assumidas perante o Poder Concedente por decisão da Assembleia-Geral de Credores. Além dos descompassos já destacados, essa situação ocorreria em flagrante desconsideração das empresas que participaram do certame que deu origem à concessão.

A atenção já não mais se volta apenas à indesejada flexibilização das regras referentes à outorga, nem mesmo à desastrosa desconfiguração de uma política pública por uma Assembleia de Credores. Outro grande foco de preocupação quanto ao entendimento de submissão de concessões ao serviço público ao alvedrio de uma Assembleia Geral de Credores diz respeito ao instituto da licitação, que passa a ser ignorado integralmente e submetido à solução mais vantajosa aos credores da recuperação judicial.

A aceitação da inclusão do preço pago no leilão na recuperação judicial pode levar a uma realidade, não improvável, onde qualquer empresa com condições de habilitação passe a ofertar lances de forma imprudente, apenas para garantir que se sagre vencedora. Ante uma dificuldade financeira já esperada, bastaria a vencedora, então, submeter a concessionária à recuperação judicial, para rediscussão de obrigações previamente conhecidas e aceitas por todos os licitantes. Eventual situação de crise poderia ter origem na execução das obras ou serviços contratados, ou mesmo em equivocada avaliação do ativo ou serviço por parte da empresa, por culpa exclusiva da recuperanda concessionária.

Todas essas situações, que desvirtuam a equação econômico-financeira, e desrespeitam o crivo feito pelo procedimento licitatório, impactam de forma indesejada na isonomia que se busca em uma licitação. Neste ponto, verifica-se já de plano desrespeito à disposição do art. 14 da Lei nº 8.987/1995, que prevê expressamente a igualdade e a vinculação ao instrumento convocatório como de observância obrigatória nas licitações que antecedem a concessão.

O desenho feito pelo legislador da licitação para a concessão de um serviço público parece não gerar questionamentos. Primeiro há uma decisão política de transferência da prestação do serviço da esfera pública para a esfera privada. Posteriormente há uma definição das qualidades técnicas dos licitantes que se pretende alcançar e, também das características do serviço que deve ser prestado. Os documentos da licitação expõem ali todo o regramento da licitação e da futura contratação. E, por fim, os particulares com capacidade técnica e econômica concorrem pelo objeto, de forma isonômica.

Direcionando o foco para a discussão não apenas para o procedimento em si, mas para todos os interesses tutelados por ele, deve-se sempre ter em mente que não apenas os contornos da política pública definida pelo Estado estão moldados nos documentos que compõem a licitação. Também os interesses de todos aqueles que pretendem concorrer pelo objeto licitado, de forma isonômica, estão tutelados pelo procedimento licitatório. Pegando de empréstimo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo, a exigência de licitação se dispõe a colocar todos os particulares interessados em igualdade de condições. O instituto da licitação, portanto, não tem apenas origem nos interesses do Estado, “mas também encarece interesses dos particulares em face deles”⁹². O amparo que o Princípio da Isonomia confere a todos os interessados se justifica por colocar todos os interessados, e tecnicamente capazes, em pé de igualdade.⁹³

Uma clara burla ao mandamento constitucional que exige, ao mesmo tempo, que seja assegurada a igualdade de condições, assim como a manutenção das condições efetivas da proposta, parece ser a possibilidade de que o vencedor do certame que lhe conferiu o direito de explorar economicamente a prestação do serviço altere, unilateralmente, as previsões do contrato de concessão, sem que a Administração possa lançar mão dos instrumentos de reequilíbrio da equação econômico-financeira previstos no contrato. Pior cenário verifica-se ainda da possibilidade de isso ocorrer logo nos primeiros anos da concessão, em flagrante prejuízo dos demais licitantes que poderiam ter cumprido integralmente as obrigações ali previstas.

Vimos já um possível confronto da utilização da recuperação em sede de concessão com a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Vimos, também, um possível desvirtuamento da política pública estabelecida pelo Estado. E, por fim, um incentivo à burla à licitação, em ofensa à isonomia. A burla à isonomia, no entanto, não parece estar presente apenas na desconsideração do procedimento licitatório prévio. O privilégio concedido à recuperanda de aceitação de submissão à Recuperação, em detrimento de todos aqueles que participaram do certame, fica evidente também quando ignorado, de forma casuísticas, outras obrigações contratuais. É neste campo que se enquadra a necessidade prevista expressamente no regramento específico de manutenção da saúde financeira da empresa concessionária durante todo o período de duração do contrato de concessão.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87.

⁹³ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo II. Roche Depalma. Buenos Aires: 1955, p. 167.

O art. 15, §3º, da Lei nº 8.987/1995, por exemplo, é expresso ao prever que o Poder Concedente deve recusar propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis. É intuitivo que a apresentação por parte de uma das licitantes de uma proposta financeiramente incompatível com sua capacidade econômica, e a posterior busca de alteração de elementos dessa proposta em uma recuperação judicial, confronta integralmente com a intenção da norma de buscar apenas propostas viáveis.

A existência, já no nascedouro do contrato de concessão, de regra que confere à Administração a possibilidade de desabilitar propostas financeiramente inviáveis, aponta para a intenção de que apenas aquelas concorrentes com real higidez econômica, quando respeitadas as regras de partição de riscos, estejam habilitadas à participação no certame e à exploração do serviço ou do ativo concedido. É neste sentido que se observa que o art. 17 da Lei nº 8.987/1995, por sua vez, é taxativo ao dizer que qualquer concorrente que necessite de subsídios do poder público para honrar seus compromissos deveria ser desclassificado, corroborando com a ideia de que deve ser remetido ao particular as escolhas sobre as soluções empresariais tomadas para a exploração.⁹⁴

Seguindo a lógica dos questionamentos que se pretende suscitar neste título, então, nos caberia primeiramente questionar se o valor devido pela concessionária, em contrapartida ao direito de exploração do serviço, poderia ser flexibilizado, unilateralmente, ante a imposição de manutenção constante da equação do econômico-financeira do contrato. Ultrapassado tal ponto, passaríamos a nos questionar se as obrigações contratuais poderiam ser novadas pela Assembleia-Geral de Credores, passando, a partir da homologação do plano, a serem regidas integralmente pelo Código Civil. Falando ainda da novação do contrato inicialmente desenhado, passaríamos a nos preocupar com o ingresso da recuperação judicial na seara da própria política pública definida para a concessão, já que a arrecadação planejada pelo Estado estaria objetivamente afetada pela decisão da Assembleia. Superada essa possibilidade, a viabilidade de diminuição dos valores relativos à outorga atrairia, necessariamente, a discussão sobre a alteração se dar em favor de um particular, vencedor do leilão, ignorando-se todas as demais empresas que participaram do respectivo certame pelo preço originalmente previsto.

Imaginando que nenhum desses argumentos seja suficientemente forte a ponto de já afastar a compatibilidade de se submeter os créditos relativos à outorga da concessão a uma recuperação judicial, ainda há previsão expressa de que a necessária manutenção da saúde

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 200.

financeira da concessionária também é uma constante obrigação a ser cumprida por parte da concessionária. Os requisitos de habilitação, entre eles a capacidade financeira, são exigidos no edital de licitação que precedeu à concessão, e incorporados no Contrato (Art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93). Por este motivo, a Lei de Licitações previu como pressuposto para a habilitação a inexistência de falência e de concordata como condição para exploração do ativo (art. 31, II, e §1º da Lei nº 8.666/93).

A doutrina também afirma que no âmbito do contrato administrativo ocorre a presunção de insolvência relativamente ao sujeito que pleiteia a recuperação judicial, o que inviabiliza a contratação administrativa e, por conseguinte, a sua manutenção: “Há presunção absoluta de que o insolvente não possui qualificação econômico-financeira”.⁹⁵

Enfim, nota-se que o debate sobre a submissão de uma concessionária de serviços públicos à recuperação judicial tem muitas camadas, em especial quando se coloca no centro da polêmica a possibilidade de flexibilização de obrigações assumidas ainda na fase licitatória. Colocando em uma mesma equação a indisponibilidade do interesse público, a isonomia entre os participantes e o respeito à política pública estabelecida, vemos que qualquer flexibilização das disposições das concessões obrigatoriamente passaria pelo cotejo da situação concreta com os prejuízos a todo sistema de concessões que uma decisão premeditada poderia causar. É justamente nesse confronto que uma análise principiológica poderia ajudar, como se fará no próximo capítulo, sendo relevante também investigar se há ainda alguma incongruência na realidade de convivência dos institutos (recuperação judicial e concessão) em outros instrumentos do contrato de concessão.

2.4 Aplicação de Multas, Exigência de Seguros e Decretação de Caducidade: Instrumentos de Gestão do Contrato de Concessão e Sua (Não) Sujeição à Recuperação Judicial

Como visto, a aceitação pelo Poder Judiciário do entendimento de que a própria outorga de um contrato de concessão pode ser integralmente discutida em sede de recuperação judicial pode colocar em xeque incentivos de os participantes de um leilão se comprometerem, de fato, com obrigações e resultados assumidos no certame. O mesmo entendimento ocorreria com outros elementos do contrato de concessão que igualmente podem ser levados à discussão perante o juízo recuperacional, como foram nos casos das recuperações do Grupo OI e da

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 637 e 638.

concessionária de Viracopos. Nesses dois casos, importantes instrumentos postos à disposição do Poder Concedente, para gerir e fazer valer as disposições do contrato de concessão foram flexibilizados, ainda nas fases postulatória e instrutória da recuperação judicial, com especial destaque para os seguros apresentados pela concessionária e a possibilidade de aplicação de penalidades pelo descumprimento contratual.

A doutrina reflete essa preocupação da interface do Juízo, sabidamente universal da falência, quanto às questões afetas às concessionárias de serviço público e não só exclui os créditos públicos do regime da recuperação judicial, como resguarda as competências regulatórias das agências, especialmente em casos sensíveis como o são o da aviação civil, conforme se denota do excerto abaixo transcrito:

(...) Ainda que tais contratos sejam essenciais à atividade da empresa em crise, até porque o direito de exploração do petróleo constitui a própria essência de sua atividade, é inadequado reconhecer que tenham tais empresas algum tipo de privilégio para não cumprir adequadamente os contratos de concessão, por força do deferimento da recuperação judicial.

A competência do juízo da recuperação judicial pode ser reconhecida em relação aos litígios que versem sobre bens e direitos essenciais à empresa em crise, mas a forma de manejar tais demandas não pode ter cunho protecionista da devedores, sem qualquer respaldo na autonomia da vontade que levou as partes a contratar.

(...)

Como se vê, são inúmeras as questões envolvendo a competência do juízo da recuperação judicial nas relações entre a devedora e o Estado, mas as soluções devem seguir um mesmo norte, qual seja, o fato de que o juízo concursal só deve atuar nas questões que, efetivamente, estejam no campo lógico do estado da crise da empresa; do contrário, haveria afronta ao próprio sistema, que prevê que o crédito tributário não se sujeita à recuperação judicial e dispõe sobre agências reguladoras com competência para análise de atividades caras ao Estado, como ocorre com a aviação civil e a exploração de petróleo.⁹⁶

Os entendimentos externados nos julgados utilizados como paradigmáticos para este trabalho (OI e Viracopos) retiraram do Poder Concedente parte importante da possibilidade de gestão do contrato. É possível exemplificar essa afirmação com a realidade de que nesse dois casos restou conferida ao Poder Judiciário e à Assembleia-Geral de Credoras, em especial ao primeiro, o poder de definir como seria prestada a garantia necessária a assegurar o contrato, e em que hipóteses esse contrato, que teve origem em um leilão, e que deveria ser regido pela lei das concessões, poderia ser rescindido.

Como a finalidade deste capítulo é, primordialmente, apontar os pontos de atrito entre concessão de serviço público e recuperação judicial, especialmente aqueles mais evidentes, passa-se a verificar aspectos tipicamente gerenciais do contrato de concessão que podem estar

⁹⁶ DEZEM, Renata Mota Maciel. *A universalidade do juízo da recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 316-317.

em perigo nesta convivência entre os institutos.

Em tópico específico, que será desenvolvido adiante, abordaremos a vocação da recuperação judicial de se restringir às empresas cuja recuperação é econômica e juridicamente viável. No entanto, pertinente destacar que para aquelas que não são viáveis nem economicamente e nem juridicamente, o Direito Administrativo já fornece instrumentos para solucionar a situação de crise. Quando falamos em *promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado* de empresas não viáveis, como consta na exposição de motivos da Lei que trouxe a recuperação judicial ao nosso ordenamento, não podemos perder de vista que o nosso sistema normativo prevê institutos especialmente desenhados para essas situações quando envolvem uma concessionária de serviços públicos, não sendo, no espectro do Direito Administrativo, a utilização de recuperação judicial sequer citada. Sendo vista apenas de forma restritiva, mas nunca receptiva.

A aceitação de qualquer questionamento de poderes legalmente concedidos ao Estado, na figura do Poder Concedente, delegando-os ao Judiciário em sede de recuperação judicial, parece já distorcer o ordenamento desenhado em prol da segurança da concessão e da prestação do serviço público. A aceitação da flexibilização de previsões legais para o futuro da concessão, ante o reiterado descumprimento contratual, em sede de uma recuperação judicial, já evidencia que as decisões sobre até que ponto se justificaria a sobrevivência da sociedade empresária podem sim esbarrar na lei de concessões.

Essa preocupação surge porque a lei de concessões tem previsões específicas para as situações em que há reiterado descumprimento, como, por exemplo, a aplicação da penalidade de caducidade. Há na norma dispositivos que preveem que incumbe ao Poder Concedente aplicar penalidades, e, inclusive, extinguir a concessão (i) na inexecução do contrato, (ii) quando a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais, ou (iii) quando a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações nos devidos prazos.

Ainda que se considere possível o processamento da recuperação judicial de uma concessionária de serviços públicos, ainda assim não parece aceitável a retirada da esfera do Poder Concedente de importantes instrumentos coercitivos indispensáveis, e previstos em lei, em casos de descumprimento contratual, como a intervenção, a caducidade e até mesmo a encampação. Esses poderes, diga-se de passagem, decorrem de letra expressa da norma, que prevê, em diversos dispositivos, os deveres e direitos das partes, assim como as consequências por eventuais descumprimentos.

É justamente o caso do art. 31 da Lei nº 8.987/1995, que prevê que incumbe à concessionária cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão, sendo que as consequências por eventuais descumprimentos também estão expressas, no art. 29 do mesmo diploma legal, o qual prevê que incumbe ao poder concedente (I) aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, (II) intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei, e, por fim (III) extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato. Complementando o art. 29, logo a seguir, no art. 35, a Lei de Concessões enumera as formas de extinção da concessão, explicando em seguida cada um dos institutos, entre os quais a encampação e a caducidade.

A impossibilidade de a gestão do contrato e da relativização desses instrumentos em sede de recuperação judicial já foi objeto de tutela pelo Poder Judiciário, em oportunidades em que o pêndulo, ao final da disputa, se moveu para a manutenção da segurança na concessão.

Nesse sentido que decidiu a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Julgamento do Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000. Este Agravo de Instrumento foi interposto contra decisão que, ao decidir pelo processamento da recuperação judicial de Viracopos, suspendeu todas as ações e execuções movidas contra as devedoras, incluindo o processo administrativo de caducidade e a execução da multa por não efetivação dos investimentos previstos no contrato de concessão⁹⁷. Foi do Desembargador Azuma Nish, o voto, proferido neste Agravo, que melhor exprime a ideia que se defende neste tópico, cabendo apenas citar o seguinte trecho:

O objeto do processo de caducidade vai além, pois diz respeito ao descumprimento do edital de licitação e do contrato de concessão, cuja apuração e processamento não pode ser obstada pelo juízo da recuperação, pois não se trata da reorganização econômico financeira considerada do ponto de vista exclusivamente privado, mas envolve o interesse público relacionado a condução de serviço público, cujos parâmetros de operação e exploração foram previamente definidos e sujeitos a certame licitatório público.

Permitir a suspensão da atuação da agência regulatória na instalação e condução do processo de caducidade, ou outros procedimentos administrativos com vistas à fiscalização e controle da concessão é conferir à recuperanda um salvo conduto em relação a suas obrigações constantes do edital de licitação e do contrato de concessão, contrário ao interesse público tutelado pela agência regulatória e conferindo uma situação de privilégio em relação aos demais licitantes vencidos no certame licitatório.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=DA118C3F65C84A9872B31726BD70D274.cposg7?convrsationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2099092-87.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2099092-87.2018.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em 04 jul. 2022.

Impedir a atuação da agência regulatória na sua atribuição de zelar pelo interesse público traduzido no fiel cumprimento do edital de licitação, do contrato de concessão e da lei, é esvaziar os meios para assegurar a prestação do serviço aeroportuário, cercear as prerrogativas da Administração, aqui representada pela atuação da agência regulatória do setor, a ANAC, conforme artigos 2º. e 8º da Lei 11.182/2005, e, transgredir princípios elementares de Direito Administrativo presentes nas licitações e estampados no artigo 37, caput, da Constituição Federal, como da impossibilidade e isonomia, uma vez que o contrato de concessão do agravado, ABV, originou de uma concorrência pública cujas regras e critérios de classificação foram definidos em edital de licitação, sendo que o valor das outorgas e demais obrigações pecuniárias e não pecuniárias assumidas pelo agravado foram condições para todos os participantes do processo licitatório tendo como vencedor aquele que maior valor ofertou em relação à outorga. O processo licitatório visa permitir à Administração obter, da forma mais vantajosa possível, o serviço ou produto necessário à coletividade e garantir chances iguais de participação entre os participantes, processo esse que não pode ser frustrado pela invocação unilateral do concessionário do instituto da recuperação judicial.

O Recurso Especial interposto pela Concessionária contra o resultado do julgamento do Agravo de Instrumento não teve o mérito apreciado pelo Colegiado no Superior Tribunal de Justiça, porque a concessionária, dentro do processo de recuperação judicial, se comprometeu a requerer a relicitação do aeródromo. Mesmo assim, merecem destaque as razões que levaram a Ministra Maria Isabel Gallotti, Ministra Relatora do Recurso Especial nº 1.828.901, a negar o pedido de efeito suspensivo formulado pela concessionária.⁹⁸

⁹⁸ Por esses motivos, em exame liminar, não me parece cabível, *data maxima vênia*, impedir a Agência de exercer suas prerrogativas de Poder Concedente, de gerir o contrato de concessão e fiscalizar o seu cumprimento, por decisão em processo de recuperação judicial. Tal possibilidade sinalizaria aos futuros licitantes a despreocupação com a real viabilidade da proposta ofertada.

Cumpra-se consignar que eventual declaração de caducidade não afetará as empresas que formam o consórcio vencedor do processo licitatório e a prestação dos serviços públicos será assumida pela União.

Deve ser sopesado, ademais, que o processo administrativo respeita o contraditório e a ampla defesa e a empresa concessionária pode se utilizar dos mecanismos jurídicos disponíveis para questionar o seu trâmite perante o juízo competente (art. 109, I, da Constituição Federal), como já o vem fazendo perante a Justiça Federal.

A propósito, julgado recente da Primeira Seção quanto à competência para julgamento das questões federais envolvidas em processo de recuperação:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL. JUÍZO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DE VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). DEBATE QUE NÃO CUIDA DE QUESTÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ANATEL FIGURANDO COMO PARTE PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DO JUÍZO ESTADUAL DECIDIR QUESTÕES FEDERAIS.

Cuida-se de Conflito de Competência entre a Justiça Federal, Seção Judiciária do Distrito Federal, e a Justiça Estadual de Manaus. O presente incidente foi suscitado por Tim Celular S.A. e discute qual o Juízo competente para decidir litígio que envolve concessionárias do serviço de telefonia e a Anatel a respeito da precificação do VU-M (valor de uso de rede móvel), no caso em que um dos litigantes encontra-se em recuperação judicial.

Observa-se que tanto o Juízo Federal quanto o Juízo Estadual da Recuperação Judicial consideram-se competentes para compor a referida controvérsia, proferindo decisões conflitantes sobre os critérios a serem utilizados para a fixação da tarifa. Por conseguinte, foi instaurado Conflito de Competência a ser dirimido pelo STJ.

Pondera-se que a competência do Juízo da Recuperação Judicial para tornar exequível o respectivo plano e zelar pela continuidade da atividade e preservação da empresa não lhe confere poderes para modificar relações jurídicas submetidas a regime jurídico específico referente à prestação de serviços públicos titularizados pela União e sujeitos à fiscalização das agências reguladoras federais.

De fato, é claro que é competência da Justiça Federal analisar as questões relativas aos contratos de interconexão e ao valor da interconexão propriamente dita (VU-M). Reserva-se ao Juízo Estadual o que é de

Caso semelhante foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Milton Fernandes de Souza, em 25 de julho de 2017, deferiu liminar pleiteada na Suspensão de Segurança autuada sob o nº 0038426-86.2017.8.19.0000. Esta Suspensão teve origem em decisão de Juízo estadual, em ação de recuperação judicial, que determinou a suspensão da caducidade em tramite perante a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.⁹⁹

recuperação judicial - habilitação de crédito, classificação de credores, aprovação de plano. Não se pode, contudo, admitir a invasão da competência da esfera federal.

Destaque-se que a matéria é de competência exclusiva da Justiça Federal devido ao litisconsórcio da Anatel, pois como a Agência tem que integrar a lide e participar da ação, não se pode admitir que se tente modificar a competência que já está estabilizada desde 2010, em razão de recuperação judicial posterior.

Diferentemente dos casos de Conflitos de Competência que costumam chegar nesta Primeira Seção, envolvendo questão de execução fiscal, constrição patrimonial, penhora e alienação de bens da empresa em recuperação, aqui não se trata de uma ação que visa constranger o patrimônio da parte. Pelo contrário, é um rito que busca diminuir o quanto ela quer pagar de interconexão.

Não se admite que o Juízo da recuperação judicial a qualquer título avoque, direta ou indiretamente, ainda que a provisoriamente, a fixação do VU-M, haja vista que esta lide está sob apreciação do Juízo Federal competente. A fixação de tal valor tem que ser realizada pelo Juízo próprio, com os pedidos e recursos próprios, na Justiça Federal.

Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 156.064/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 29/05/2019)

Pelos mesmos fundamentos, entendo relevante a alegação de que não deve ser obstada a imposição e cobrança de multas pela ANAC no exercício de suas atribuições como Poder Concedente, cujo questionamento em juízo é da competência da Justiça Federal. Apenas a constrição de eventuais bens privados pertencentes à empresa (bens estranhos ao contrato de concessão) deve ser submetida previamente ao Juízo da Recuperação, a exemplo do que ocorre com as constrições no âmbito de execuções fiscais.

⁹⁹ “A medida requerida merece deferimento. O instituto jurídico da suspensão de segurança, como já dito acima, tem por finalidade evitar grave lesão de interesses públicos privilegiados, ou seja, à ordem, à saúde, à segurança e à economia.

Na hipótese, há evidente lesão de interesses públicos privilegiados, no caso, à economia e à ordem públicas. A decisão do Juízo da Vara Empresarial traz indícios de comprometimento de toda a interligação de energia dos Sistemas Norte-Nordeste e Sudeste-Centro-Oeste.

A licitação tem por finalidade permitir à Administração Pública adquirir, de forma mais vantajosa possível, o serviço ou produto necessário à coletividade e garantir chances iguais de participação entre os particulares.

Os princípios da isonomia, impessoalidade, transparência e motivação regem o processo da licitação e garante à Administração a obtenção da proposta mais vantajosa à realização do interesse público e da tutela do bem comum. Neste passo, contata-se um nítido conflito entre o interesse das recuperandas e o interesse da coletividade. Isto porque, na recuperação judicial, o que se procura é o retorno da atividade econômica da empresa. Dessa forma, todos os esforços, naquele procedimento, estão voltados para a sua reestruturação, para seu ressurgimento. O art. 47 da Lei nº 11.101/05 define seu escopo:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo 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.

Dessa forma, é fácil perceber que, neste processo, necessariamente, prevalecerá o interesse da empresa. No modelo eleito pela decisão, haverá sempre o risco da existência de conflito entre os dois interesses (da empresa e da coletividade), o que macula a finalidade da licitação, ferindo, assim, o interesse público.

O Judiciário chamou para si a responsabilidade de se pronunciar sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato. A decisão não tratou do controle do ato administrativo, mas imputou para si o encargo de regular o próprio ato, em prol do interesse da empresa, o que poderá afastar a presença do interesse público que requer a questão (prestação de serviço público). A decisão

Esses entendimentos expostos, já manifestados pelo Judiciário, só reforçam a tese de que qualquer discussão sobre a extinção da concessão, por aplicação de alguma daquelas modalidades previstas no art. 35, não poderia ser arrastado para o âmbito de uma recuperação judicial, ainda que com a finalidade de permitir a sobrevivência da empresa. Nesse ponto é importante frisar que eventual crise financeira de uma concessionária que necessitasse de uma pronta resposta do ordenamento jurídico não estaria desprovida de resposta, havendo instrumentos específicos para estas ocasiões, como se demonstrará no próximo tópico.

Em especial a caducidade, que foi sobrestada nos dois exemplos dados pela primeira instância do Poder Judiciário nos casos específicos ali narrados, tem a função de punir o concessionário pelo reiterado e gravíssimo descumprimento contratual. Gaston Jèze já abordava a caducidade, prevista no art. 38 da Lei de Concessões, como sendo a penalidade mais enérgica pelo descumprimento das obrigações devidas pelo concessionário¹⁰⁰. Aqui é importante ainda frisar que entre as razões que poderiam levar à caducidade, a perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido está expressamente prevista como ensejadora de caducidade (art. 38, IV, da Lei nº 8.987/1995).

Celso Antonio Bandeira de Mello ao se debruçar sobre as hipóteses previstas em lei que poderiam levar à caducidade acaba por defender certa discricionariedade para a aplicação da sanção de caducidade. Especificamente sobre a perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais, no entanto, entende não haver outra possibilidade. Por se tratar de falta ou falha gravíssima, nas palavras do autor, a aplicação da caducidade seria inadvertidamente

põe o Juiz no lugar da Administração para resolver qual o melhor caminho a ser tomada para a prestação do serviço.

Mesmo que a decisão avenge a possibilidade da participação/colaboração da ANEEL/MME (fls. 54, do anexo I), na verdade, há o cerceamento da Administração Pública Federal de exercer seu papel de fiscalização e de disciplinar, em relação aos contratos celebrados, atingindo mais uma vez o interesse público, na medida que são estes Órgãos que detêm a experiência, o conhecimento e corpo técnicos necessários para decidir o que é melhor para o serviço público.

A decisão assevera que “A solução a impor-se, diante dessas especiais e dramáticas circunstâncias, e sempre que tal seja o quadro a apresentar-se às autoridades envolvidas, e competentes para desatar os impasses, sempre à frente a supremacia do interesse público, a solução a impor-se, repete-se, é esta: a continuidade dos contratos já concedidos, preservando-se e prosseguindo-se com as atividades de infraestrutura já implantadas, procedendo-se à necessária atualização das condições das concessões, de modo a adequá-las à realidade do momento, com isso criando um ambiente atrativo para os novos empreendedores e acelerando a conclusão dos projetos.” (fls. 54, do anexo I)

Contudo, nada disso pode ser demonstrado. Não há estudo que afirme que nova licitação não seja a melhor escolha, que as estruturas já montadas ainda estão em boa condição para serem utilizadas, se, em razão dos problemas gerados pela interrupção da obra, o plano inicialmente traçado, ainda, é útil e se, isso, de fato, criará um ambiente atrativo para os novos empreendedores, acelerando a conclusão dos projetos.”

¹⁰⁰ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950, T. IV, p. 66.

obrigatória¹⁰¹. Marçal Justen Filho igualmente não posiciona a caducidade, nesse caso de perda de requisitos de habilitação, como uma entre outras penalidades possíveis de serem aplicadas. Especificamente neste caso entende Marçal pelo inevitável caminho da caducidade, uma vez que “quem não preenche os requisitos de habilitação não pode manter o contrato de concessão”.¹⁰²

Parecem se alinhar os entendimentos esboçados pelo Poder Judiciário e a ideia de que a caducidade deve ser aplicada, inclusive, nos casos de inadimplência da concessionária por obrigações assumidas quando da assinatura do contrato, especialmente porque a sua escolha para a prestação do serviço se deu justamente pela promessa do pagamento do preço adequado¹⁰³. Trata-se de um dos papéis do Poder Concedente no decorrer da Concessão, de não querer que permaneça no longo trato contratual aquela concessionária que se mostrou incapaz de honrar compromissos e condições iniciais acordadas e aceitas pelas partes. Um papel que não pode ser objeto de usurpação pelo Poder Judiciário.

Se a caducidade, por um lado, tem a função de conferir ao Poder Concedente a prerrogativa de retirar da concessão aquela concessionária que não se mostrou capaz de honrar suas obrigações ou mesmo de manter as condições de habilitação, outros instrumentos, como seguros e aplicações de sanções, tem a finalidade de conservar as concessões nos trilhos desenhados pelas partes quando da assinatura do contrato.

A necessidade de garantia quanto à execução do objeto contratado não é novidade nos contratos administrativos, e está prevista para a concessão no arts. 18, XV; 23, inciso II do parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995. A razão de ser dos seguros é de fato, ante a eventual dificuldade financeira ou mesmo operacional da concessionária, não deixar descoberta a prestação da política pública, ou mesmo a respectiva remuneração do Poder Concedente.

A exigência do seguro, ou mesmo a flexibilização de sua necessidade pelo juízo recuperacional, tem mais uma vez impacto na isonomia buscada para o certame que deu origem e para todo o curso da concessão. Todos os ônus assumidos pela concessionária, inclusive no que diz respeito a contratação de seguros, foram por ela contabilizados quando da oferta da proposta na concorrência prévia que deu origem ao contrato. Caso a desnecessidade de seguro fosse prevista desde o início do procedimento licitatório, todas as demais licitantes poderiam

¹⁰¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 774.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 593.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 598.

também excluir o custo extra da contratação da cobertura securitária, com a real possibilidade de superar o lance vencedor.

Além de uma flexibilização posterior de regras impostas a todos os licitantes, não se pode olvidar que os seguros têm uma função importante de assegurar, por um lado, a prestação de serviços, ainda que por outra entidade, e, de outro, a manutenção dos pagamentos devidos ao Poder Concedente pela exploração do ativo concedido. Por essa razão, enquanto os compromissos assumidos pela concessionária não forem integralmente cumpridos, necessariamente devem ser mantidas válidas as apólices, como forma de *enforcement* da política pública. Neste ponto, qualquer decisão que entenda pela desnecessidade de prestação de seguros ante eventual crise financeira da concessionária estaria privilegiando a questão patrimonial, sem, no entanto, se ocupar de todo o arcabouço relatório que orbita a discussão.

No Brasil os seguros com este objetivo estão previstos e conceituados nos regulamentos da SUSEP, especificamente na Circular nº 477 de 30 de setembro de 2013, e tem uma importância inegável para o bom funcionamento dos contratos. Pela estrutura em que são prestados os seguros, há uma dupla função que convém ser preservada durante toda a vigência do contrato.

Em primeiro lugar, a manutenção das garantias legalmente previstas permite a cobertura de eventuais eventos indesejados, objeto principal dos seguros prestados. Em segundo, a proteção securitária mantém constantemente o incentivo de adimplemento de forma a se evitar o acionamento da garantia. A lógica deste segundo incentivo vem do fato de que o acionamento da garantia teria o condão de impor ainda mais custos à concessionária com nova recomposição do seguro, que deve sempre estar integral nos contratos de concessão, e agora já com a notícia correndo no mercado de que a concessionária não teria arcado com suas obrigações, o que, possivelmente, tornaria a proteção securitária ainda mais onerosa. A estrutura de seguros prevista na regulação, portanto, mantém os incentivos para todas as partes dessa relação (concessionária, Poder Concedente e seguradora) trabalharem em prol da realização do objeto contratado¹⁰⁴. Com a vigência do seguro, cada uma das partes passa a ter incentivos para dirigir

¹⁰⁴ LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise econômica do direito e contratações públicas: o performance bond em contratos de obras públicas como instrumento para mitigar a assimetria de informações*. Monografia (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019. p. 83. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28884> . Acesso em 04 jul. 2022.

suas ações para o cumprimento do contrato.¹⁰⁵

Apesar dos benefícios para a concessão da manutenção da integralidade das coberturas de seguros, as discussões travadas no Poder Judiciário sobre a necessidade de manutenção de seguros vigentes não tiveram desfecho unânime perante os órgãos julgadores. Em Agravos de Instrumento interpostos pela ANATEL na recuperação judicial do Grupo OI a obrigação de manutenção do seguro acabou por ser flexibilizada, sob o argumento de excessiva onerosidade para a concessionária¹⁰⁶. Por outro lado, em julgamento que analisou a onerosidade para a concessionária de Viracopos de execuções movidas contra as seguradoras por quantias não pagas pela operadora do aeroporto, entendeu a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo pela possibilidade na continuidade das cobranças¹⁰⁷. Este último entendimento, inclusive, parece ser mais consentâneo com o quanto previsto no art. 49, § 1º, da LRF, que prevê que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Outro instrumento de gestão do contrato de concessão também já submetido à recuperação judicial nesses dois casos paradigmáticos foi a possibilidade de aplicação de multas pelo Poder Concedente, por descumprimento de obrigações contratuais, como punição por ação ou omissão indevidas¹⁰⁸. Semelhante com o que aconteceu no julgamento da caducidade, a Turma Julgadora do Agravo de Instrumento interposto pela ANAC contra decisão que teria deferido a suspensão do processo administrativo para aplicação de multa a Viracopos, entendeu que não caberia ao Poder Judiciário suspender o andamento de processo administrativo.¹⁰⁹

¹⁰⁵ XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – Performance Bond: uma análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil*. Monografia (Bacharelado) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017, p. 22.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº: 0064182-97.2017.8.19.0000 e Agravo de instrumento nº 0001115-61.2017.8.19.0000*, Oitava Câmara Cível.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível

em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIso0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MzM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDefiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmAlxS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrNBWxuh4CJdKwQnrx3zc%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 462.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018.

Como órgão de controle dos atos do Poder Executivo o Tribunal de Contas da União bem resume a finalidade dessas sanções, ao ressaltar o duplo objetivo: um de caráter educativo, de mostrar à contratada que cometeu o ato ilícito, e, também às demais licitantes/contratadas, que condutas dessa natureza não são toleradas pela Administração; e um segundo objetivo repressivo, de impedir ou minorar prejuízos da Administração e da sociedade por descumprimento contratual por parte das concessionárias.¹¹⁰

Além das dessas duas finalidades, que são comuns a muitas penalidades previstas no nosso ordenamento, a possibilidade de aplicação de sanção é expressão, inclusive, do próprio Poder de Polícia dos entes concedentes, uma vez que de nada adiantaria poder regular e fiscalizar se, ante eventual descumprimento de obrigações legais ou contratuais, não pudesse o Poder Concedente aplicar a respectiva penalidade correspondente¹¹¹. Neste ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro é categórica ao afirmar que “de nada adiantaria a fiscalização se o poder concedente não dispusesse da possibilidade de punir os infratores”.¹¹²

A possibilidade de aplicação de sanção, portanto, não pode ser encarada como uma das previsões assessorias do contrato de concessão, uma vez que se traduz em instrumento para finalidades primárias do Poder Concedente. A importância de tal instrumento foi perfeitamente retratada por Floriano de Azevedo Marques Neto:

O exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito de eficácia da atividade reguladora, mas também porque é primacialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizatários etc.) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado.¹¹³

Por ser uma face indispensável do contrato e representar uma expressão máxima da posição de subordinação daquela que contrata com a Administração¹¹⁴, não parece ser a recuperação judicial, de fato, a melhor seara a para análise de eventual flexibilização de tais poderes.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Sanções*. p. 6. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1D/D4/FA/F1/B5AD4710D614BB47E18818A8/Manual%20de%20sancoes.pdf>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹¹¹ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 98.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86.

¹¹³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. n. 221, p. 356, jul/set. 2000.

¹¹⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 679.

2.5 Conclusão

A primeira dificuldade de submissão de concessionárias de serviços públicos ao regime das recuperações judiciais, então, pode ser percebida já com a definição da viabilidade jurídica de créditos inscritos em dívida ativa integrarem o quadro-geral de credores. Trata-se de decisão estratégica, pois, a depender do montante da dívida de determinado ente credor, pode ser ele o responsável por definir os rumos do processo recuperacional. O estudo apresentado, em particular das normas que regem a recuperação judicial, já anunciam a escolha legislativa para o tratamento de tais créditos no âmbito da mediação ou da transação, nos termos da lei pertinente.

Sorte semelhante parece ter, como foi visto, a possibilidade de submissão à recuperação dos valores contratualmente assegurados ao Poder Concedente a título de contraprestação pela exploração do serviço ou ativo concedido. Especificamente nesse ponto a possibilidade de intromissão do processo de recuperação em esfera definida em política pública, e com tratamento expresso em lei, parece destoar da opção legislativa. Também nessa interpretação parecem se encaixar eventuais tentativas de modificar, no bojo de uma recuperação, aqueles instrumentos postos em lei para garantir a eficácia do contrato, como a caducidade, a aplicação de multas ou mesmo a prestação de seguros.

Uma vez conhecidas e delimitadas as principais inquietudes quanto à convivência dessas duas políticas públicas, recuperação e concessão, percebe-se que nem todas as respostas aos conflitos surgidos podem ser extraídas da lei ou mesmo dos posicionamentos do Poder Judiciário até aqui externados.

A partir daqui pretende-se, então, buscar eventuais soluções para os problemas postos nas bases principiológicas dos institutos, com o fito de se verificar até que ponto os alicerces da recuperação e da concessão são fortes o suficiente para sustentar o peso dessa sobreposição.

3 DISSONÂNCIA PRINCIPIOLÓGICA ENTRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Passa-se, então, à análise dos princípios da recuperação judicial, vistos em cotejo com alguns dos princípios da concessão de serviço público. Jogar um feixe de luz diretamente sobre as bases que sustentam ambos os institutos é o passo final para se checar a possibilidade de desmoronamento de um dos dois, caso forçada eventual convivência no caso concreto. Apesar de descrença na real intenção do legislador de utilização da recuperação judicial para sobrevivência de concessionárias de serviços públicos, este trabalho se propõe justamente a evitar esse desabamento, sugerindo uma ponderação de princípios e valores que, a depender do caso, pode permitir a saída da empresa do cenário de crise.

Levando-se em conta a compreensão de que princípios são mandamentos de otimização e que a concretização destes depende não apenas da realidade fática, mas também da possibilidade jurídica, configurada por princípios e regras colidentes¹¹⁵, além do fato de que os princípios definem as possibilidades jurídicas para o mundo real, segundo definição já conhecida de princípios feita por Miguel Reale¹¹⁶, para quem os princípios tem verdadeiro papel orientador na interpretação do sistema jurídico, o que é endossado por diversos outros doutrinadores de renome¹¹⁷, pode-se concluir que a confluência principiológica de dois institutos, cuja coexistência pretende-se defender, é o primeiro pressuposto para uma análise de viabilidade jurídica dessa convivência e, do mesmo modo, para o estabelecimento das bases e limites para uma convivência pacífica.

Há diversas investigações possíveis para uma apresentação dos princípios invocados para cada instituto, como, por exemplo, a doutrina ou mesmo o texto da norma, de onde facilmente, em regra, se pode extrair as teias que conferem a determinado microssistema uma unidade de interpretativa. É esse o papel dos princípios, citando novamente o Professor Miguel Reale, para quem os princípios têm não apenas um papel significativo para aplicação da norma, como também para integração desta em casos de dúvidas ou lacunas.¹¹⁸

Opta-se neste trabalho por se extrair os princípios que regem a recuperação judicial do documento que primeiro apresentou ao mundo jurídico as justificativas de edição de uma norma

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

¹¹⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 986.

¹¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

específica sobre o regime da recuperação, que como visto no capítulo 1, inaugurou a fase atual do Direito Falimentar, qual seja a exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 11.101/2005, Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República e da Relatoria do Senador Ramez Tebet¹¹⁹. A opção aqui feita se justifica também pelo fato de a doutrina especializada, da mesma forma, invocar os mesmos princípios apresentados pela exposição de motivos como orientadores de interpretação da norma.

Se, por um lado, a exposição de motivos da norma que rege a recuperação judicial deixou expressa a base principiológica da recuperação, por outro, quando se trata de concessão de serviços públicos, percebe-se que o legislador levou para o texto da própria Lei nº 8987/2005 a previsão de seus princípios, ao dispor que

toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Além desses, não se pode deixar de abordar a continuidade do serviço público, apresentada pela doutrina jurídica como uma das bases da concessão, implicitamente prevista em diversos dispositivos da Lei nº 8.987/2005 como princípio.¹²⁰

Em que pese os princípios da moralidade e da publicidade serem fundamentais ao funcionamento da máquina pública, e, em verdade, transversais para todas as funções desempenhadas pela Administração, neste trabalho não trataremos deles, por não apresentarem impacto direto na discussão a respeito da compatibilidade entre recuperação judicial e a natureza das concessões de serviço público.

Passa-se, então, à abordagem dos princípios que dão norte ao intérprete operador dos dois institutos. Essa abordagem principiológica terá utilidade não apenas para uma verificação de compatibilidade dos institutos e estabelecimento de limites, mas, da mesma forma, na análise que seguirá no capítulo seguinte de cada apontamento de alternativas para um dos pontos de incompatibilidade identificados anteriormente.

¹¹⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer nº 534.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹²⁰ Arts. 6, §1; art. 18, VII, art. 27-A, art. 28 e art. 36, todos da Lei nº 8.987/1995.

3.1 Princípio da Continuidade do Serviço Público em contraponto ao Princípio da Preservação da Empresa

Como não poderia deixar de ser, o primeiro princípio citado pelo Parecer nº 534, de 2004, do Senador Ramez Tebet, que integra a exposição de motivos da Lei nº 11.101/2005, é o Princípio da Preservação da Empresa.¹²¹

Pela visão daquela Casa Legislativa, a empresa deveria ser preservada, sempre que possível, em razão de sua função social, com foco na geração de riqueza econômica e criação de emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa teria como consequência a perda do agregado econômico representado pelos chamados “intangíveis”, como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.¹²²

Ainda que não estivesse expresso na exposição de motivos, o intuito máximo da norma, de preservar a unidade produtiva e geradora de empregos, estaria claro, e foi apresentado pelo legislador no art. 47 da Lei, sem deixar qualquer lacuna, ao prever que

a recuperação judicial tem por objetivo 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.

É deste dispositivo, aliás, que podemos pinçar diversos outros princípios que serão tratados a seguir.

O Princípio da Preservação da Empresa permeia toda a norma positivada, fazendo com que o juízo recuperacional, os credores e a própria recuperanda atuem sempre em prol do soerguimento da empresa. Essa proteção vem calcada não apenas na necessidade de manutenção da atividade econômica, mas também na função social da empresa amplamente aceita pela doutrina, com amparo na ordem constitucional vigente desde a promulgação da Constituição de 1988. Nas palavras de Santiago e Campello, “tendo em vista que a empresa é instrumento legal para o exercício e iniciativas econômicas, nada mais coerente do que

¹²¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005*. Parecer nº 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 13 de julho de 2020, p. 29.

¹²² *Ibidem*.

reconhecer a função social da empresa”¹²³. Para Arthur Alves Silveira essa função social era amparada pelo ordenamento inclusive na antiga ordem constitucional, quando o legislador ordinário, na Lei das Sociedades Anônimas, já abordava a necessidade de cumprimento e satisfação da função social da empresa.¹²⁴

A função social da empresa, no entanto, pode ter uma leitura específica no processo recuperacional. Por ser o termo “função social” um daqueles termos meta jurídicos, que variam de interpretação acordo com o contexto ou mesmo com a ideologia explorada, observa-se que aqui mais se amoldam as lições de Vera Helena de Mello Franco, para quem a organização, a exploração e a disposição da empresa deve ocorrer de acordo com os ditames da justiça econômica e social, em colaboração com o desenvolvimento da sociedade.¹²⁵

Aproximando a compreensão do Princípio da Preservação da Empresa dessa ótica de função social, e confrontando-a à realidade de uma concessão de serviços públicos, extrai-se que muito mais do que a manutenção da atividade empresária, o escopo da LFRE seria, em tese, impedir um possível impacto da sequela da derrocada da concessionária em todas as atividades que orbitam a concessão.

No caso de concessão para exploração de aeródromos, por exemplo, poder-se-ia imaginar que o Princípio não só protegeria a atividade principal desempenhada pela concessionária de serviços públicos, de administração do aeródromo, mas que estariam também amparados os empregos diretamente criados pela concessionária, os estabelecimentos comerciais que funcionam no complexo aeroportuário, os empregos dos trabalhadores destes comércios, os benefícios diretos e indiretos gerados pelo serviço de transporte de passageiros e cargas à população local, as receitas recolhidas aos municípios e estados referentes a todas essas movimentações financeiras e etc. E esta é a lógica que seria aplicável a todas as concessões, nos mais diversos setores concedidos.

A conclusão possível, seria a de que o Princípio da Preservação da Empresa, talhado na norma que rege a recuperação judicial, tal como uma pedra de toque do regime recuperacional,

¹²³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. Função Social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 120, abr. 2016. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19877> . Acesso em 28 set. 2018.

¹²⁴ SILVEIRA, Arthur Alves. *O princípio da função social no processo de recuperação judicial, à luz da jurisprudência das Câmaras Especializadas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. (Mestrado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2019, p. 45.

¹²⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação de empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 282.

mais do que a proteção à atividade empresária em si, é um resguardo à função social da atividade, bem delimitada por Eloy Lemos Jr. como sendo a função desempenhada pela sociedade empresária de gerar riquezas, manter empregos, pagar impostos, movimentar o mercado, impulsionar investimentos e alimentar o ciclo econômico local¹²⁶. É também o que se pode extrair das lições de Scalzilli, Spinelli e Tellechea, para quem, ao explorar a atividade, a empresa promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia. E é exatamente assim que a empresa cumpre sua função social.¹²⁷

A semelhança de escopo do mandamento nos permite tratar neste tópico também do Princípio da Proteção ao Trabalhador. A proximidade fica clara quando observada a justificativa apresentada pela exposição de motivos para que a proteção dos trabalhadores seja um dos pilares de interpretação da norma, que viria do fato de

os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.¹²⁸

Ocorre, no entanto, que, diferentemente do que acontece no setor privado, no caso de uma concessionária de serviço público a continuidade da atividade, assim como a manutenção do nível de empregos a ela atribuído, não dependem especificamente da empresa que presta o serviço, mas sim da manutenção da própria prestação do serviço, seja por quem for, o que está garantido por força do Princípio da Continuidade do Serviço Público, que tem, inclusive, base constitucional (art. 175, IV, da Constituição Federal).

Esse Princípio, implícito do texto da Lei de Concessões, salta aos olhos quando se observa do texto da norma positivada que várias disposições tentam reforçar a ideia de que o serviço concedido não pode parar, e é esta a síntese de seu significado. Essa é a mensagem do art. 6º, ao afirmar que o serviço adequado pressupõe continuidade, assim como do art. 18, VII, que prevê que pode ser prevista a expansão do ativo de forma a se permitir a continuidade do serviço prestado, ou mesmo a drástica previsão do art. 27-A, que permite aos financiadores

¹²⁶ LEMOS JR., Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24 *apud* FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 214.

¹²⁷ TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: 2018, p. 82-83.

¹²⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005*. Parecer n° 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 13 jul. 2020.

assumirem a exploração do ativo para garantir a continuidade do serviço.

De modo geral a continuidade decorre da ideia de que a Administração é

curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.¹²⁹

É neste ponto que o Princípio da Preservação da Empresa e dos Trabalhadores perde fôlego, quando aplicado a uma situação em que quer significar que a concessão de serviço público tem que ser preservada para manter intocados a atividade e o bem-estar social por ela gerado. Isso porque a falência de uma concessionária tem como consequência a extinção do contrato de concessão¹³⁰, seguido da necessária substituição daquele concessionário insolvente por outro ou mesmo pelo Poder Concedente, capaz de prestar os mesmos serviços, prover os mesmos empregos, movimentar a mesma máquina tributária e proporcionar a exploração do objeto de concessão, ou seja, prestar a mesma atividade, havendo, portanto, continuidade da empresa, ainda que sob outra titularidade.

Para a continuidade da atividade econômica gerada por uma concessionária de serviços públicos, então, não se faz necessária a preservação daquela Sociedade de Propósito Específico, afastando-se, assim, a principal justificativa para utilização da recuperação judicial. A continuidade, como princípio implícito no ordenamento, é citada expressamente por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como sendo um dos princípios aplicáveis às concessões.¹³¹

O Princípio da Continuidade do Serviço Público é comumente utilizado como um dos nortes de desenvolvimento da própria concessão, querendo significar que o serviço prestado pela concessionária deve ser contínuo e adequado¹³², não havendo possibilidade de interrupção. No entanto, outra face do princípio, menos explorada, é igualmente relevante no caso de concessões de serviços públicos, qual seja aquela prevê que o Estado se obriga à continuidade da prestação, independentemente de haver ou não empresa interposta entre Estado e a atividade.

Trata-se, em verdade, de uma consequência clara da natureza do próprio instituto da concessão, que ao transferir ao particular a gestão de um serviço público, com certa autonomia

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 84.

¹³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, art. 35, VI.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 84; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p, 113.

típica das concessões, mantém a titularidade no âmbito do Poder Público¹³³. Desta forma, em uma concessão está o particular exercendo e explorando o respectivo serviço concedido em nome do Poder Público, de acordo com a lei e com as regras do contrato, mas apenas enquanto o contrato estiver vigente ou mesmo enquanto não se operarem algumas das situações de extinção previstas no próprio contrato. Georges Vedel defende que a elevação de um determinado serviço à categoria de serviço público necessariamente faz com que seu funcionamento se imponha a qualquer preço, já que houve um reconhecimento do Estado de que detinha imperiosas para a vida nacional ou local¹³⁴. Para Jacintho Arruda Câmara, o dever de continuidade “sempre foi entendido como um vínculo de caráter genérico, que exigia do Estado a manutenção de determinado serviço público em funcionamento. É um dever estabelecido em favor da sociedade como um todo e assumido pelo estado ou por quem lhe faça as vezes”.¹³⁵

Interessante notarmos que a lei de concessões, inclusive, afasta a ideia de que a preocupação da norma, em qualquer leitura que se faça possível, é com a saúde financeira da Sociedade de Propósito Específico que foi contratada, sendo, ao contrário, com a atividade e com o projeto contratado na moldura definida pelo Edital e pelo prévio leilão. É nesse sentido a disposição do art. 35, inc. I, c/c § 4º, que prevê a necessidade de o Poder Público se adiantar nos estudos para a nova contratação, ante ao cenário de término da concessão pelo alcance do termo final do contrato. Também por isso se justifica a previsão de encampação, que supõe uma presunção de que a continuidade na prestação será melhor preservada com a retirada da concessionária (art. 35, II). Tudo isso escancara a realidade de que mais importante do que a prestação por uma empresa específica é a prestação do serviço público de forma contínua.

O art. 27 de Lei nº 8.987/1995 prevê que a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. A Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2946 versa justamente sobre essa possibilidade de transferência. A discussão ali travada avança na controvérsia sobre a classificação do contrato de concessão como um contrato personalíssimo, debate que tem

¹³³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

¹³⁴ VEDEL, Georges. *Droit administratif*, pp. 814-815. *apud* HARB, Karina Houat. *Princípio da continuidade do serviço público e interrupção*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹³⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 106-107.

impacto direto no debate sobre a necessidade se proteger a atividade e não a figura do empresário, no mesmo sentido que parece apontar a interpretação do princípio da continuidade do serviço público.

O contrato personalíssimo é conceituado pela doutrina como contrato em que se contrata o sujeito específico, levando-se em conta as qualidades pessoais da pessoa contratada¹³⁶. Um conceito mais ligado, claramente, a pessoas físicas, cuja personalidade permite fazer um trabalho que não seria equivalente ou idêntico a nenhuma outra pessoa. A qualificação diferenciada justificaria a contratação especialíssima, pois passa a ser a razão de ser do próprio contrato.

Essa classificação parece não ter correspondência em uma contratação onde o contratado é selecionado por meio de um processo de ampla concorrência, em que o vencedor é “escolhido” por meio de julgamento de critérios objetivos, em boa medida em função do preço ofertado em um leilão. Essa ordem de *intuito persone* também não parece se encaixar na lógica de um contrato de serviços público, em que a mutabilidade do contrato faz parte dos mecanismos intrínsecos aos contratos de longo prazo.

Nesses contratos de longo prazo, a segurança jurídica se alcança ao ser garantida a mutabilidade do negócio jurídico formado, porque estamos diante de interesses maiores, relativos ao projeto concessionário e à prestação do serviço público, e não da pessoa que foi contratada. O dever é preservar o contrato, com os negócios e bases que lhe são característicos, inclusive com eventual transferência da concessão. Não se está, então, diante da necessidade de proteção do indivíduo ou da empresa contratada, mas sim do objetivo que se pretende alcançar com o contrato e com as próprias balizas fixadas pelo contrato de concessão, definidas e escrutinadas pela sociedade em prévio procedimento licitatório.

A citada ADI 2946, proposta pela Procuradoria-Geral da República, provocou manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, uma vez que o dispositivo autorizaria uma transferência da concessão, sem que fosse observado o prévio procedimento licitatório. As discussões ali travadas nos auxiliam no fomento de ideias sobre os objetos tutelados pela Lei de Concessões quando a concessionária se vê diante de crises financeiras. O acordo já se inicia com taxativa afirmação de que “a concepção de que os contratos administrativos ostentam caráter personalíssimo ou natureza

¹³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 33-34.

intuitu personae ‘reflete uma transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente’, pegando de empréstimo as lições do professor Marçal.¹³⁷

O voto do Ministro Dias Toffoli, Relator, aborda a continuidade dos serviços públicos nesta ótica de possibilidade de substituição da empresa vencedora do leilão, ao defender ser salutar em um regime jurídico peculiar como o da concessão que a concessionária tenha a possibilidade de se ajustar à vicissitude da execução contratual, em especial com o objetivo de concretizar o mandamento da continuidade da prestação dos serviços públicos¹³⁸. O Ministro também corroborou a tese de que não há que se falar em caráter personalíssimo do contrato, interessando à Administração, mais do que a pessoa do contratado, a proposta mais vantajosa resultante do leilão, que *prima facie* vincula a Administração, por ter sido fruto de um procedimento licitatório.

O voto do Ministro Gilmar Mendes agrega elementos ao debate sobre a preocupação da norma com a prestação do serviço e não à pessoa da SPE, ao afirmar que as características do contrato, que espelham normas legais, disciplinam a necessária continuidade do serviço prestado, mesmo na hipótese de transferência, uma vez que o contrato continuará incólume, já que a transferência seria condicionada ao compromisso de integral cumprimento da avença. O Ministro fala, inclusive, sobre a necessidade de se repensar o caráter personalíssimo do contrato de concessão, já que no bojo do processo licitatório são verificados os aspectos técnicos e econômicos dos pretendentes, mas daí não decorre que haja vinculação subjetiva incondicionada ao vencedor, em especial pela impessoalidade que deve imperar nas contratações públicas. Desse procedimento não poderia resultar a vinculação absoluta à pessoa vencedora.

O caráter personalíssimo do contrato de concessão, inclusive, contraria diversas outras disposições legais, já que a própria Lei nº 8.987/95 tem outras disposições que permitem a substituição do licitante vencedor, como o art. 20, por exemplo, que faculta que o licitante vencedor, quando consórcio, se constitua apenas posteriormente em empresa. O art. 25, §1º, por sua vez, estabelece a possibilidade de contratação de terceiros pela concessionária. O art. 90, §1º, agora da Lei nº 14.133/2021, autoriza que, quando não comparecer o vencedor, abre-

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2646/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado 18 maio 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760811893>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹³⁸ *Ibidem*.

se margem ao chamamento dos demais classificados.

Mesmo que exista ampla doutrina que defenda o caráter *intuitu personae* do contrato de concessão, como pode ser exemplificado com a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³⁹, boa parte dos estudiosos sobre o tema já acompanham a evolução do Direito, defendendo que o caráter pessoal do contrato não pode ser confundido com uma natureza personalíssima da avença¹⁴⁰. Marçal Justen Filho, citado por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade o art. 27, inclusive, já sedimentou seu entendimento sobre a matéria:

Reputa-se, respeitosamente, que os argumentos do personalismo do contrato administrativo, da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao resultado do certame não se afiguram como suficientes para respaldar a conclusão atingida (...) o contrato administrativo não se configura como personalíssimo (excetuadas as hipóteses em que a identidade do licitante seja o motivo fundamental de sua escolha). Realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva. O que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora (...) não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada.¹⁴¹

Curioso que o julgamento da ADI 2946, traz reflexão sobre a prevalência de preocupação do Poder Público com os aspectos objetivos do contrato, com suas cláusulas e suas prescrições, e não com os aspectos subjetivos, que apenas atraem a preocupação com relação a aspectos de viabilidade técnica e financeira. Todos os argumentos ali explorados, seja pelos Excelentíssimos Ministros, seja pelos Ilustres advogados na Tribuna, reforçam a tese de que a modelagem legal da concessão não se preocupou especialmente com a pessoa do concessionário, mas sim com atividade que este se comprometeu a prestar, nos limites do contrato licitado.

O Ministro Nunes Marques, inclusive, foi contundente ao defender que quem vence o procedimento licitatório é a proposta, e não especialmente a empresa licitante. Outra lição que se tirada do julgamento da ADI é que os termos da licitação, já realizada, é premissa para qualquer transição que se pretenda empreender na concessão. Trata-se de pensamento diametralmente oposto o que pode ocorrer em uma recuperação judicial, se aceita a tese de que

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214.

¹⁴⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 736.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 841-842.

obrigações previstas no contrato poderiam ser revistas pela vontade da maioria dos credores.

Não há, portanto, como se fugir da realidade do contrato de concessão, onde a exploração do ativo ou serviço concedido é de titularidade do Poder Público. Sua prestação ou exploração deve ser assumida pelo Poder Concedente, se a Concessionária falhar, descumprir o contrato de concessão, não mantiver a saúde financeira, deixar de existir, isso entre outras hipóteses. Pode, inclusive, o Estado vir a explorar diretamente o ativo ou o ativo, ou mediante nova concessão. É esta a única interpretação possível do disposto no art. 175 da Constituição Federal.

O serviço público, ou seja, a atividade desempenhada pela sociedade empresária, protegida pela Lei de Falência e Recuperação Judicial, portanto, por força de lei e da Constituição Federal, continuará sendo prestada em eventual extinção da concessão por insolvência da atual concessionária exploradora, não estando a exploração da atividade econômica, assim como os consectários desta, atrelados à continuidade da Sociedade de Propósito Específico ou daquela concessão específica.

Assim como a atividade econômica permanecerá, com exploração direta ou indireta pela União, também as empresas que formam uma SPE criada para a exploração da concessão continuarão a existir, uma vez que apenas se uniram para a exploração do ativo ou serviço concedido, sendo, em regra, sociedade pré-existentes.

Foi esse o entendimento externado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, Ministra Relatora do Recurso Especial nº 1.828.901, ao negar o pedido de efeito suspensivo formulado pela concessionária, em recurso que se insurgia contra decisão proferida pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que determinou a continuidade do processo administrativo de caducidade instaurado pelo reiterado descumprimento contratual de Viracopos.

Isso significa que a única atividade econômica desenvolvida pela empresa em recuperação é serviço público típico, de titularidade da União Federal (CF, art. 21, inciso XII, alínea c), a ela concedido nos termos do contrato administrativo mencionado. Dessa forma, não se cogita aqui de recuperação judicial como forma de manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e nem do interesse social. Ao fim do contrato de concessão, seja pelo término normal do prazo do contrato, seja pela relicitação ou pela caducidade, a atividade econômica continuará a ser desenvolvida pela União - a quem os bens (infraestrutura aeroportuária) serão automaticamente revertidos - diretamente, por meio da Infraero, ou de outra concessionária.

Nada obsta a que empresa titular de concessão de serviço público se beneficie do processo de recuperação judicial. A Lei 11.101/05 não faz restrição a essa possibilidade. As medidas constritivas tendentes à satisfação dos créditos extra

concurais de que a União seja titular terão sua efetivação condicionada à avaliação do Juiz da Recuperação, na linha da iterativa jurisprudência deste Tribunal.

Buscar-se-á, então, a preservação da atividade econômica da empresa, não à preservação de serviço público, o qual não depende da existência de determinada concessionária.

No caso presente, todavia, o propósito da SPE em recuperação confunde-se com o próprio contrato de concessão. Com o fim do contrato de concessão não se justifica a SPE. O fim da SPE não significa o término da atividade econômica e dos empregos por ela gerados, pois o serviço público continuará a ser exercido por sua titular, a União, direta ou indiretamente. Remanescerão, todavia, as empresas privadas que integram a SPE, as quais podem continuar a exercer seu escopo social. Se estas eventualmente pedirem recuperação - o que não é alvo do presente processo - eventual crédito público terá sua execução de alguma forma afetada. Haverá, então, interesse meramente financeiro do ente público, na satisfação de crédito contra empresa em recuperação.¹⁴²

Ainda que pensemos na necessidade de manutenção da atividade empresária, de forma a impedir uma interrupção temporária do serviço, durante o período entre a saída do concessionário insolvente e ingresso do novo concessionário, ainda assim não seria a recuperação judicial o instrumento adequado para esta transição, havendo na lei regente das concessões institutos como a intervenção ou mesmo a assunção por investidores, que parecem endereçar o problema de forma muito mais aderente à disciplina do contrato público de concessão.

3.2 O Princípio da Recuperação das Sociedades Recuperáveis Contempla a Recuperabilidade Jurídica

O Parecer nº 534, de 2004, do Senador Ramez Tebet, que integra a exposição de motivos da Lei nº 11.101/2005, acrescenta a “recuperabilidade” como pressuposto principiológico da recuperação judicial, ao afirmar que “sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial”.¹⁴³

Do Princípio, previsto na exposição de motivos, há evidente intenção de preservação da atividade empresária, quando for possível, não se voltando a norma, como já visto, à proteção da pessoa do empresário ou mesmo da sociedade, importando apenas para a coletividade a preservação da atividade. Pela interpretação literal do dispositivo, são duas as prescrições

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1828901/SP*. Quarta Turma. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgada em 17 fev. 2020. Publicada em 19 fev. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106250787&tipo_documento=documento&num_registro=201902219164&data=20200219&tipo=0&formato=PDF. Acesso em 02 jul. 2022.

¹⁴³ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005*. Parecer nº 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 02 jul. 2022, p. 29.

interpretativas contidas no Princípio, e que devem ser vistas como base hermenêutica para a aplicação do diploma que rege a recuperação judicial: a primeira delas, a necessária averiguação a respeito de possibilidade real de manutenção da atividade, e a segunda, a viabilidade jurídica na continuidade da atividade, em reforço à função social da empresa.

A recuperabilidade da empresa que requer a reestruturação por meio da recuperação judicial, ostenta, portanto, uma face além da possibilidade financeira de reorganização da atividade. Deve também ser indagado se realmente se trata de sociedade empresária passível de cumprimento, ao menos, daquelas obrigações às quais, por força de lei, não pode se escusar. Vale outra ressalva, que pode ser também extraída do Princípio. Quando a exposição de motivos ressalta que um dos fundamentos que permeia a norma é a recuperabilidade da empresa, aponta-se para o caminho da falência quando, para o mercado atingido, for mais saudável a retirada ou a substituição daquele agente debilitado.

É esta, e não poderia ser outra, a posição do Professor Manuel Justino Bezerra Filho, ao afirmar que a Lei nº 11.101/2005 apenas encontraria sua necessária aplicação em caso de empresas que poderiam se recuperar dentro da legalidade, estando aquelas em crise insuperável fadadas a ter sua falência decretada, justamente para não perturbarem o bom andamento das relações econômicas do mercado.¹⁴⁴

Vera Helena de Mello Franco, em estudo sobre a função social da propriedade na recuperação judicial, foi ainda mais explícita ao lembrar que nem toda empresa merece o tratamento previsto na Lei de Recuperação Judicial, uma vez que todo o mercado deve ser analisado quando se pensa na possibilidade de soerguimento, e que a manutenção de empresas ineficientes no mercado, via descumprimento de obrigações assumidas, pode contaminar todas as empresas sadias¹⁴⁵. Trata-se de preocupação com a perpetuação de um comportamento oportunista que também deve ser observada em concessões de serviços públicos.

Pelas lições de Manoel de Queiroz Pereira Calças, a possibilidade de reestruturação tem que estar integralmente prevista no Plano de Recuperação Judicial, que deve demonstrar que a

¹⁴⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

¹⁴⁵ DE MELLO FRANCO, V. H. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque. *Direito & Justiça*, [s. l.], v. 41, n. 2, p. 225–237, 2015. DOI 10.15448/1984-7718.2015.2.21436. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=137923721&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 13 maio 2022.

recuperação é econômica, técnica e juridicamente viável¹⁴⁶. Apenas nessa hipótese estaria configurada a “recuperabilidade” prevista na exposição de motivos da norma. A necessidade de recuperação amparada em um plano juridicamente viável merece ainda mais destaque neste capítulo.

Corroborando todas as assertivas feitas neste tópico, a exposição de motivos da norma consigna, também, que, caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.¹⁴⁷

O plano traçado para a sociedade que se pretende reerguer deve contemplar, no mínimo, a obrigação de a empresa honrar aquelas obrigações que decorrem de lei. Quanto tratamos da viabilidade jurídica de terminada empresa no âmbito de um processo de judicial de soerguimento, por certo temos que ter em mente que o Princípio da Recuperação das Sociedades Recuperáveis estipula este limite. Cabe então apontar, mais uma vez, quais seriam as obrigações, decorrentes de lei, das quais não poderia se furtar uma empresa em crise caso se socorresse da recuperação judicial.

Esse exercício, que deveria também ser feito nos processos de recuperação judicial, nos confronta com uma realidade que dificilmente encontra um campo franco de debate, como em varas especializadas em processos de falência e recuperação judicial. A disciplina legal estrita e o procedimento já conhecido pelos magistrados dificilmente acolhem a possibilidade de debate aprofundado sobre o real benefício social de se submeter uma concessionária à recuperação, mesmo que em um caso concreto.

Nos termos do art. 47 da LFRE, caso os benefícios da recuperação sejam menores à sociedade do que prejuízos, a saída para a sociedade será a falência¹⁴⁸. Para Daniel Carnio Costa a recuperação apenas deveria ser perseguida “em função dos benefícios sociais relevantes que

¹⁴⁶ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). *Rev. TST*, Brasília, vol. 73, nº3, jul/set 2007, p. 39.

¹⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer nº 534*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 04 jul. 2022, p. 29.

¹⁴⁸ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 214-216.

serão produzidos em razão da preservação e da recuperação da atividade produtiva”¹⁴⁹. Ocorre que, quando tratamos de uma concessionária de serviços públicos, os benefícios sociais atingidos com a recuperação dificilmente conseguirão superar os prejuízos, tendo em vista, em última análise, que todos os favores concedidos à recuperanda imporão prejuízo a toda a coletividade, que arcará com tais custos. Se nas demais recuperações judiciais isso já ocorre, de forma indireta, na recuperação judicial de uma concessionária de serviços públicos isso tem o potencial de ocorrer de forma direta.

No caso da concessão de serviço público, por força do artigo 38, inciso IV, da lei de concessões, a concessionária tem obrigação de manter sua higidez econômica durante todo o período da concessão, como já visto. Apenas esse dispositivo poderia já ser capaz de afastar do âmbito das concessões a possibilidade de soerguimento por meio de uma recuperação, na estrita observância da viabilidade jurídica de recuperação. No entanto, por inexistir proibição expressa na específica norma de falências e recuperações, o Judiciário tem admitido tal possibilidade¹⁵⁰, sendo que as discussões travadas nessas ações muitas vezes passam pelas incompatibilidades destacadas neste trabalho, sendo que, em casos menores, seguem apenas o rito mais ordinário das recuperações judiciais.

Hoje, então, o cenário de aceitação pelo Poder Judiciário da possibilidade de utilização da recuperação judicial por concessionárias de serviços públicos é pacificado, ainda que gere controvérsia. Apesar de todas as questões suscitadas neste trabalho serem também repisadas no âmbito do Poder Judiciário, em maior ou menor grau de profundidade, as divergências quanto à prevalência das singularidades de cada instituto acaba por ser definida de forma casuística nos processos em que são suscitadas. Mesmo em casos de relevo podemos perceber uma interpretação diversa da norma nos diferentes casos analisados, como na discussão sobre exigência de seguros. Com finalidade de auxiliar na definição desses limites, e de prestigiar a necessidade de respeito à aplicação do Princípio Recuperação das Empresas Recuperáveis, volta-se a analisar os limites intransponíveis postos na legislação e que são um claro parâmetro

¹⁴⁹ COSTA, Daniel Carnio. Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de Ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular. *Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD*, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/37de%2004.pdf?d=636688261614679211>. Acesso em 02 jul. 2022.

¹⁵⁰ Além das Recuperações Judiciais já citadas, tramitam ou tramitaram perante o Poder Judiciário Recuperações propostas por Viação São Raphael Ltda (1019846-82.2015.8.26.0576), SP; por Concessionária Rodovias do Tietê S.a. (1005820-93.2019.8.26.0526), SP; Rede Energia S/A (0067341-20.2012.8.26.0100), SP; Concessionaria Spmar S/A (1080871-98.2017.8.26.0100), SP; EXPRESSO PÉGASO EIRELI (0094011-18.2020.8.19.0001), RJ; SUPERVIA CONCESSIONARIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO (0125467-49.2021.8.19.0001), RJ; etc.

ao enquadramento de tais situações na esfera da recuperabilidade.

Uma das primeiras grandes barreiras legais à recuperabilidade de determinada concessionária de serviços públicos diz respeito à própria concursabilidade dos créditos públicos, como abordado no Título 2.1. deste trabalho. Essa barreira seria ainda mais visível em situações de submissão dos créditos públicos à soberana vontade da Assembleia-Geral de Credores, em casos em que a flexibilização de regras de pagamento de créditos públicos seja determinante à sobrevivência da concessionária. A divergência jurisprudencial abordada naquele capítulo não é capaz de elucidar integralmente a discussão, apesar de recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁵¹ no sentido da impossibilidade de inclusão dos créditos públicos.

Posicionando-se, então, de forma conservadora na interpretação conjunta das normas (LFRE e Lei de Concessões) quanto a esses créditos, inclina-se pela necessidade de a negociação dos créditos públicos, caso levados à recuperação judicial, exclusivamente na esfera da devedora (recuperanda) e do credor (ente público), formalizada por meio de transação, como permitido pelo art. 68 da LFRE, e nos limites do quanto permitido pela lei que rege as transações por entes públicos (Lei nº 13.988/2020, Portaria AGU nº 249/2020 e Portaria PGF nº 333/2020). Assim um primeiro crivo a ser feito quanto à recuperabilidade da empresa seria sobre a viabilidade real da empresa frente a esses limites legais para negociação do crédito público.

Outra barreira jurídica à recuperabilidade em casos em que se discutem conteúdo intrínseco aos contratos de concessões, como visto nos Títulos 2.2. e 2.3, seria a impossibilidade de a concessão de serviços públicos, da forma como foi desenhada na elaboração da Política Pública do setor, ser desconfigurada apenas para permitir a recuperação econômico-financeira de uma empresa específica. E podem ser incluídos neste desenho da concessão e da política pública tanto as obrigações principais assumidas pelas partes, inclusive financeiras, quanto os instrumentos que as garantem, como a aplicação de multas, possibilidade de encampação ou mesmo de decretação de caducidade. A barreira da recuperabilidade se torna um pouco mais nítida neste caso, porque eventual benefício alcançado na situação específica de determinada concessionária acabaria por abalar integralmente a confiança em todo o instituto da concessão, que tem na segurança jurídica, no respeito às regras pré-estabelecidas, um dos seus principais pilares, como se pretende aprofundar no próximo tópico.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.931.633/GO*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 9/8/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1931633&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

Nesse ponto, antes mesmo de se ingressar em uma abordagem sobre segurança jurídica, podemos já falar novamente da balança entre benefícios e prejuízos, que deve sempre pender para os benefícios no caso de prosseguimento de uma recuperação judicial. Se, ordinariamente, em uma recuperação judicial os ônus da recuperação já recaem sobre toda a sociedade¹⁵², no caso de uma concessão de serviços públicos onde a própria formatação da concessão está sendo questionada, isso ocorre em muito maior grau. Não é demais lembrar que uma das justificativas legais previstas no Programa Nacional de Desestatização é justamente a redução da dívida pública, em caminho inverso da eventual concessão de benefícios a devedores contumazes em sede de recuperação judicial.

Curioso nesse ponto pensar que há, em verdade, um confronto entre duas Políticas Públicas estabelecidas. Uma delas voltada à preservação de empresa e outra delas voltada à delegação da prestação de um serviço público à esfera privada. Da mensuração de quais seriam então os bens jurídicos tutelados, e no confronto entre eles, podemos extrair a resposta sobre a viabilidade de se tentar preservar uma sociedade empresária, em detrimento da confiança que deve ser preservada em relação à concessão. O fato já conhecido e explorado anteriormente de que a atividade, em todo caso, continuará, pode deixar ainda mais evidente a ausência de balanço positivo deste cotejo.

Sobre esse necessário pêndulo positivo para os benefícios que virão da recuperação judicial de determinada empresa Fabio Ulhoa Coelho traz a relevante lição de que “quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para seus credores”.¹⁵³

No caso de uma concessão de serviços públicos, com muito mais razão, os riscos da atividade econômica e das decisões empresariais devem ser integralmente suportados pelas concessionárias. Trata-se de um ponto de análise de recuperabilidade jurídica de concessionárias de serviços públicos. O mandamento para essa realidade tem origem legal, com previsão expressa no art. 2º, II a IV, da Lei de Concessões. Essa ideia de que os riscos do

¹⁵² “Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de risco associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. 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” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 396)

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 238.

negócio devem ser suportados pela concessionária está na lei, por ser parte integrante do próprio conceito da concessão.

Importante aqui, inclusive, deixar já consignado que não se trata de impor ao concessionário os riscos da atividade, ainda que sob situações imprevisíveis que o pudessem onerar de forma inesperada. A disciplina dos riscos dos contratos de concessão, vista por uma ótica moderna e amplamente aceita na doutrina, como ensina Marcos Augusto Perez, propõe que esta aceitação de todos os riscos da concessão tem campo nos eventos imprevisíveis, estando aqueles imprevisíveis resguardados no âmbito do próprio contrato¹⁵⁴. É nesse sentido que todos os riscos ordinários de decisões empresariais tomadas em uma concessão de serviços públicos, por força de lei, devem ser suportados pela empresa concessionária.

O deferimento de qualquer benefício à concessionária, além daqueles diretamente delimitados nos diplomas legais, também encontra barreira na previsão de como devem ser tratados os riscos em uma concessão. E não se pode alegar, então, que acontecimentos imprevisíveis, que eventualmente pudessem gerar um desequilíbrio contratual em favor da concessionária poderiam ser resolvidos em sede de recuperação. Igualmente é cediço nas normas que disciplinam as concessões que o contrato de concessão deve prever expressamente essas situações onde o risco se inverte e se opera em favor do concessionário¹⁵⁵. É justamente nessa repartição de riscos entre possíveis eventos ocorridos no curso do contrato que está o equilíbrio econômico-financeiro inicial, que deve ser mantido durante toda a concessão, como já abordado no Item 2.3. deste trabalho.

Ainda neste sentido, eventual socorro por eventos imprevisíveis, também por determinação da Lei nº 8.987/1995 (art. 1º), deve ser buscado nas linhas do contrato de concessão, o que pode ainda ser apontado como mais uma barreira à recuperabilidade em sede de judicial.

Voltando a uma análise mais objetiva dos limites legais para o soerguimento de concessionárias em sede de recuperação judicial, outras travas, previstas na lei de concessões, merecem algum cuidado. Soma-se à necessidade de manutenção da higidez econômica a possibilidade de a concessão ser extinta pelo não cumprimento do contrato de concessão. Trata-se de consectário dos encargos da concessionária previstos no art. 31 da Lei de Concessões,

¹⁵⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 101-104.

¹⁵⁵ PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, *Revista do BNDES*, jun. 2006, v. 13, n. 25, Rio de Janeiro, p. 165.

quando prevê que incumbe à concessionária *cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão*. Qualquer Plano de Recuperação Judicial, portanto, no caso de entendimento de cabimento de recuperação judicial de concessionária, teria também como limite as normas já estabelecidas no contrato de concessão, que não poderia ser desconfigurado em nenhuma de suas previsões, inclusive no que diz respeito à possibilidade de extinção.

Uma concessionária, portanto, uma vez inadimplente com as principais contraprestações pela exploração do serviço, como valores relativos a outorgas, por exemplo, pode ter a concessão extinta pelo Poder Concedente, findando-se, assim, em regra, a empresa a ser recuperada, já que criada especificamente para exploração da concessão. Trata-se de característica específica de concessões de serviços públicos, que tem amparo no art. 19, §1º e 20 da Lei de Concessões, o qual faculta ao Poder Concedente determinar a constituição de empresa específica para a exploração do serviço ou do ativo licitado. É uma faculdade posta em favor do Poder Concedente nos casos de concessões, mas de observação obrigatória nos casos de Parceria Público-Privadas (art. 9º, Lei nº 11.079/2004), e que comumente vem sendo utilizada em todos os setores em que a concessão tem espaço.¹⁵⁶

Especialmente nos casos de Sociedades de Propósito Específicos, criadas para a exploração do serviço ou do ativo concedido, a sociedade, independentemente do quanto acordado na recuperação judicial, apenas teria sobrevida até a extinção do contrato, por término do prazo de vigência, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da concessionária. Foi nesse sentido o voto proferido pelo Desembargador Cláudio Godoy, no Agravo de Instrumento nº 2218060-47.2016.8.26.000, em que se analisa a possibilidade de

¹⁵⁶ Apenas para exemplificar: BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Edital de Concessão nº 01/2022/ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2430886/Edital+-+18_02_2022.pdf/e3f0e9f2-ec94-8232-9b2f-0a15cfa83a3d?version=1.2&t=1645202758483; BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Edital do Leilão nº 01/2022/PPI/PND*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/leilao-01-2022-ppi-pnd!/ut/p/z1/vZRfb9owFMU_Sx_yaOz8AczeUkRJRxi0QIG8ICcxibfEdm2XrP30MwxVWjdAVdXlxcvV8Tn3d6MbmMAVTDjZsYIYJjip7Ps66Wzi3mgQBRMUT-4jjMK4H8-nNxiNBx5cHgToxBMimJy__wATmGTcSFPCdcpzqjeMa8PMU3bowEGlqKmDjCjCs6IozxhxnVRbWyXLyQjwkFSiYxqLfSG1hvCc1JTbmy9oqwiAiAXeMjzgjQMSJ7vM2XGcpuY9TpZO-8CTD0KAuxnAHeCHKSd1N_6bo4JwkfGMxDJ-REs931_OMTDmUYTm5nsym6mwdvBcif3qAwit1FML5G3ugvweTWH1hBP24Hg5E77PIHwZku1paie5rCh8sdow1ccKFq--Vn7xxSdClh4X0w4YJ9-3PtU59q7wYftP96adHsJrPvj49JaNdNcEN_Grj6b_tmwz017o8Ly0RMCRjfcrg6IbYoRSXS33-fkKc-ttcU3VJFVetJ2XJpjNRfHOSgpmlaB4pWIXatVNmK1LY9ocyeRTND30sEaA1eif7VQim0nd3bZCjrRY39Z_DjPnq5_gaG_RQ38219PjB4Ge_Kq6ufgH6fpY1/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/; BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Edital do Leilão nº 01/2020/ANAC*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/sexta-rodada/02-processo-licitatorio/01-edital-e-anexos/17-edital-termo-compromisso-consituicao-spe.pdf>.

recuperação judicial de sociedade de propósito específico imobiliária. Apesar de se referir de forma direta à discussão aqui travada, os argumentos utilizados pelo Excelentíssimo Relator se encaixam perfeitamente à discussão.

Portanto, já não fosse a perplexidade de se pensar já na recuperação de sociedades que nascem para se extinguir não se soerguer e já não fosse a solução própria para os casos de se frustrarem seus objetivos, sempre em proteção dos adquirentes, não se podem deles retirar, pela via recuperacional, as prerrogativas legais próprias à defesa de seus específicos interesses, não associáveis em mesmo moldes aos de outros credores, financiadores ou fornecedores da sociedade criada ou mesmo do grupo ou de quem a controla.

Por conta dessa efemeridade, característica intrínseca das Sociedades de Propósito Específico que assumem uma concessão, que Pedro Henrique Braz de Vita e Vitor Beux Martins se posicionaram expressamente contra a possibilidade de utilização da recuperação judicial por concessionárias de serviços públicos. Entre outros argumentos, sustentaram os autores que um dos principais motivos de exigência de criação de uma sociedade de propósito específico seria justamente a proteção dos interesses da Administração, de forma a não ser afetada por possíveis crises financeiras das empresas formadoras da SPE durante a execução do projeto licitado.¹⁵⁷

3.3 O Princípio da Segurança Jurídica e Teoria Institucionalista: Confiança Necessária ao Modelo de Financiamento *project finance* das Concessões

Outro Princípio Geral de Direito citado pela exposição de motivos como suporte para todo o procedimento de recuperação judicial é o da segurança jurídica, aqui considerado pelo dever de se

conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.¹⁵⁸

Como já antecipado no capítulo anterior, a segurança jurídica em uma análise de compatibilidade entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos pode ter uma outra feição.

De modo geral, a segurança jurídica pretende conferir aos particulares a previsibilidade

¹⁵⁷ DE VITA, Pedro Henrique Braz. MARTINS, Vitor Beux. A recuperação judicial e o soergimento de SPEs concessionárias de serviço público em PPPs. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

¹⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005*. Parecer n° 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 13 jul. 2020. p 30.

na aplicação de determinado instituto¹⁵⁹, fazendo com que todas as pessoas por ele atingidas tenham a oportunidade de antever seus limites e desdobramentos. Até esse ponto, nada parece afetar o instituto da concessão de serviços públicos. Ocorre que a aplicação da recuperação judicial às concessionárias, sem o conhecimento dos limites de ação de cada um dos agentes envolvidos, cria um cenário de insegurança jurídica em todo o sistema de concessões, que passa a não mais poder contar com a premissa de que a concessão seguirá as balizas firmadas legalmente para o contrato. A segurança jurídica em qualquer setor que tenta atrair investimentos internacionais, tem que estar pautada na previsibilidade de que a legislação e o contrato serão integralmente cumpridos, respeitados pelas partes e agentes públicos, incluindo aqui o Poder Judiciário.¹⁶⁰

Vemos claramente que a flexibilização, em qualquer esfera, da certeza decorrente da seriedade do procedimento do leilão, da vinculação das partes ao instrumento contratual ou do tratamento isonômico com demais concessionários, como exposto no Título 2.3., é o oposto da segurança jurídica que se pretende conferir às nossas instituições, aqui citadas no sentido pretendido por Douglass North como sendo as "regras do jogo".

As instituições são restrições criadas pelos homens que estruturam a interação política, econômica e social. Elas consistem em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade). Ao longo da história, instituições foram criadas por seres humanos para criar ordem e reduzir a incerteza nas trocas. Juntamente com as restrições comuns da economia, elas definem o conjunto de opções e, portanto, determinam os custos de transação e produção e, portanto, a lucratividade e a viabilidade de se envolver na atividade econômica. Elas evoluem gradualmente, conectando o passado com o presente e o futuro; a história em consequência é, em grande parte, uma história da evolução institucional, na qual o desempenho histórico das economias só pode ser compreendido como parte de uma história sequencial. As instituições fornecem a estrutura de incentivos de uma economia; à medida que essa estrutura evolui, ela molda a direção da mudança econômica em direção ao crescimento, estagnação ou declínio.¹⁶¹

O Princípio da Segurança Jurídica para as recuperações, portanto, tem interpretação diversa à faceta da Segurança Jurídica que envolve a concessão. Pode-se dizer que são duas faces do mesmo Princípio. Em um ambiente da recuperação judicial o princípio quer significar que credores e recuperanda devem ter a confiança de que as decisões tomadas no âmbito da

¹⁵⁹ FREIRE, Fernando José de Barros. *Previsibilidade dos efeitos do direito e segurança jurídica*. 2007. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 63.

¹⁶⁰ HASELOF, Fabíola Utzig. *Segurança jurídica como estoque de capital: o papel do Judiciário e a racionalidade econômica*. Reflexões sobre direito e economia. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro e a Escola da Magistratura Regional Federal da 2a Região (EMARF) Cap. 7, p. 170.

¹⁶¹ DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institutions, 2006, Cap. 1.

recuperação serão respeitadas por todas as partes, conferindo, assim, mais confiança às relações de crédito¹⁶². Na visão da concessão é a segurança jurídica perseguida na busca do estrito cumprimento das obrigações assumidas pelas partes por força do contrato, sem que qualquer arbítrio estatal possa se sobrepor a uma situação previamente definida. Lucia Valle Figueiredo caminha nesse sentido ao sustentar que revisitar essas posições previamente conhecidas seria verdadeira ofensa ao “maior de todos os princípios”.¹⁶³

Desse desenho da concessão observamos que qualquer ruptura nas expectativas das partes e do mercado poderiam gerar uma instabilidade indesejada, afastando a vida de uma concessão da previsibilidade que o instituto precisa ter para atrair investimentos. É neste sentido que Eduardo Sousa, em estudo sobre a segurança jurídica em investimentos privados no setor de portos, pontuou que “um modelo jurídico que favoreça ou atraia investimentos privados precisa ser estruturado sob o signo deste princípio”¹⁶⁴ (da segurança jurídica).

A segurança da manutenção das bases contratuais para a concessão é mandatória quando observado que qualquer aquiescência com benefícios conferidos à concessionária, como diminuição ou parcelamento de multas ou mesmo de outorgas, poderia ser determinante para que outra empresa participante do leilão ofertasse lance mais atrativo para a União Federal, como já dito acima. Não parece ser essa a roupagem que o legislador pretendeu dar à isonomia e à segurança jurídica em matéria de concessões.

Outro norteador da atividade do aplicador da norma que traz a recuperação judicial para o ordenamento Brasileiro é a necessária visão de que o instituto apenas deve ser usado quando, entre as suas consequências, estiver a redução do custo do crédito no Brasil. Isso porque, nas palavras do Senador Ramez Tebet,

é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

Explorando o fato de a norma apenas permitir o soerguimento daquelas atividades que de fato podem e merecem se socorrer da oportunidade de reestruturação, o Professor Thomaz

¹⁶² MARINHO, Sarah Morganna Matos. *A segurança jurídica nas relações de crédito e a recuperação judicial de empresas: uma análise de eficiência da Lei nº 11.101/2005 no que diz respeito à proteção do mercado de crédito*. XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. 2013. p. 398. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2201611d7a08ffda>. Acesso em 30 jun. 2022.

¹⁶³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 236.

¹⁶⁴ SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos: segurança jurídica e investimentos privados. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 107-131, jan./jun. 2014, p. 122.

Henrique Junqueira de Andrade Pereira¹⁶⁵, em sua tese de mestrado, corrobora as lições de Carlo D'Avack¹⁶⁶, ao afirmar que para as empresas que podem prejudicar o crédito em geral, o caminho esperado deve ser a falência, com a liquidação de seus bens e quitação dos créditos, como consequência.

O sinal que a recuperação judicial de concessionárias de serviços públicos emite ao mercado de crédito parece ser outro, diametralmente oposto ao pretendido, de que a concessionária pode prestar um serviço ruim, ser multada pela agência reguladora, não pagar suas multas, podendo até não pagar a contraprestação a que se propôs mediante um contrato de concessão, havendo a possibilidade, em todo caso, de discutir integralmente esses valores depois em recuperação judicial.

Como já demonstrado, a flexibilização do Princípio da Vinculação ao Contrato e do Princípio da Isonomia incorpora à sistemática da concessão uma instabilidade indesejável, abominada pela teoria institucionalista, que tem na força das instituições um pressuposto para o desenvolvimento. Entre os setores estratégicos da economia citados pela teoria institucionalista como base para o desenvolvimento está o mercado financeiro, compreendido como o mercado de ações e o mercado de crédito. Este último, por estar no centro da discussão proposta neste trabalho, inclusive, merece um destaque especial.¹⁶⁷

A teoria institucionalista sedimenta a importância do mercado de crédito para o desenvolvimento em uma premissa simples, a de que em um país sem grandes reservas financeiras, como é o caso dos países em desenvolvimento, o crédito passa a ser o verdadeiro veículo para possibilidade de crescimento de setores cruciais da economia.¹⁶⁸

O financiamento, seja público ou privado, passa a ter papel central em políticas que visam destravar o crescimento de cada setor. Consequentemente, o mercado de concessão tem que, necessariamente, estar servido de leis e normas infralegais que assegurem a higidez de todo o sistema, com o objetivo de atrair mais pessoas e empresas interessadas em investir, certas de que o sistema lhes concederia garantias necessárias para tanto. É essa, portanto, a ideia por trás da defesa da teoria institucionalista quando enaltece a importância do mercado de crédito.

¹⁶⁵ PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 64.

¹⁶⁶ D'AVACK, Carlo. *La natura giuridica del fallimento*. Cedam, 1940, p. 117.

¹⁶⁷ DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institutions, 2006, Cap. 10.

¹⁶⁸ Ibidem.

Um país precisa de investimentos. Para atrair investimentos, o país tem, obrigatoriamente, que conceder garantias para quem deseja ali alocar o seu capital.

Quando tratamos de segurança jurídica nas concessões não podemos nos esquecer da modalidade de financiamento utilizada em concessões onerosas, em especial aquelas que exigem altíssimos investimentos iniciais por parte do particular para viabilização da exploração do ativo ou serviço concedido, o *project finance*. O *project finance* é uma forma de financiamento de projetos, utilizada comumente no setor de infraestrutura, com especial destaque para concessões precedidas de obras públicas, que exigem elevado aporte de capitais.

Define-se o termo *project finance* como uma modalidade de financiamento cujo processo de avaliação, estruturação e concessão dos recursos está calcada, primordialmente, na capacidade financeira do projeto¹⁶⁹. A decisão dos credores basear-se-á, dentre outros aspectos, na capacidade do projeto em saldar suas dívidas e remunerar o capital, sem contar com ativos e fluxos de caixa de outros empreendimentos dos acionistas (ou seja, sem solidariedade), não sendo, portanto, um meio de financiar projetos economicamente fracos¹⁶⁹.

Finnerty evidencia que essa modalidade de financiamento tem espaço em empreendimentos em que o projeto de investimento tem capital separado das empresas que integram a exploração, como é o caso das Sociedades de Propósito Específico. E acrescenta ainda que o fluxo de caixa e os ativos do projeto se tornam a própria fonte primária para o retorno do capital investido no projeto¹⁷⁰. Justamente por buscarem o retorno de acordo com o fluxo de caixa de todo o período de vigência do contrato, a manutenção das bases contratuais é fundamental para a segurança de negócio firmado.

A tradução literal significa “financiamento de projetos” e isso traduz muito da ideia do instituto. É o projeto que é financiado e não a pessoa específica que está requerendo o financiamento. Há, portanto, uma despersonalização da relação contratual, já que a responsabilidade pelo adimplemento do mútuo passa a recair no próprio ganho advindo da exploração. É como se o empreendimento em si recebesse a provisão do capital. A empresa serve como instrumento de aporte de recursos, e permitirá a gestão do projeto e a remuneração do capital. Uma das principais características desse tipo de financiamento é que a garantia do mútuo é o próprio crédito operacional gerado pelo projeto concessionário financiado. Essa foi uma possibilidade garantida pelo art. 28 da Lei de Concessões, ao prever que nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da

¹⁶⁹ SÁ E FARIA, Viviana Cardoso de. *O papel do project finance no financiamento de projetos de energia elétrica: caso da Uhe Cana Brava*. Dissertação (Mestrado), UFRJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 47.

¹⁷⁰ FINNERTY, John. D. *Project Finance – Engenharia Financeira Baseada em Ativos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 2.

concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

A natureza do *project finance* é de mútuo condicionado, com destinação específica, em que os mutuários aceitam que o crédito vindo do mútuo seja pago com créditos gerados pelo próprio projeto¹⁷¹. Por isso é adequado para projetos de longo prazo, que exijam aporte maciço de capital e que tenham um fluxo de caixa previsível, passível de avaliação do mutuário. Esse tipo de financiamento é vantajoso para a concessionária, uma vez que não compromete de início uma grande quantia a ser reservada para o pagamento do mútuo, já que sua remuneração se dará com o lucro do negócio. Pesquisadores do tema corroboram a existência do contrato de mútuo, mas pontuam a existência de uma rede contratual complexa, que firmará as obrigações de todas as partes envolvidas no financiamento.¹⁷²

O professor Egon Bockmann Moreira elenca dez principais características desse tipo de financiamento:

Esse tipo de financiamento é adequado para projetos de longo prazo que exijam aporte maciço de capital e tenham fluxo de caixa passível de avaliação quanto à sua previsibilidade e consistência. Como a sua garantia é a receita interna ao projeto, não provoca repercussão imediata no balanço dos acionistas da SPE. Tem como características: a) é próprio para projetos segregados, que valem por si sós (*ring-fenced project*), nos quais se instala uma Sociedade de Propósito Específico (SPE); b) há um conjunto de bancos (financiadores), liderados por um deles, que entre si celebram o *credit agreement*; c) normalmente se dá em projetos novos e nasce prévia ou simultaneamente a eles; d) exige investimento de elevado porte; e) tem alto índice de débitos em face do respectivo patrimônio líquido; f) não há normalmente garantias pessoais dos investidores (ou apenas garantias limitadas); g) os financiadores contam com o fluxo de caixa a ser gerado pelo projeto para o pagamento do débito (mais do que o valor dos ativos); h) o principal item relativo à segurança dos financiadores está nos contratos fechados pela SPE; i) o projeto tem existência finita e predeterminada; j) em caso de desvios existe a possibilidade de os financiadores avocarem a execução do projeto (*step-in-right*).¹⁷³

No caso das concessões, o *project finance* faz com que o conjunto das relações travadas pela concessionária seja de especial importância para a própria sobrevivência do tipo de financiamento escolhido. Por essa razão, cada uma das decisões contratuais que gerem

¹⁷¹ LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Leasing: o arrendamento financeiro*, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 10 *apud* VALENTE, Adriano Chaves. *Financiamento e Execução de Projectos de Infraestrutura em Parceria Público-Privada* *apud* *O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*, pp. 97-149, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 127.

¹⁷² RIBEIRO, Rodrigo Daniel de Magalhães Gomes Pontes. *As Operações de Project Finance*. Coimbra, 2014. Dissertação (mestrado). Universidade da Faculdade de Coimbra, p. 175-176.

¹⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessões de Serviços Públicos e Project Finance*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23AGOSTO-2010-EGON-MOREIRA.pdf>. Acesso em 28 fev. 2022.

consequências na remuneração do ativo e, por consequência, no pagamento dos financiadores, deve ser tomada com vista a manutenção da viabilização do modelo.

Esse modelo de financiamento, tão comum nas concessões, faz com que toda a teia de contratos firmados pela concessionária, em maior ou menor medida, tenha impacto na possibilidade de sucesso ou fracasso do empreendimento, já que cada um deles, também em maior ou menor medida, poderá acabar refletindo na remuneração da concessão e no pagamento dos financiadores.

Os contratos firmados com os bancos, claro, ganham especial importância, já que assumem riscos íntimos à gestão do projeto, e por isso que, em regra, eles tem um papel ainda mais decisivo nesse tipo de financiamento, que pode ser exemplificada pelo poder de avocarem a própria execução do projeto (*step-in-right*), no caso de descumprimento, pela concessionária, de suas obrigações financeiras ou de outra execução contratual. Essa previsão é levada aos contratos de concessão, como reflexo do art. 27-A da Lei de Concessões, e já também afasta a qualificação do contrato como personalíssimo, deixando mais uma vez claro que muito mais importante do que a pessoa do empresário, aqui personificado pela concessionária, passa a ser o projeto concessionário. Sobre o *step-in-right* são interessantes as lições de Isamara Seabra, em estudo sobre o financiamento de parcerias público-privadas:

Trata-se de um mecanismo de intervenção na sociedade da parceria, por meio do qual o Poder Público autoriza a transferência do empreendimento aos seus financiadores, sejam bancos públicos ou privados, visando a reestruturar financeira e administrativamente a sociedade da parceria e criar condições mais sólidas de tal maneira que os serviços continuem a ser prestados e seus financiadores consigam receber de volta os empréstimos concedidos. O exercício desse direito ocorre, no caso de inadimplência já constatada ou iminente, para com os credores.¹⁷⁴

Para o *project finance* a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico passa a ser primordial, isso porque a sociedade passará a desenvolver de forma autônoma, separada das empresas que a formam, o projeto concessionário¹⁷⁵. As garantias dessa técnica de financiamento são, em regra, os ativos do próprio projeto, e por isso os atributos do projeto são o principal chamariz para o financiamento, e não a pessoa do empreendedor/concessionária.

É justamente pelo desenho dessa espécie ou técnica de financiamento que podemos inferir que o Direito Administrativo mais moderno, que se relaciona intimamente com o Direito

¹⁷⁴ SEABRA, Isamara. *O financiamento das Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Centro Universitário de Brasília, 2012, p. 89.

¹⁷⁵ NEIVA, Tomás Borges Otoni. *Project finance no Brasil: análise crítica e propostas de aperfeiçoamento*. Dissertação (Mestrado). FGV DIREITO SP - Escola de Direito de São Paulo, 2019, p. 21.

Econômico pela forte participação de parceiros privados, que a Segurança Jurídica amplamente desejada para o mercado de crédito ganha força. Essa importância é facilmente ilustrada pelo fato de que a previsão para utilização de liberação de recursos pelo BNDES no ano de 2022, apenas para esse tipo de financiamento, gira em torno de R\$ 30 bilhões de reais, essencialmente para viabilização de projetos de infraestrutura.¹⁷⁶

A segurança jurídica que é abordada na recuperação judicial em especial em relação aos credores da recuperanda, quando vista pela ótica da concessão é ampliada aos financiadores da concessão, tendo uma leitura diversa. O Princípio da Segurança Jurídica lido de acordo com cada um dos aspectos da concessão exige que sejam protegidos os interesses do sistema de financiamento típico desse tipo de desestatização, mantendo-se estável o mercado de crédito nacional e as balizas das concessões em vigor, inclusive com o direito ao *step-in-right* previsto legalmente para os casos de inadimplemento.

A importância das concessões, em um cenário de desestatização em setores estratégicos da economia, e em momento histórico em que esse tipo de delegação atrai a atenção de investidores internos e externos, exige que seja ofertado aos interessados não o mínimo, mas o máximo de previsibilidade para esses investimentos. Quando pensamos nas concessões de aeroportos, estradas, infraestrutura de telefonia, entre muitos outros, já podemos ilustrar com situações concretas que o interesse em investir no mercado nacional vem, quase sempre, acompanhado da necessidade de maciço aporte de capital. O retorno de tais investimentos, apenas em longo prazo, também impõe que os negócios firmados, em prol da prestação e da universalização de serviços públicos, sejam acompanhados da necessária segurança jurídica aos que se aventuram no país.

Devemos sempre ter em mente que a atratividade do negócio, por meio da previsibilidade e da segurança jurídica, é interesse da sociedade e do Estado, já que este já se mostrou, historicamente, incapaz de explorar as atividades econômicas de forma satisfatória. A breve digressão histórica feita no primeiro capítulo, inclusive, demonstrou que a manutenção da exploração de muitos desses serviços diretamente pelo Estado inibia a necessária atualização tecnológica, que exige mão de obra constantemente atualizada e investimentos contínuos em

¹⁷⁶ SCHINCARIOL, Juliana. 'Project finance' do BNDES pode atingir R\$ 30 bi no ano. Formato que considera fluxo de caixa foi usado em aeroportos no Mato Grosso, para financiamento de mais de R\$ 300 milhões em melhorias, e poderá ser aplicado a saneamento. *Valor Econômico*, São Paulo, 07 jul. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2022/07/05/project-finance-do-bndes-pode-atingir-r-30-bi-no-ano.ghtml>. Acesso em 05 jul. 2010.

atualização.

Esses serviços, retirados, pela Constituição e pela Lei, da exploração direta pelo Setor Privado, foram levados à categoria de serviços públicos, e, por essa razão, acabam tendo todos aqueles atributos inerentes aos serviços públicos, como continuidade, modicidade, equidade, universalidade e, obviamente, previsibilidade. Por essas razões, uma vez prestados pelo Particular por uma delegação constitucionalmente permitida, a concessão exige que haja durante o contrato a necessária segurança para que suas bases sejam respeitadas. Pode-se dizer, que haja uma segurança jurídica ao projeto concessionário.

A concessionária e os financiadores devem ter segurança jurídica já que os empreendimentos exigem aportes consideráveis de dinheiro no início da concessão e um longo período para retorno de tais investimentos. Esse tipo de desenho negocial só se sustenta em um cenário de previsibilidade jurídica, com regras claras e uma evidente confiabilidade política e jurídica.

O Princípio da Confiança, que aqui tem força tanto no aspecto objetivo, de estabilidade das relações jurídicas e do quanto foi pactuado no contrato de concessão, quanto no aspecto subjetivo, que diz respeito à boa-fé com que as partes devem se tratar durante todo o decorrer do contrato¹⁷⁷. Todos os integrantes da relação, pelo Princípio da Confiança, devem se comportar de acordo com aquilo que foi inicialmente pactuado e conhecido pelas partes.

A utilização da concessão como forma de desestatização exige que a legislação específica seja respeitada por ser uma referência institucional. A magnitude dos investimentos atraídos e a relevância dos serviços públicos exigem uma segurança jurídica reforçada, tanto para o Poder Público quanto para os investidores. Somente dessa forma haverá possibilidade de atração de investimentos. Fernando Araújo pondera que “a plena força jurídica das obrigações emergentes do contrato, reduzindo o risco, faz aumentar as ‘disposições de transaccionar’ de ambas as partes, aumentando o volume de trocas e a eficiência do mercado na generalização de ganhos para todos os envolvidos”.¹⁷⁸

O desenvolvimento socioeconômico de uma país exige instituições estáveis. O direito

¹⁷⁷ COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=22>. Acesso em 28 fev. 2022.

¹⁷⁸ TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110-111.

tem que reforçar a qualidade das instituições, já que, por meio delas, se organiza a sociedade como um todo. Leis, instituições e contratos, somado ao Princípio da Confiança, são a base da atração de investimento.

Por óbvio não apenas as normas precisam conferir segurança. Mais importante inclusive do que as normas, escritas ou não, é o *enforcement* de tais normas, ganhando relevância nesta equação, então, a segurança jurídica que o Poder Judiciário conferirá a tais normas. Nas lições do professor Kenneth Dan, “a lei substantiva é importante, mas seu cumprimento é mais, sendo o Judiciário o melhor veículo para a garantia do cumprimento das normas”¹⁷⁹. Aqui a teoria aponta para dois dos principais pilares que seriam necessários ou primários para um país que busca melhores índices de desenvolvimento: um mercado de créditos bem regulado e um Poder Judiciário ciente da missão de conferir a maior estabilidade possível a este mercado.

Nesse contexto, a previsibilidade dos rumos de uma concessão, com o estrito compromisso com as balizas estabelecidas no leilão e no contrato de concessão, é primordial para o mercado de créditos confiar na possibilidade de investimento, fomentando, assim o crescimento do país. Também por isso uma definição do tratamento de cada uma dessas questões delicadas, levantadas nos dois casos aqui utilizados como paradigma, pode ter o condão de auxiliar na previsibilidade das possíveis atitudes do principal responsável pelo *enforcement* das normas da concessão frente a esses embates, o Poder Judiciário.

3.4 Conclusão

Buscou-se neste capítulo evidenciar que uma análise principiológica dos institutos da recuperação judicial e da concessão de serviço pública confirmam a ausência de amparo normativo para uma convivência forçada entre eles, em que pese recentes crises econômicas terem desafiado o Poder Judiciário com a necessidade de processar tais demandas, ainda sem limites definidos para a atuação dos magistrados nestes casos especialíssimos.

Inegável que a Princípio da Preservação da Empresa, pedra de fundação da recuperação judicial, é esvaziado quando observado que, no caso de concessões de serviço público, o Princípio da Continuidade do Serviço Público afasta a personificação da sociedade, determinando que a atividade deve continuar, independentemente da continuidade daquela sociedade empresária específica, preservando-se assim o bem-estar social por ela

¹⁷⁹ DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institutions, 2006, Capt. 10.

proporcionado.

Igualmente incontestado o fato de que o Princípio da Preservação das Sociedades Recuperáveis, quando define que a recuperabilidade apenas socorre aquelas empresas que, para sobreviver, não podem afastar determinações legais que tenham que honrar, poderia retirar da abrangência da recuperação aquelas concessionárias que, para se reerguer, precisariam afastar o Princípio da Legalidade e da Vinculação ao Edital e ao Contrato, uma vez que a lei de concessões é peremptória ao afirmar que (i) a concessionária deve manter sua higidez econômica durante a concessão, (ii) o não cumprimento do contrato é causa de extinção da concessão, assim como o (iii) não cumprimento de penalidades.

O Princípio da Segurança Jurídica da recuperação judicial, por sua vez, parece não harmonizar com a estabilidade necessária ao universo das concessões ao tratar determinada concessionária em crise de forma diversa às demais concessionárias ou mesmo das demais empresas que participaram do processo concorrencial que deu origem ao contrato, em patente contradição à deferência que deve ser prestada ao Princípio da Igualdade, que deve reinar nas concessões. É este mesmo raciocínio que faz com que a aceitação plena e sem ressalvas da recuperação de uma concessionária, em verdade, ignore completamente o Princípio da Redução do Custo do Crédito, uma vez que esta convivência sinaliza uma instabilidade repudiada pelo mercado de créditos, principalmente se considerarmos a importância do financiamento para o setor.

Infere-se desse cotejo entre as bases principiológicas dos institutos que, em verdade, não foram eles edificados para uma convivência, ao menos não uma convivência harmônica. Ainda assim, as ações judiciais utilizadas como paradigma para este trabalho, e a atuação do Poder Judiciário nestas e em diversas outras ações, já apontam para uma superação da discussão de “se” há ou não possibilidade de convivência entre eles, cabendo agora aos operadores que se dedicam a estas demandas uma análise de “como” pode se dar essa convivência.

4 ESTUDO DE CASOS PARADIGMÁTICOS E ESBOÇO DE SOLUÇÕES PARA CASOS FUTUROS

Por tudo que vimos até aqui, infere-se que a solução que busca o Projeto de Lei nº 7063/2019, de expressa proibição de submissão de concessionárias de serviços públicos ao processo de recuperação judicial¹⁸⁰, de fato parece ser aquela que melhor se encaixa nas bases teóricas da concessão de serviço público. Em especial quando observamos o tratamento conferido às concessões em sede de recuperação judicial, é com certa clareza que podemos defender que, já considerando a sua base teórica, a concessão de serviços públicos não foi desenhada para conviver com a recuperação judicial, e diversos foram os pontos de fricção demonstrados acima que indicam nessa direção.

Postas essas observações, chegamos à necessidade de tentar acomodar essas realidades tão distintas nos casos que repetidamente são submetidos ao Poder Judiciário e que trazem diversos desafios para quem está mais habituado a lidar com um ou outro instrumento. Na trilha dos dois casos paradigmáticos, que foram citados durante todo o trabalho, Recuperações Judiciais do Grupo Oi e de Viracopos, pretende-se apontar, no desencadeamento dos atos processuais, possíveis condutas daqueles que se deparam com os conflitos identificados. E com a pretensão de conferir alguma previsibilidade ao trabalho dos que se depararão com tal contenda, indicar o caminho que melhor acolhida encontra na jurisprudência, na doutrina e até mesmo nos princípios e fundamentos apresentados anteriormente. Desde já se adverte que o objetivo não será prestigiar a recuperação judicial ou mesmo a concessão de serviços públicos, mas tentar imaginar alternativas para que os dois coexistam, com igual respeito a cada um dos diplomas de regência.

4.1 Recuperação Judicial do Grupo OI

Em 2016 ganhou destaque na mídia a crise econômica que atingiu em cheio a saúde financeira de um dos grupos econômicos mais poderosos do mundo, o Grupo OI, formado por

¹⁸⁰ No texto do novo marco legal da concessão discutido no legislativo consta a seguinte previsão: Art. 154. Não se aplicam às concessionárias de serviços públicos os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, salvo posteriormente à extinção da concessão.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 7.063/2017*. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839574&filename=Parecer-Aprovacao-PL706317-27-11-2019. Acesso em 04 jul. 2022, p. 13.

A justificativa que consta no documento, no entanto, é singela: “Para dar maior segurança jurídica aos agentes envolvidos, em especial aos próprios usuários do serviço concedido, fica estabelecida a vedação à aplicação dos regimes de recuperação judicial e extrajudicial às concessionárias antes da extinção da concessão”.

diversas empresas¹⁸¹, e encabeçado pela OI S.A., gigante da telefonia fixa e móvel no Brasil. O pedido de recuperação judicial foi protocolado pelo Grupo OI em 20 de junho de 2016. Os números dessa gigante no mercado de telefonia são impressionantes e servem para ilustrar o peso que uma recuperação desse porte teria para a discussão de todas as matérias ali debatidas. Os dados retirados do processo de recuperação judicial¹⁸², que tramita perante a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, falam por si.¹⁸³

Os números começam a impressionar já quando observamos que em cada um dos 5.570 municípios do Brasil a OI presta pelo menos um tipo de serviço. Na telefonia fixa, à época da propositura da recuperação judicial, a OI deteria 34,4% dessa fatia do mercado. Na telefonia móvel o número chegaria a 18,52%. Na banda larga o Grupo OI detinha, à época da recuperação judicial, notáveis 5,7 milhões de acessos e ainda 2 milhões de *hotspots wifi*, mantidos em locais públicos, como shoppings, aeroportos, etc., ainda com 1,2 milhões de clientes de TV por assinatura.¹⁸⁴

A crise econômico-financeira do Grupo OI é narrada na ação de recuperação judicial como tendo diversas causas. A principal delas pode ser traduzida por uma alteração no comportamento social, que preteriu a telefonia fixa à móvel, à margem do compromisso legal e contratual perene da concessionária com a universalização do serviço, ou seja, com uma expansão de um modal já ultrapassado. Cita também a concessionária a aquisição da Brasil Telecom e a posterior identificação de importantes passivos relevantes.

O passivo total do Grupo OI, informado na recuperação judicial, seria de R\$ 65.382.611.780,34 (sessenta e cinco bilhões, trezentos e oitenta e dois milhões, seiscentos e onze mil, setecentos e oitenta reais e trinta e quatro centavos). Na própria petição da recuperação judicial a recuperanda lança luz para alguns débitos que atraíram o interesse deste estudo. Deste valor total, 14 bilhões de reais seriam referentes a depósitos judiciais, decorrentes de fiscalização em diversas esferas, por aspectos regulatórios, fiscais trabalhistas e cíveis. Além destes, cerca de R\$ 10,6 bilhões seriam só de multas aplicadas pela Agência Reguladora setorial

¹⁸¹ OI S.A., TELEMAR NORTE LESTE S.A., OI MÓVEL S.A., COPART 4 PARTICIPAÇÕES S.A., COPART 5 PARTICIPAÇÕES S.A., PORTUGAL TELECOM INTERNATIONAL FINANCE B.V., OI BRASIL HOLDINGS COÖPERATIEF U.A.

¹⁸² BRASIL. Capital 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001* – 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro – Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001* – 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁸⁴ Ibidem.

pelo reiterado descumprimento de contratos de concessão. Outro importante dado fornecido pelo Grupo OI na petição que inaugura o procedimento recuperacional é o de uma receita bruta anual de R\$ 40 bilhões e líquida no valor de R\$ 27 bilhões, o que lhe daria condições para a superação da crise financeira.¹⁸⁵

Especificamente sobre os créditos da ANATEL na Recuperação, convém consignar que boa parte do valor atribuído à autarquia estava já inscrito em dívida ativa e, em sua maioria, já com as respectivas execuções fiscais ajuizadas. Essa informação é relevante para termos a precisa ideia do tratamento legal que os créditos teriam se fossem discutidos fora do âmbito da recuperação judicial, como vimos no capítulo 2.

Em junho de 2016, foi proferida antecipação de tutela, por força da qual foram suspensos os trâmites de todas as ações e execução já em trâmite contra a recuperanda, pelo prazo de 180 dias¹⁸⁶. A tutela foi deferida também para dispensar as recuperandas da apresentação de certidões negativas necessárias ao desempenho de suas atividades.

No final do mesmo mês, junho de 2016, foi deferido o processamento da recuperação judicial¹⁸⁷. Em análise objetiva daqueles requisitos previstos no art. 51 da Lei nº 11.101/2005, o Juízo da 7ª Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro, além de deferir o processamento da recuperação judicial, com o objetivo de viabilizar a continuidade da empresa, autorizou o Grupo OI a participar de qualquer procedimento licitatório (apesar de expressa proibição de participação de empresa em recuperação judicial em processo licitatório prevista na Lei nº 8.666), e, ao mesmo tempo, suspendeu todas as ações judiciais através das quais estivessem sendo executadas as penalidades administrativas aplicadas em desfavor das empresas devedoras, a exemplo pela ANATEL.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 21 jun. 2016. Publicada em 27 jun. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004183A4BA67092FF678275AAEDA8652C0DC505190C0739>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 29 jun. 2016. Publicada em 06 jul. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em 04 jul. 2022.

A ANATEL recorreu dessa decisão¹⁸⁸, apresentando alguns dos argumentos já abordados no capítulo referente aos créditos públicos (2.1), em especial a impossibilidade de inclusão dos créditos regidos pela Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) à recuperação judicial e a impossibilidade de suspensão das execuções por força de exceção específica da LFRE. No julgamento deste Agravo de Instrumento, porém, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fixou o entendimento de que as multas aplicadas pela ANATEL às recuperandas não se beneficiariam da exceção, por não terem natureza tributária, assentando que se submeteriam sim integralmente ao regime da recuperação judicial¹⁸⁹. Este entendimento desafiou a interposição de Recurso Especial por parte da ANATEL¹⁹⁰, ainda sem decisão definitiva.

Assim que a Agência Reguladora setorial, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, tomou ciência da recuperação judicial, correu aos autos do processo para ressaltar aquilo que necessariamente deveria ser observado por todos os agentes do Estado que atuassem no feito.

As primeiras preocupações surgiram do amplo leque de alternativas para a retirada da empresa do estado de crise, como, por exemplo, a venda parcial de ativos, a alteração do controle societário e a cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade (art. 50 da Lei nº 11.101/2005). No caso específico da recuperação judicial do Grupo OI teria que ser observado, no tocante à venda de bens, todo um plexo de normas construído essencialmente para preservar incólume a prestação do serviço público após o término da concessão. Toda a infraestrutura construída e mantida pelo Grupo OI, ligada à prestação de serviço, que estivesse dentro do conceito de bens reversíveis, não poderia ser considerada de livre disposição pela concessionária, ou mesmo pelos credores da recuperação judicial, por garantirem a continuidade na prestação do serviço, caso extinto o contrato. Assim, um primeiro aparente conflito que se observou foi sobre o embate da disposição do art. 50, XI, da Lei nº 11.101/2005

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 0043065-84.2016.8.19.0000*. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0043065-84.2016.8.19.0000>. Acesso em 04 jul. 2022.

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 0043065-84.2016.8.19.0000*. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Decisão proferida em 29 ago. 2017. Decisão publicada em 01 set. 2017. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0043065-84.2016.8.19.0000>. Acesso em 03 jul. 2022.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *AREsp nº 1558458 / RJ*. Relator Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+1558458+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

com previsões específicas da Lei Geral de Telecomunicações¹⁹¹ ou mesmo do contrato de concessão firmado pelo Grupo OI com a Agência Setorial, que limitam a possibilidade prevista na lei de falência e recuperação judicial de venda de ativos como forma de superação da crise.

Também foram invocados pela ANATEL outras disposições com objetivo semelhante, de resguardar a continuidade da concessão e de manter sob a égide da agência setorial a avaliação sobre a capacidade técnica das prestadoras de serviço público, nos termos de norma específica do setor que prevê que eventual alteração da estrutura societária da concessionária deve, necessariamente, passar pela chancela da ANATEL. Aqui também parece já incomodar a contraposição da Lei nº 11.101/2005 com os dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, que restringem a efetividade de eventual decisão tomada na recuperação judicial que contrarie a atuação da Agência Reguladora. Essas duas preocupações preliminares, que foram destacadas pela agência setorial, serviram para já apresentar a cautela que o trâmite da recuperação deveria seguir. Na análise deste pleito o Juízo da recuperação entendeu por acolher os argumentos da Agência setorial.¹⁹²

O desenrolar desta recuperação judicial acabou por dar destaque a outras questões.

No transcurso natural da recuperação judicial o Juízo recuperacional determinou que a Agência Reguladora deixasse de exigir da concessionária seguros e garantias previstos contratualmente, que asseguravam o fiel cumprimento do contrato de concessão. No caso específico do contrato de concessão da ANATEL, essas garantias seriam importantes instrumentos de *enforcement* das obrigações previstas e de gestão do contrato de concessão, a par, é claro, de estarem previstas na legislação específica que rege as concessões de serviço público como de observância obrigatória. Mais uma vez a ANATEL manejou o recurso

¹⁹¹ BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

¹⁹² “Atento a tais considerações, há de ser deferido o pedido formulado pela ANATEL, a fim de determinar que ocorra a prévia aprovação por parte da Agência Reguladora para eventual transferência do controle societário - inclusive com relação à troca dos membros do Conselho de Administração da companhia - ou de cessão de outorga das recuperandas, bem como para eventual alienação, oneração e substituição de seus bens reversíveis”.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 14 jul. 2016. Publicada em 01 ago. 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004E00B0FA2AC4F9E679BC4E5579535121EC505230F643B>. Acesso em 04 jul. 2022.

cabível¹⁹³, tendo a Oitava Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro afastado as razões do recurso e mantido integralmente a decisão proferida em primeiro grau, privilegiando nesta ocasião o Juízo Universal do Juízo recuperacional, conforme os termos do acórdão lavrado. Em sede de antecipação da tutela recursal o Superior Tribunal de Justiça manteve este entendimento, pelo reflexo que os seguros poderiam ter no patrimônio das recuperandas e pela ausência de demonstração dos elementos ensejadores das liminares. Também não há até o presente momento julgamento de mérito deste recurso.¹⁹⁴

A sequência processual continuou evidenciando outros pontos de fricção entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos.

No Plano de Recuperação Judicial apresentado pelo Grupo OI todos os créditos da ANATEL foram classificados como quirografários e, adicionalmente, requereu a recuperanda a realização de mediação para tais créditos. Em suma, nos termos do plano, a recuperanda pretendia transformar toda a dívida com a autarquia, até aquele momento em cerca de 12 bilhões, em obrigações de fazer. Alternativamente, caso inviabilizada a mediação, requereram pagamento de tal quantia em 9 parcelas anuais, com um período de carência de 10 anos para o início do pagamento.¹⁹⁵

Escapando da armadilha de narrar todo o processo recuperacional, podemos afirmar que já no início do trâmite da recuperação judicial do Grupo OI, com essas decisões proferidas com o objetivo de se manter a continuidade da empresa, foram apresentadas as grandes questões que, para a Fazenda Pública, deveriam ser discutidas e solucionadas definitivamente antes do fim da relação processual, e que poderiam se repetir em todos os processos recuperacionais envolvendo concessionárias de serviço públicos. A primeira, sobre a possibilidade de alienação de ativos da concessionária. A segunda, sobre a possibilidade de alteração do arranjo societário. A terceira, sobre a submissão dos créditos ligados à concessão à disciplina da recuperação. A quarta, por fim, sobre a possibilidade de flexibilização de obrigações legais previstas para a

¹⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 0001115-61.2017.8.19.0000*. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Decisão proferida em 08 maio 2018. Decisão publicada em 11 maio 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045750FEFE621A6696B55C751DF58BCDD8C50816224A40&USER=>. Acesso em 03 jul. 2022.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.845.687/RJ*. Relator Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1845687&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

¹⁹⁵ PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO OI. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 03 jul. 2022.

concessão, como, apresentação de seguros.

Apesar dessas diversas questões levantadas, e da complexa missão de levar à cabo uma recuperação judicial deste porte, a ação seguiu um curso relativamente regular, ainda que sem a solução definitiva pelas cortes superiores dessas divergências já discutidas no processo. O Plano de Recuperação Judicial acabou por ser aprovado em uma Assembleia Geral de Credores realizada sem muitos sobressaltos, em especial levando-se em conta o volume dos créditos e da densidade das questões ainda pendentes de resposta. Os créditos da Fazenda Pública foram de fato incluídos no quadro geral de credores e foi mantida a determinação de submissão dos créditos à estrita disciplina da recuperação judicial.¹⁹⁶

Destrinchando um pouco mais do procedimento, essa primeira Assembleia-Geral de Credores foi realizada no dia 19 e 20 de dezembro de 2017. Nessa primeira Assembleia a ANATEL manteve seu posicionamento no sentido de que seus créditos não se submeteriam à dinâmica da Assembleia-Geral de Credores. Manteve-se, portanto, a autarquia firme na defesa da tese de que os créditos com origem em multas administrativas, com valor atualizado à época em 12,90 bilhões, não poderiam estar subordinados à vontade dos demais credores¹⁹⁷, razão pela qual votou contra a aprovação do plano. O plano, no entanto, foi aprovado pela Assembleia-Geral de Credores, e homologado pelo Juízo no dia 08 de janeiro de 2018.

O plano aprovado pela Assembleia-Geral de Credores conferiu aos créditos públicos condições de pagamento não previstas em qualquer legislação de regência da cobrança de tais créditos. De forma exemplificativa, basta observamos que, para os créditos inscritos em dívida ativa, previu o plano aprovado um desconto de 50% nos juros de mora e de 25% na multa de mora e ainda um parcelamento em 240 (duzentos e quarenta prestações mensais). Em relação aos créditos ainda não inscritos o plano previa uma carência de amortização do principal por 20 anos e ainda um parcelamento do principal em 05 parcelas anuais.

Em que pese, como visto, a combativa atuação da ANATEL quanto aos créditos

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2880/2018*. Acompanhamento autuado a fim de avaliar a questão relativa à inclusão em plano de recuperação judicial de créditos da Agência Nacional de Telecomunicações decorrentes de multas administrativas impostas pela autarquia a empresas do Grupo Oi. Análise de respostas a diligências. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336344%22>. Acesso em 03 jul. 2022.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1161/2022*. Acompanhamento dos créditos da Anatel, representados pelas multas impostas pela autarquia federal ao Grupo Oi, nos autos do processo de recuperação judicial em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro-RJ. Plenário. Relator Ministro Jorge Oliveira. Julgado no dia 25.05.2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2534428%22>. Acesso em 03 jul. 2022.

públicos, até o momento da realização da Assembleia-Geral de Credores não havia qualquer decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que excepcionasse os créditos públicos do tratamento ordinário conferido aos demais créditos privados tratados na recuperação judicial.

Seguindo na tentativa de ilustrar a dificuldade de implementação do parcelamento deferido nos termos do Plano de Recuperação Judicial, cabe destacar outra disputa relacionada ao pagamento dos valores devidos à ANATEL, mas que ocorreu paralelamente, na Justiça Federal. Como forma de buscar o cumprimento do Plano e o pagamento das primeiras parcelas que seriam devidas à ANATEL, requereu o Grupo OI, perante a Justiça Federal, a liberação de depósitos judiciais feitos na ação cautelar nº 0000554-77.2011.4.02.5101, originária da 12ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, e que totalizariam cerca de 65 milhões de reais. Por estar o processo judicial já em grau de recurso, o requerimento foi analisado e negado pelo Relator da Apelação, Desembargador José Antonio Lisboa Neiva, da Terceira Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sob o argumento de que o levantamento de tais quantias apenas poderia ocorrer com o trânsito em julgado do processo na Justiça Federal.¹⁹⁸

Os contratempus advindos da aplicação do Plano para as ações de cobrança dos créditos da ANATEL não se restringiram apenas a essa ação. Mesmo com a aprovação do Plano de Recuperação Judicial diversos Juízes Federais reafirmaram sua competência para continuidade do processamento das Execuções Fiscais, com amparo na determinação legal de persecução do crédito na Justiça Federal. O tema forçou o STJ a incluir a contenda como Tema Repetitivo nº 987/STJ, quando todas as execuções contra o Grupo OI foram suspensas, aguardando decisão definitiva da controvérsia no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.694.261/SP¹⁹⁹, 1.694.316/SP²⁰⁰ (Fazenda Nacional) e 1.712.484/SP²⁰¹ (Estado de São Paulo), afetados pelo

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Terceira Turma. *Processo nº 0000554-77.2011.4.02.5101*. Relator Desembargador Theophilo Antonio Miguel Filho. Decisão proferida em 10 jul. 2019. Publicada em 11 jul. 2019. Disponível em: https://eproc.trf2.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=21619967822552592875938231061&evento=21619967822552592875938287978&key=558b7d05acad533cad3e82bd72234f1a3a6ae3bcb948a94d6d0624ed95ec3c03&hash=769d80641ee7224acf9cef7a9cded7a6. Acesso em 02 jul. 2022.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.694.261/SP*. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1694261&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.694.316/SP*. Relator Ministro Mauro Campbell. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1694316&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.712.484/SP*. Relator Ministro Mauro Campbell. Disponível em:

STJ como representativos da controvérsia. Em 2021 esses feitos foram extintos pela perda superveniente do objeto, em virtude de alterações promovidas na Lei nº 11.101/2005, por meio da Lei nº 14.112/2020, que, expressamente, definiu a impossibilidade de suspensão das execuções fiscais, ao passo que também disciplinou a competência do juízo recuperacional para a tomada de decisões a respeito de contrições patrimoniais conseqüências das execuções.

Retomando a narrativa do processo judicial do Grupo Oi, ultrapassado o prazo de 2 anos da homologação do Plano, prazo máximo para o acompanhamento do cumprimento dos termos do plano aprovado pela Assembleia-Geral de Credores, a recuperanda novamente recorreu ao Juízo solicitando o não encerramento dessa fase de supervisão. Como um dos fundamentos para o não encerramento o Grupo Oi apontou o fato de a ANATEL, principal credora da concessionária, continuar se insurgindo contra a submissão do crédito não tributário à recuperação judicial. Como resposta, em despacho proferido em 06 de março de 2020, o Juízo concedeu ao Grupo OI novo prazo de 180 dias para aditamento do plano aprovado, com determinação de que o aditamento fosse novamente submetido à vontade dos credores em Assembleia.²⁰²

Em 13 de agosto de 2020 um novo Plano de Recuperação Judicial foi juntado aos autos, em que se previa a submissão dos créditos da ANATEL integralmente às disposições da Lei nº 13.988/2020, que inovaram no ordenamento ao trazer a possibilidade de transação, pela Fazenda Pública, de créditos já inscritos em dívida ativa devidos por empresas em recuperação judicial. Ficou também estabelecido que mesmo aqueles não inscritos seguiriam as regras ordinárias de cobrança aplicáveis aos créditos públicos.²⁰³

Em 08 de setembro de 2020 nova Assembleia-Geral de Credores foi realizada, quando o novo plano proposto foi aprovado, inclusive com voto favorável dos representantes dos créditos da União (já inscritos) e dos créditos da ANATEL (ainda não inscritos), já que o tratamento conferido aos créditos públicos no novo plano apresentado estaria de acordo com as

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1712484&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

²⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 06 mar. 2020. Publicada em 11 mar. 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00041C3763F31ED2E0994A5D78F5D258CF5DC50C18313645>. Acesso em 02 jul. 2022.

²⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1161/2022*. Acompanhamento dos créditos da Anatel, representados pelas multas impostas pela autarquia federal ao Grupo Oi, nos autos do processo de recuperação judicial em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro-RJ. Plenário. Relator Ministro Jorge Oliveira. Julgado no dia 25.05.2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2534428%22>. Acesso em 03 jul. 2022.

normas legais que o regem. Este plano foi homologado pelo Juízo no dia 05 de outubro de 2020, com previsão de que a transação entre as partes deveria ocorrer no prazo de 180 dias, contatos da homologação.²⁰⁴

A transação foi então formalizada, em novembro de 2020, solucionando as questões relativas aos créditos da União e da ANATEL até então discutidos exclusivamente no âmbito da recuperação judicial.²⁰⁵

4.2 Recuperação Judicial da Associação Brasil Viracopos S/A.

Outro importante precedente para o objeto deste estudo é a recuperação judicial da concessionária responsável pela exploração do aeroporto de Viracopos²⁰⁶, em Campinas, ajuizada em maio de 2018, e que teve seu trâmite perante a 8ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Campinas. Em certa medida, esta recuperação judicial seguiu os mesmos passos da marcha processual da recuperação judicial do Grupo Oi, com observância estrita das etapas processuais previstas na Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Em 14 de junho de 2012, o Aeroporto Internacional de Campinas foi concedido, pelo prazo de 30 anos, à Aeroportos Brasil – Viracopos S.A Concessão, nos termos do contrato de concessão firmado pela ANAC, como Poder Concedente, com amparo no art. 8º, XXIV da Lei nº 11.182, de 2005, Contrato de Concessão de Aeroportos nº 003/ANAC/2012-SBKP.²⁰⁷

Da mesma forma como ocorreu na recuperação judicial da concessionária de telefonia OI, aqui, para além das cifras econômicas, os números envolvidos também chamaram a atenção da mídia, uma vez que, de acordo com as informações prestadas por Viracopos na petição inicial da ação de recuperação judicial, a concessionária seria responsável por cerca de 1.000 (mil) empregos diretos e 5.000 (cinco mil) empregos indiretos, sendo o 6º maior aeroporto do Brasil

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001* 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 05 out. 2020. Publicada em 08 out. 2020. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica?numProcessoCNJ=0203711-65.2016.8.19.0001>. Acesso em 02 jul. 2022.

²⁰⁵ BRASIL. Advocacia Geral da União. *AGU fecha acordo bilionário com o Grupo Oi e transaciona o valor de 14,3 bilhões devido à Anatel*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-fecha-acordo-bilionario-com-o-grupo-oi-e-transaciona-o-valor-de-14-3-bilhoes-devido-a-anatel>. Acesso em 04 jul. 2022.

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/R7dados/petio-de-viracopos>. Acesso em 04 jul. 2022.

²⁰⁷ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012 – SBKP*. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao>. Acesso em 02 jul. 2022.

em número de passageiros transportados e o 2º maior no número de carga importada. Isso sem contar com o intenso volume de voos nacionais e internacionais que nele operariam, além dos milhões de reais recolhidos em tributos para Campinas.²⁰⁸

A celebração do contrato foi precedida de licitação pública, na modalidade Leilão (Leilão nº 2/2011), cuja realização observou os preceitos da Lei nº 8.987, de 1995, da Lei nº 9.491, de 1997, e, subsidiariamente, da Lei nº 8.666, de 1993.

A inclusão do referido Aeroporto no Programa Nacional de Desestatização foi prevista no Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011²⁰⁹, e a modelagem da concessão foi tratada no Decreto nº 7.624, de 2011²¹⁰, e na Resolução do Conselho Nacional de Desestatização – CND nº 11, de 2011.²¹¹

O consórcio vencedor do leilão ofereceu, pelo ativo, a outorga fixa de R\$ 3.400.000.000,00 (três bilhões e quatrocentos milhões de reais), a serem pagos em 28 parcelas anuais, acrescida da outorga variável, correspondente a 5 a 7,5% da receita bruta, nos termos do Edital da Licitação. O lance ofertado pelo consórcio (formado por UTC e Triunfo Infraestrutura, juntamente com a operadora Egis) correspondeu a 231% do valor mínimo de outorga fixa estipulado no Edital (lance mínimo de R\$ 1.471.000.000,00, conforme cláusula 4.24.2 do Edital do Leilão nº 2/2011).

Conforme previsão do Edital de Licitação, o qual espelha o desenho previsto na Resolução CND nº 11/2011, o consórcio vencedor da licitação deveria formar uma Sociedade de Propósito Específico, denominada Acionista Privado, a qual deveria se associar à Infraero para criar uma SPE: a Concessionária do Aeroporto. O Acionista Privado (no caso, a Aeroporto

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/R7dados/petio-de-viracopos>. Acesso em 02 jul. 2022.

²⁰⁹ BRASIL. *Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011*. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização - PND dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro e Viracopos, no Estado de São Paulo, e Presidente Juscelino Kubitschek, no Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7531.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.531%20DE%2021,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em 02 jul. 2022.

²¹⁰ BRASIL. *Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011*. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7624.htm. Acesso em 02 jul. 2022.

²¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Desestatização. *Resolução CND nº 11, de 15 de dezembro de 2011*. Aprova a concessão como modalidade operacional para a exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro e Viracopos, no Estado de São Paulo, e Presidente Juscelino Kubitschek, no Distrito Federal. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-ndeg-11-15-12-2011/@@display-file/arquivo_norma/RC2011-0011.pdf. Acesso em 02 jul. 2022.

Brasil S.A) deteria 51% das ações da Concessionária e a Infraero, 49%.²¹²

Nessa linha, o consórcio que formou a Aeroportos Brasil – Viracopos S.A apresentou o maior lance no Leilão e sagrou-se vencedor da licitação. Conforme o Edital de Licitação, foi-lhe outorgada a concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de Campinas, o que deveria ser realizado nos termos das obrigações contratuais e em conformidade com a legislação de regência.

Essa, contudo, não foi a realidade da execução do contrato, a qual foi permeada por descumprimentos contratuais (prazos e obras), ausência de pagamento de outorgas e insuficiência de garantias apresentadas. Essas questões, ligadas à gestão do contrato e à saúde da concessão, foram gerenciadas pela ANAC, no exercício das suas prerrogativas de Poder Concedente. A par de multas aplicadas e em razão da gravidade do descumprimento de apresentação de garantia suficiente para a concessão, a ANAC, com fundamento na cláusula 13.17.2 do Contrato de Concessão, deflagrou processo administrativo que poderia culminar com a decretação de caducidade da concessão.²¹³

No dia 6 de maio de 2018, a Concessionária apresentou, perante a 8ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Campinas, pedido de recuperação judicial em que imputou ao Poder Concedente, em grande parte, a responsabilidade pela crise financeira por que passava a empresa.²¹⁴

Um dos pontos mais sensíveis desta recuperação judicial surge já na petição inicial, quando a concessionária, com o objetivo de afastar a possibilidade de interrupção de suas atividades, requereu o deferimento de decisão cautelar pelo Juízo falimentar para que (i) a Agência Reguladora setorial, a ANAC, fosse impedida de decretar a caducidade da concessão, mesmo ante o reiterado descumprimento, pela concessionária, de obrigações previstas no contrato. Da mesma forma, (ii) foi solicitada a concessão de cautelar para a não apresentação de garantias expressamente previstas no edital e no contrato de concessão, assim como (iii) a paralisação de investimentos em obras previstos contratualmente para a melhora do complexo

²¹² BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Informações sobre o processo licitatório: Brasília (DF), Campinas (SP) e Guarulhos (SP)*. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/jk/audiencia-publica-DF_SP_SP. Acesso em 02 jul. 2022.

²¹³ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *ANAC apura descumprimentos contratuais pela Concessionária de Viracopos*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2018/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>. Acesso em 02 jul. 2022.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Indisponibilidade/Sistema>. Acesso em 02 jul. 2022.

aeroportuário, e a (iv) paralisação de cobranças administrativas de débitos referentes à concessão.²¹⁵

Também de forma semelhante ao que ocorreu na recuperação judicial do Grupo OI, a decisão que deferiu o processamento da ação e que, por sua vez, analisou esses requerimentos formulados pela recuperanda²¹⁶, acabou por delimitar boa parte dos questionamentos que surgiram da convivência entre a recuperação judicial e a concessão de serviço público, uma vez que, por decisão tomada no bojo do processo de recuperação, suspendeu-se todas as ações e execuções movidas contra as devedoras, e em especial o processo administrativo instaurado na Agência pelo reiterado descumprimento contratual e que poderia culminar na decretação de caducidade da referida concessão.

Contra essa decisão foi interposto recurso de Agravo de instrumento²¹⁷, já citado anteriormente, onde o Tribunal de Justiça de São Paulo acabou por entender pela impossibilidade de o Juízo da recuperação judicial esvaziar a competência do Poder Concedente. No mérito, o agravo de instrumento foi provido, por entender a Turma não caber ao juízo da recuperação suspender processo administrativo ou cobrança de penalidade por descumprimento contratual. No julgamento deste Agravo de Instrumento o Excelentíssimo relator acaba por consignar a impossibilidade de as empresas em recuperação judicial terem

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Indisponibilidade/Sistema>. Acesso em 02 jul. 2022.

²¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Decisão Proferida em 23/05/2018. Publicada em 24/05/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1019551-68.2018.8.26.0114&cdProcesso=36000E2AM0000&cdForo=114&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5CAM P&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=8pxtiCODOpFbyo6bQn7kIMo7DbaRQP0ciU9v3jTQY9DeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJkRKZGpzAlnWzS3dFz39UyeOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMdmmKYEuKft%2FIWw9na7KcuLJNTCL4Um11Dt4WMwE7BpjQbZLrvjyLkB9opmDwy593IdJQu9LGT M%2Fyeo5E1J%2FDDHKSHQ4djPKItUG93nrUXSI%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrRnBWxuh4CJdKwQnrx3zc%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

tratamento privilegiado em relação às demais concessionárias, não sendo admissível a suspensão de penalidades aplicadas pelo descumprimento do contrato de concessão²¹⁸. Em Recurso Especial²¹⁹ interposto pela concessionária restou mantido este entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Além das questões levantadas na recuperação judicial do Grupo Oi, já nas primeiras decisões do processo de Viracopos percebe-se que o limite de atuação dos atores da recuperação judicial com aqueles estabelecidos para a concessão de serviço público seria ainda mais testado, tendo em vista a possibilidade de direta interferência em um dos instrumentos fundamentais à administração da concessão, que é a caducidade.

Com o requerimento de suspensão do processo de caducidade a concessionária fez surgir talvez o mais importante questionamento desta recuperação judicial: Até que ponto o Juízo Recuperacional pode limitar as ações da Agência Reguladora na atribuição de perseguir o cumprimento do contrato de concessão? Este questionamento se aplica, com gradativa preocupação, aos três requerimentos formulados sobre a (i) desobrigação de apresentação de seguros, (ii) a impossibilidade de o Poder Concedente cobrar, administrativa ou judicialmente, quantias referentes à contrapartida acordada no contrato de concessão para a exploração do ativo concedido, no caso o aeroporto, e (iii) impossibilidade de a Administração Pública lançar mão das principais e mais efetivas ferramentas de gestão do contrato de concessão como, no caso, a caducidade.

Os motivos da crise econômico-financeira apontados por Viracopos na petição inicial também se aproximam daqueles expostos pelo Grupo OI, obviamente resguardando-se as peculiaridades ligadas a cada setor. Aqui, além de aspectos macroeconômicos, que teriam

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrNBWxuh4CJdKwQnrx3zc%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.828.901/SP*. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+1828901&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

empurrado o país para a maior recessão de sua história, a concessionária destacou também um descompasso da demanda efetivamente atendida com aquela projetada pelos estudos que precederam a concessão. Sustentou, no mais, que a crise teria sido agravada por força de alguns eventos que teriam ensejado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e que ainda estariam sem a devida recomposição por parte do Poder Concedente.

O plano de recuperação judicial proposto pela Recuperanda foi juntado aos autos em julho de 2018²²⁰, sendo a Assembleia-Geral de Credores designada, inicialmente, para fevereiro de 2019, para a deliberação sobre a aprovação ou não do plano apresentado.²²¹

A despeito de elencar as situações narradas acima como a causa da crise econômica que enfrentava, o plano de recuperação apresentado inicialmente não expunha de forma precisa como a concessionária pretenderia superar as circunstâncias de crise econômica. O plano, de fato, não teria declinado um meio de recuperação entre aqueles elencados no art. 50, I da Lei nº 11.101, de 2005, como prazos e condições especiais para pagamento das dívidas.

O único ponto tratado no plano de recuperação judicial no que diz respeito aos débitos com o Poder Concedente foi referente aos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro que as recuperandas apresentaram junto à ANAC. As recuperandas, para elaboração do plano, partiram do pressuposto de que fariam jus à revisão extraordinária na forma como postulado administrativamente. Embora não seja cristalino quanto ao ponto, o plano sinaliza no sentido de parecer incluir o deferimento integral pela ANAC dos pleitos de reequilíbrio não julgados à época pela Agência como forma de superar a crise econômica vivenciada. O plano incorpora, portanto, a presunção de que 100% do que fora pleiteado administrativamente seria deferido pela ANAC a título de reequilíbrio econômico-financeiro.

Quando passa a discorrer acerca da viabilidade econômica e operacional, o plano registra que as recuperandas entendem possuir substanciais créditos relativos aos pleitos em face do Poder Concedente, cuja apreciação tempestiva gerará créditos significativos a serem utilizados pelas Recuperandas no equacionamento de suas obrigações.

²²⁰ VIRACOPOS AEROPORTOS BRASIL. *Plano de Recuperação Judicial de Viracopos*. Disponível em: <https://www.viracopos.com/data/files/25/93/68/D0/F091F610D82E81F6EF18E9C2/PRJ%20Viracopos.pdf>. Acesso em 03 jul. 2022.

²²¹ VIRACOPOS AEROPORTOS BRASIL. *Edital de Convocação para Assembleia-Geral de Credores de Viracopos*. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/8D/46/F6/6F/B351F610C3CB31F6EF18E9C2/Edital_Convocacao_AGC_ABV.PDF. Acesso em 03 jul. 2022.

Ocorre que não só referidos pleitos não figurariam como créditos líquidos e certos das recuperandas como também, caso os processos pendentes fossem deferidos, o *quantum* a ser recomposto não figuraria como crédito que poderia ser, de pronto, apropriado pelas recuperandas para compensação com as dívidas que têm junto à ANAC. Isso porque o contrato e a Resolução ANAC nº 355, de 2015²²², preveem sistemática específica para a forma como seria materializado eventual reequilíbrio deferido.

Enfim, basicamente o primeiro plano de recuperação judicial apresentado na recuperação judicial jogou para decisão da Assembleia-Geral de Credores a solução de pedidos de reequilíbrios econômico-financeiros pendentes de decisão pela Administração. Adicionalmente, o plano previa que o restante do valor devido a título de outorga para exploração do aeródromo, referente aos 20 (vinte) anos restantes da concessão, seria depositado em conta em nome do juízo, e liberadas quando fossem solucionadas as controvérsias a respeito dos reequilíbrios requeridos, desconsiderando a política pública estabelecida e também a sistemática de pagamento acordada quando da assinatura do contrato.

Em setembro de 2019 a Administradora Judicial juntou aos autos da recuperação judicial a Relação consolidada da lista de credores, onde restou assentado que o passivo concursal seria de aproximadamente R\$ 7,5 bilhões, pulverizado em mais de 2.000 (dois mil) credores. Os principais credores seriam a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, titulares de créditos quirografários de R\$ 4.672.532.005,69 e R\$ 2.167.584.545,77, respectivamente, segundo a relação de credores apresentada pela Administradora Judicial, que posicionou ambos como credores quirografários.²²³

A definição dos créditos que seriam considerados na contagem dos votos na Assembleia-Geral de Credores só foi pacificada após intensa disputa travada em impugnação de crédito, e levada ao TJSP por meio de Agravo de Instrumento.²²⁴

²²² BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Resolução ANAC nº 355, de 17 de março de 2015*. Dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2015/resolucao-no-355-de-17-03-2015/@@display-file/arquivo_norma/RA2015-0355%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2017-0451.pdf. Acesso em 03 jul. 2022.

²²³ VIRACOPOS AEROPORTOS BRASIL. *Quadro-geral de credores*. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/8D/46/F6/6F/B351F610C3CB31F6EF18E9C2/Edital_Convocacao_AGC_ABV.PDF. Acesso em 03 jul. 2022.

²²⁴ No primeiro quadro de credores, apresentado pela Recuperanda quando da propositura da recuperação judicial, em maio de 2018, o total de créditos descritos para a Classe III, Credores Quirografários, era de R\$

Após sucessivos adiamentos, a Assembleia-Geral de Credores foi finalmente designada para do dia 13 de fevereiro de 2020, quando, por mais 12 horas consecutivas, as partes debateram sobre uma solução para a crise financeira. Os créditos reconhecidos para a ANAC a colocavam em posição privilegiada entre os titulares de créditos quirografários (art. 41, III) da LRFE, sendo que a aprovação do plano necessariamente deveria contar a aprovação da ANAC, nos termos da dinâmica estabelecida pelo art. 45 da mesma norma.

Para o que importa a este trabalho é relevante consignar que, ao final da negociação entabulada durante a Assembleia-Geral de Credores, o Plano de Recuperação Judicial foi aprovado por todos os credores, tendo a ANAC votado a favor do plano.

O plano de recuperação judicial, no entanto, não foi aquele apresentado pela requerente anteriormente²²⁵. Durante a Assembleia-Geral de Credores novo plano foi apresentado pela concessionária recuperanda, ainda flexibilizando disposições sobre o crédito público. No entanto, no decorrer das 12 horas da Assembleia-Geral de Credores a recuperanda complementou as disposições desse segundo plano, adequando-o aos normativos que regem as concessões. Por fim, o plano foi aprovado por 99,81% dos credores presentes, incluindo a ANAC.

2.863.954.908,31. O valor total dos créditos, nos termos expostos na petição inicial, chegaria a R\$ 2.879.963.123,27. Neste quadro a ANAC estaria sem qualquer valor líquido como devido e o BNDES estaria com o equivalente a R\$ 1.655.237.540,67 em créditos.

Já neste cenário, mesmo sem qualquer crédito atribuído à ANAC, estava evidente que os credores quirografários responderiam por mais de 50% dos créditos tratados na recuperação judicial, aproximadamente 57,47%, sendo a posição da ANAC e do BNDES determinantes para o futuro da recuperação judicial.

Apresentadas as impugnações ao Administrador Judicial, foi consolidado o segundo quadro de credores, em setembro de 2018. Neste segundo momento, no segundo quadro de credores apresentado na Recuperação Judicial, o valor total dos créditos da recuperanda foram alçados ao valor de R\$ 7.476.878.386,89. Os valores atribuídos aos principais credores seriam de R\$4.672.532.005,69 (62% dos créditos quirografários), para a ANAC e para o BNDES R\$2.148.099.548,92 (28% dos créditos quirografários).

Em outubro de 2018 a ANAC ingressou com o incidente de impugnação de crédito. Nesta impugnação a ANAC, em síntese, primava pelo reconhecimento de verbas que lhe seriam devidas e igualmente deveriam ser consideradas para a análise de qualquer plano de recuperação judicial que a recuperanda pretendesse levar a cabo, em especial referentes a outorgas já previstas no contrato e ainda não vencidas. Com este objetivo o pedido formulado na impugnação manejada pela ANAC foi para que fosse ratificada a importância dos créditos titularizados por esta Autarquia, que, diversamente do apurado pelo Administrador Judicial, totalizariam R\$ 14.169.534.741,02, no entendimento da autarquia. O Juízo, então, proferiu sentença. Na decisão o valor do crédito que seria devido à ANAC restou fixado em R\$ 2.064.350.848, 87.

Contra a decisão que reduziu os créditos devidos à ANAC foi interposto o respectivo Agravo de Instrumento (AI 2197201-05.2019.8.26.0000), onde foi deferido o efeito suspensivo reconhecendo os créditos da ANAC em patamar semelhante ao segundo quadro de credores (cerca de 60% dos créditos). (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201- 05.2019.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Desembargador Alexandre Lazzarini.)

²²⁵ VIRACOPOS AEROPORTOS BRASIL. *Novo Plano de Recuperação Judicial de Viracopos*. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/AD/E0/C3/35/B9D5071015C3C0072A18E9C2/Plano%20RJ%20Viracopos_12022020.pdf. Acesso em 03 jul. 2022.

Como pressuposto para homologação do Plano de Recuperação Judicial, ANAC e concessionária entabularam acordo, durante a realização da Assembleia-Geral de Credores, que com ele aquiesceu, em que restou estabelecido: (i) Não seria concedido nenhum desconto relativo aos créditos previstos e com origem no contrato de concessão; (ii) A concessionária ingressaria com o requerimento de devolução voluntária do aeroporto, nos termos da lei e do Decreto que regem a relicitação, no prazo de 15 dias contados da homologação da aprovação do plano; (iii) Todo o valor devido à concessionária pela ANAC, sem qualquer desconto, seria compensado do valor que a ANAC pagará à concessionário a título de indenização pela quantia investida no aeroporto e ainda não amortizada no decorrer da concessão e, por fim, (iv) como forma de solução mais célere quanto aos pedidos de reequilíbrios propostos pela concessionária, acordaram as partes em solucionar toda a controvérsia no Juízo arbitral.

O plano foi, então, homologado em 18 de fevereiro de 2020.²²⁶

Da breve narrativa feita acima, sobressai como pontos de enfrentamento, em primeiro lugar, se pode e deve o juízo recuperacional interferir em instrumentos de punição e gestão previstos no contrato de concessão, ainda que para estancar a crise que atravessa a empresa em recuperação. Em segundo lugar, outro interessante debate, que surge da análise desse histórico, e que pode ter solução em pressupostos já abordados, diz respeito à possibilidade de inclusão de créditos devidos à título de outorga para negociação por credores quando instalada a Assembleia-Geral de Credores. Podemos ainda nos perguntar, com esteio na indisponibilidade do interesse público que citamos no capítulo 2.2, se nesse caso poderia o agente público transigir sobre o crédito público, ante as amarras encontradas na lei. E, por fim, questionarmos se a lei já nos traz alternativas capazes de solucionar a situação de crise, ainda que fora do espectro da recuperação judicial. Convém, no entanto, tratar cada um desses questionamentos em tópico específico.

4.3 Soluções Possíveis para Casos Futuros

Haveria neste capítulo a possibilidade de abordar cada uma das incompatibilidades expostas no tópico relativo ao processo específico em que teve origem, seja no caso do Grupo Oi ou mesmo da concessionária do Aeroporto de Viracopos. Entretanto, com exceção da caducidade e do valor da outorga, que apenas foram discutidos no processo de Viracopos, todas

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/R7dados/petio-de-viracopos>. Acesso em 04 jul. 2022.

as demais questões são comuns aos dois feitos e poderiam ser suscitadas em muitos dos processos de recuperação judicial de concessionárias de serviços públicos. Por essa razão, opta-se por analisar as controvérsias reunidas, em tópicos, propondo-se, para cada uma delas, alternativas que poderiam ter sido utilizadas em qualquer dos dois processos paradigmáticos, e que, até por isso, possuem também o potencial de serem aproveitadas em discussões vindouras.

4.3.1 Possível atuação Quando a Recuperação Judicial da Concessionária de Serviços Públicos Dependem da Negociação de Créditos Inscritos em Dívida Pública

Partindo da premissa, já incorporada neste trabalho, de que o Poder Judiciário, de forma pacífica, entende pelo cabimento da tentativa de retirada da concessionária de serviços públicos do cenário de crise financeira por meio da recuperação judicial, a primeira grande questão que se coloca é como podem os atores se comportar, no processo recuperacional, no caso de valores devidos ao Poder Concedente, inscritos em dívida ativa, figurarem entre aqueles que precisam ser negociados para que seja possível a recuperação da empresa.

Em um primeiro momento, não há o que se fazer, e nem qualquer questão a ser dirimida. Está na norma a exigência para que seja arrolada na petição inicial as razões da crise que enfrenta e um retrato fiel de sua situação patrimonial (art. 51, I, FRFE). O início da Fase Postulatória da recuperação judicial, abordada no Capítulo 1, parece não abrir espaço para qualquer ato do Juiz a respeito da viabilidade econômico-financeira da empresa. Diferente, no entanto, parece ser o caso, quando já no início da relação processual, antes mesmo do processamento da recuperação judicial, ficar evidente que a superação da crise por parte da recuperanda necessariamente se dará em detrimento de direito legalmente previsto para qualquer dos credores.

O deferimento do processamento da recuperação judicial do Grupo Oi ilustra uma dessas situações, quando, a pedido da Concessionária de Serviços Públicos, o Juízo suspendeu todas as execuções fiscais ajuizadas pela ANATEL, em clara indicação que os respectivos créditos seriam sim discutidos no âmbito do Plano de Recuperação Judicial a ser submetido à Assembleia-Geral de Credores. O que se verificou no processo de recuperação judicial, a partir desse ponto, foi, de fato, a consolidação da ANATEL e da União no Quadro-Geral de Credores, assim como a confirmação, pelo Tribunal de Justiça, desse cenário. Fora da seara da recuperação judicial, como visto, diversos Juízos Federais se manifestaram contrariamente à determinação do Juízo da Recuperação, prosseguindo normalmente com o impulso de tais ações.

Toda a celeuma no processo de recuperação judicial do Grupo Oi sobre os créditos públicos, travada durante anos, só chegou a um termo quando, após aditamento do plano aprovado, e nova submissão do novo plano de Recuperação à Assembleia-Geral de Credores, o projeto de soerguimento da empresa passou a incorporar o mandamento do art. 68 da LRFE, concedendo aos créditos da ANATEL e da União o tratamento previsto na lei que rege a transação sobre créditos públicos. Ou seja, todos os incidentes processuais, as brigas judiciais, e a insegurança instaurada sobre esses créditos, teriam sido evitados se, ante o expresso requerimento da empresa, o Juízo se posicionasse desde o início da demanda pela impossibilidade de suspensão das execuções fiscais ajuizadas, nos termos da legislação, por ter o crédito público o tratamento específico já descrito no Capítulo 2, em especial o crédito inscrito em dívida ativa.

A primeira possibilidade de atuação positiva do Poder Judiciário no sentido de contribuir para uma convivência pacífica entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos é já no início do encaminhamento dos requerimentos feitos pela recuperanda pontuar o correto tratamento que será dado aos créditos públicos, nos limites expostos pela lei, e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Incorporar no processo, desde o seu nascedouro, o racional legalmente previsto de que a contribuição a ser dada pelo Poder Público está adstrita ao parcelamento, previsto no art. 68 e à transação, prevista na Lei nº 10.522/2002, alterada pela Lei nº 14.112/2020, deixa sedimentado a indicação de que a viabilidade da empresa não pode depender do descumprimento de texto expresso de lei.

4.3.2 Atuação do Juízo Recuperacional Quando Incluído no Plano e no Quadro-Geral de Credores Valores Ainda Não Vencidos e Previstos no Contrato de Concessão.

Outra questão tormentosa, que também ganha espaço na discussão sobre uma convivência pacífica dessas duas políticas públicas (concessão e recuperação) diz respeito à possibilidade de o Juiz da recuperação judicial, ao receber a ação, verificar que sua viabilidade estaria ancorada em patentes ilegalidades. Poderia o Juiz, de plano, indeferir a recuperação judicial? Em que pese relevante corrente em contrário, não há dúvidas de que esse seria sim um desfecho possível para a ação judicial.

Para não fugir do debate doutrinário, deve-se pontuar que essa possibilidade de indeferimento da recuperação com base em patente ilegalidade encontra importantes expoentes que a contestam, como o ex-ministro Sidnei Beneti, que a nega, por entender que o ato de processamento sequer poderia ser chamado de decisão. Na visão do Excelentíssimo Ministro,

trata-se de ato de mero expediente, que apenas determina o processamento, sendo qualquer discussão sobre a real possibilidade de recuperação postergada no feito até a prolação da sentença.²²⁷

No entanto, acredita-se ser mais adequado o entendimento de José Medida e de Samuel Hubler, para quem “dentre as incumbências reservadas ao magistrado encontra-se o exercício do juízo de admissibilidade da demanda, o qual poderá ser positivo, negativo ou ordinário, no qual se verificará o preenchimento, ou não, das condições da ação e dos pressupostos processuais”, colocando entre as condições da ação a viabilidade da empresa²²⁸. Essa possibilidade de avaliação da viabilidade é também aceita, já de início, por Daniel Carnio Costa, para quem não seria razoável que o juiz deferisse o processamento de recuperação judicial quando de plano já seria possível concluir pela inexistência de benéficos resultados sociais e econômicos da atividade empresarial.

No trabalho sobre “Limites do Controle Jurisdicional da Recuperação Judicial”, Douglas Ribeiro Neves bem define que esse juízo inicial feito no momento de definição a respeito do processamento da empresa pode ser desempenhado de duas formas: encarando-o como meramente homologatório, assemelhando-o à jurisdição voluntária; ou de forma “semelhante à desempenhada noutros processos de conhecimento, com verificação das condições da ação, dos requisitos de constituição do processo e sobretudo, do mérito, com controle dos fatos constitutivos do direito material subjacente ao processo”. No trabalho o autor advoga claramente pela segunda tese, que entende ser mais consentânea à interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, e pelo que inclui entre as condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, tese a que se adere integralmente.²²⁹

A defesa que aqui se faz é no sentido de que, se já no pedido inicial formulado pela concessionária restar demonstrado que a recuperação judicial da concessionária de serviços público, necessariamente, passará pela desconsideração de elementos cruciais à concessão de

²²⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da Recuperação Judicial. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 233, 234 e 241.

²²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, RT, ano: 2017, Vol. 63, p. 131-147.

²²⁹ NEVES, Douglas Ribeiro. *Limites do controle jurisdicional da recuperação judicial*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2015. p. 86. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16102015-164530/publico/Tese_Limites_do_Control_Jurisdicional_na_Recuperacao_Judicial.pdf. Acesso em 06 jul. 2015.

serviços públicos, pode o juiz, com fundamento na condição de viabilidade da ação, de plano, indeferir a recuperação. A hipótese parece se amoldar perfeitamente à situação em que, para o soerguimento da empresa, pretende a concessionária ver renegociadas obrigações pecuniárias definidas em leilão. Neste caso, a ponderação, pelo magistrado, da necessidade de se prestigiar a política pública formulada para aquele setor, a licitação, a igualdade de condições para todos os participantes na exploração do ativo ou do serviço, os instrumentos postos no contrato de concessão para a solução de crises financeiras, a necessária manutenção do equilíbrio econômico-financeiro definido no início da relação contratual, e etc., poderiam sim sustentar uma decisão de indeferimento da recuperação.

Esta, portanto, seria uma segunda possibilidade de atuação judicial no sentido de compatibilizar integralmente as políticas públicas de concessão e recuperação judicial. Afastar-se-ia, assim, de plano, do espectro de atuação do universal juízo da recuperação judicial aquelas ações judiciais natimortas que, em última análise, apenas permitiriam a sobrevivência de empresas que sequer deveriam existir. Isso porque, devemos sempre recordar, foram criadas com o específico propósito de explorar a prestação dos serviços públicos dentro das balizas do contrato, formado a partir de estritos termos legais.

4.3.3 Atuação do Juízo Recuperacional quanto aos Instrumentos de Gestão do Contrato

Esse mesmo raciocínio, aliás, pode ser transplantado para situações em que instrumentos administrativos de gestão do contrato de concessões passam a ser questionados em sede de recuperação judicial. Como se observou do percurso processual seguido pela recuperação judicial de Viracopos, Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça se alinharam na defesa das atribuições do Poder Concedente para prosseguir com Processos Administrativos especificamente respaldados no contrato de concessão.

Trata-se de mais uma expressão da Separação de Poderes e do prestígio que deve ser dado à política pública de concessões do que uma limitação ao universal Juízo da recuperação judicial. O julgamento de mérito do Agravo de Instrumento da ANAC no caso de Viracopos fornece muitos elementos para a defesa da impossibilidade de ingresso do Juízo da recuperação judicial na esfera do contrato de concessão. A decisão monocrática proferida no Recurso Especial interposto pela concessionária também corrobora tais elementos. Ocorre que não parecer ser esse um entendimento isolado o Superior Tribunal de Justiça.

Em recentíssima decisão, proferida pela Segunda Turma do Egrégio STJ, mais uma vez

os Ministros daquela corte, de forma unânime, interpretaram os conflitos entre a concessão e o Princípio da Preservação da Empresa em favor da segurança jurídica que deve orbitar a primeira:

Ante a especialidade da matéria e seus efeitos sistêmicos na economia de todo o País, o Poder Judiciário não pode se imiscuir na atividade administrativa a ponto de impor a observação absoluta do princípio da preservação da empresa, mesmo em prejuízos à concorrência do setor e aos usuários do serviço público concedido.²³⁰

É esse, portanto, mais um norte para aqueles que, porventura, possam se deparar com o questionamento, no bojo de uma recuperação judicial, a respeito de medidas administrativas, tomadas em uma concessão de serviços públicos. Prestigiando mais uma vez as ideias do já citado do Desembargador Azuma Nish,

permitir a suspensão da atuação da agência na caducidade, ou outros procedimentos administrativos é conferir à recuperanda um salvo conduto em relação a suas obrigações, contrário ao interesse público e conferindo uma situação de privilégio em relação aos demais licitantes.²³¹

Por esses argumentos, a leitura do Princípio da Preservação da Empresa não pode ser considerada em termos absolutos, devendo ceder espaço, como visto, à atribuição legal da Agência Reguladora nos casos em que instrumentos de gestão do contrato de concessão forem questionados em uma recuperação judicial sob o argumento de necessidade de manutenção de saúde econômica da empresa.

4.3.4 Atuação do Representante do Poder Público ante a Submissão de Créditos Públicos ao Juízo Recuperacional e à Assembleia-Geral de Credores

O histórico dos processos recuperacionais do Grupo OI e da concessionária de Viracopos nos confronta com a realidade de que o Poder Judiciário vem se posicionamento pela compatibilidade da recuperação judicial com a natureza das concessões de serviços públicos.

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.287.461/SP*. Segunda Turma. Relator Ministro OG Fernandes. Julgado em 21 jun. 2022. Publicada em 30 jun. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33445176&num_registro=201102519378&data=20140224&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 02 jul. 2022.

²³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8IOxIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIso0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrNBWuh4CJdKwQnrx3zc%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

Essa realidade faz com que o Juízo competente para o impulso do processo judicial se veja premido de tomar decisões não corriqueiras em seu campo de atribuição. Também o representante do Poder Público, em regra atuante perante a Justiça Federal, passa a se ver incumbido da missão de duelar em uma esfera totalmente desconhecida, também com poucos precedentes para se guiar. Por esse motivo, cabe uma digressão de como poderia o Poder Público se posicionar caso as teses que sustenta, de ausência de concursalidade de seus créditos, não prevalecessem até a ocorrência da Assembleia-Geral de Credores. Convém assim abordarmos quais seriam os possíveis comportamentos do Poder Público e o que poderia sustentar seu voto em determinado sentido no conclave assemblear.

Sobre a possibilidade de abstenção na votação, por parte do Poder Público, para introduzirmos o debate podemos pegar de empréstimo as lições do Desembargador Alexandre Lazzarini:

À luz dos princípios do artigo 47 da Lei nº 11.101/05, em especial o da preservação da empresa, para atender à sua função social, tem-se que de fato a abstenção deve ser interpretada em sentido positivo pela aprovação do plano. Esclarece-se: Em uma votação é dado ao credor escolher a aprovação ou rejeição do plano. Optando o credor por se abster, na realidade expressa uma vontade de indiferença (ou na linguagem comum o ‘tanto faz’) pelo destino da empresa em recuperação.

Ora, o artigo 47, reforçado pelo artigo 58, §1º, além de princípios, importa em regras de interpretação. Ou seja, se para aquele que se abstém é indiferente o resultado da Assembleia-Geral de Credores, há que prevalecer o princípio da preservação da empresa, isto é, computa-se a abstenção, sempre, no sentido positivo da aprovação da empresa.

[...]A abstenção, como anotado, tem dois sentidos, no sentido afirmativo (aprovação) tem como efeito a preservação da empresa e sua função social (manutenção do emprego, por exemplo) e, por consequência, a real possibilidade dos credores receberem ao menos parte do seu crédito; no sentido negativo (rejeição) não terá efeito algum, pois não haverá empresa, emprego e dificilmente os credores receberão algo de seu crédito.²³²

Percebe-se, desta forma, que uma vez que pode estar a abstenção carregada de significado, em especial pela vontade considerada dos demais credores votantes, parece ser de todo aconselhável que o voto do Poder Público seja dado pela aprovação ou reprovação do plano, considerando o conteúdo deste e qual o cenário mais vantajoso ao ente público. Cumpre então uma análise sobre o voto positivo ou negativo relacionado à aprovação do plano.

Sobre o voto contrário à aprovação do Plano de Recuperação Judicial, deve-se pesar que a sua possibilidade, quando as previsões nele constantes forem contrárias aos interesses do credor, especificamente no caso do Poder Público é uma realidade que se impõe. No entanto,

²³² LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.). *Direito recuperacional – Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 132.

mesmo a possibilidade de rejeição merece ser detidamente estudada pelo ente público ante a especificidade do caso concreto. Cabe lembrar, uma vez aceita a inclusão dos créditos públicos no Quadro-Geral de Credores, a possibilidade de tais créditos serem de volume considerável é grande, como de fato ocorreu nos casos de Viracopos e do Grupo Oi. Dessa forma, o voto pela rejeição do plano de recuperação não pode esbarrar naquilo que doutrina e jurisprudência entendem por voto abusivo. Álvaro Mariano esclarece situações que vem sendo consideradas de exercício de voto abusivo pela doutrina e pela jurisprudência:

Assim é o caso daquelas que “*causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores*” – critério que, entendemos nós, aproxima-se da doutrina americana acerca do *unfair discrimination* e do *fair and equitable*. Bem semelhantes são os casos em que deliberações favorecem particularmente um credor (em especial, os privilegiados ou com garantia real ou mesmo terceiros) em detrimento da comunhão. Também as deliberações que não são úteis para ninguém e aquelas que, ainda segundo ele, favorecem o devedor ou terceiros sem nenhum benefício para a massa são consideradas conflitantes com o interesse da comunhão de credores.²³³

O artigo 187 do Código Civil esclarece que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Interpretando exclusivamente o dispositivo na realidade de uma Assembleia-Geral de Credores, fica evidente que o voto contrário de um credor, deve se pautar por esses limites expostos, sendo que pode ser considerado abusivo sempre que o credor privilegiar “posições excessivamente individualistas, em detrimento dos demais interesses em jogo.”²³⁴

A natureza da concessão de serviços públicos já é um entrave para a configuração de posições individualistas quando o voto for proferido para resguardar suas balizas. Esse entrave deve-se ao fato de que não há que se falar em posição individualista quando persegue o ente público a recuperação integral do crédito público e a defesa do instrumento de contrato de concessão. No entanto, esse racional de que a rejeição não pode ser utilizada apenas em benefício de um único credor já nos permite avançar para a ideia de que, no caso de o plano ser favorável aos interesses públicos, e aderente às previsões legais sobre concessão e créditos públicos, haveria sim uma possibilidade de o representante do ente público votar pela sua aprovação. Um voto pela aprovação do plano de recuperação judicial a ser proferido pelo ente

²³³ MARIANO, Álvaro A. C. *Abuso de voto na recuperação judicial*. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 293.

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento 9024516-19.2009.8.26.0000*. Relator (a): Romeu Ricupero; Órgão Julgador: N/A; Foro de Rio Claro - 4ª. Vara Cível. Data do Julgamento: 30/06/2009. Data de Registro: 08/07/2009.

público, entretanto, precisa estar resguardado do cumprimento de preceitos já vistos.

Como já afirmado, o art. 2º da Lei de Execução Fiscal, e o 39, § 2º, da Lei nº 4.320, de 1964, como base legal do princípio da indisponibilidade do interesse público, vedam que o gestor possa lidar com a coisa pública com a mesma liberdade com que isso ocorre no setor privado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello “os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los, nos termos da finalidade que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”.²³⁵

O Tribunal de Contas da União, especificamente sobre a participação do Poder Público em Assembleias-Gerais de Credores, foi taxativo, em análise do comportamento da ANATEL na Recuperação do Grupo OI:

[...] permitir que um Plano de Recuperação judicial, documento apreciado por credores privados, crie condições para o pagamento de créditos públicos detidos por autarquias federais além daquelas previstas nas leis de regência, a seu próprio critério, tornariam inócuas as referidas leis, em afronta ao Princípio da Legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal.²³⁶

Pela decisão do Tribunal de Contas, órgão que detém competência para avaliar a adequação do tratamento do gestor com a coisa pública, os limites para a atuação do ente estão nas próprias leis que regem o crédito público. Não há possibilidade de aceitação de qualquer inovação quanto à forma de pagamento.

Também retirado da recuperação judicial do Grupo OI, o Parecer nº 00007/2017/GAB/CGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, que analisou a possibilidade de participação de advogados públicos em conclaves assembleares em recuperações judiciais, já nos fornece algumas demarcações sobre a possibilidade de voto do representante da União:

Destarte, em face de regime jurídico decorrente de determinação judicial, o qual se registre já se encontra submetido à apreciação do Poder Judiciário em grau recursal, o gestor deverá avaliar, com base em imperioso interesse público, a decisão a ser tomada em assembleia, sopesando por critérios técnicos e de vantagem econômica o cenário que leve ao menor prejuízo aos interesses patrimoniais que a sujeição a participação ocasione (conforme o conceito de negociação “melhor alternativa sem negociação” – MASA, considerado o cenário de manutenção da decisão judicial que

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.77.

²³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2880/2018*. Acompanhamento autuado a fim de avaliar a questão relativa à inclusão em plano de recuperação judicial de créditos da Agência Nacional de Telecomunicações decorrentes de multas administrativas impostas pela autarquia a empresas do Grupo Oi. Análise de respostas a diligências. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336344%22>. Acesso em 02 jul. 2022.

submeta os créditos não tributário à assembleia de credores). Inclusive deverá ser levada a conhecimento da assembleia que para a viabilidade econômica da empresa seja considerado o pagamento dos débitos tributários inscritos em Dívida Ativa, sem os quais o plano não poderá ser aprovado. Cabe, portanto, à Anatel avaliar onde reside o melhor interesse público.²³⁷

É possível, assim, com respaldo da doutrina e da jurisprudência especializada, pensar em um caminho a percorrer para que seja possível a aprovação de um Plano de Recuperação judicial pelo ente público. Podemos também considerar as colocações feitas pela Chefe da Advocacia-Geral da União (Parecer nº 00007/2017/GAB/CGU/AGU), em posicionamento que vincula os demais integrantes da carreira da AGU, em que atuam os advogados públicos na representação da União, suas autarquias e fundações.

Um primeiro passo diz respeito à aferição da necessária previsão de que no plano de recuperação eventual flexibilização da regra de pagamento à vista dos créditos públicos necessariamente tem que estar pautada em previsão expressa na lei.

Ainda que os termos previstos no PRJ contemplem o passo anterior, deveria ser respeitada a indisponibilidade do interesse público em cada uma das cláusulas do plano que verse sobre créditos do Poder Concedente, não havendo possibilidade de aprovação de PRJ que, mesmo que em tese, pudesse ser interpretado como renúncia a receita pública, seja futura, seja definitivamente constituída, seja já inscrita em Dívida Ativa da União.

Ultrapassados estes passos, em especial pela possibilidade albergada no Parecer nº 00007/2017 /GAB/CGU/AGU, deve a análise de aprovação do PRJ afastar a regra geral de impossibilidade de participação ativa do agente público na AGC, o que também tem fundamento na indisponibilidade do interesse público. Assim, deve a decisão pelo voto passar pela constatação de ser mais benéfica aos interesses públicos a aprovação do plano do que eventual exercício de voto pela reprovação, concretizando assim o Princípio da Eficiência, o e recebimento integral dos créditos públicos.

Parece ser esse um caminho seguro para a atuação do Poder Público em uma Assembleia-Geral de Credores em que seus créditos integrem o Plano de Recuperação Judicial.

4.3.5 Alternativa à Recuperação Judicial

Tão atual, aliás, quanto a recente reforma do diploma que alterou e atualizou a

²³⁷ BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 00007/2017/GAB/CGU/AGU*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/12/PARECER-HABILITACAO-DE-CREDITOS-NAO-TRIBUTARIOS-EM-RECUPERACAO-JUDICIA-.pdf>. Acesso em 03 jul. 2022.

recuperação judicial, Lei nº 14.112/2020, foi a edição da Lei, e do respectivo decreto regulamentador, que colocam à disposição de concessionária de infraestrutura dos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário um instrumento previsto para a rápida retirada do setor daquela sociedade concessionária que não mais consegue cumprir o contrato de concessão, inclusive no que diz respeito a obras e obrigações financeiras a que se comprometeu (Lei nº 13.448/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.957/2019).

A relicitação foi criada pela Lei nº 13.448/2017, com origem na Medida Provisória nº 752/2016, e regulamentada pelo Decreto nº 9.957/2019. O art. 4º da lei conceitua o instituto de solução antecipada do contrato como sendo procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

Esse conjunto de normas inova no ordenamento, já que a relicitação teve origem na percepção do Poder Público de que muitos contratos, em especial em mercados sensíveis, poderiam ter um tratamento especial, com foco, principalmente na eficiência administrativa e na razoabilidade. O instituto da relicitação permite, assim, ao mesmo tempo, a retirada da concessionária que apresenta dificuldades, e o aproveitamento de todo o investimento feito por ela. Diferentemente da caducidade, aqui não estamos tratando de sanção, mas sim de uma retirada antecipada, e acordada, de uma concessionária que não mais é capaz de honrar os termos do contrato.

Pelas disposições introduzidas pela Lei nº 13.448/2018, a relicitação autoriza que determinados contratos sejam, concomitantemente, objeto de procedimento administrativo que vise apurar a indenização devida ao atual concessionário pela retirada antecipada e, ao mesmo tempo, realizado novo leilão para concessão do ativo, prestigiando-se, assim, a saída coordenada e a continuidade da prestação do serviço. Essa realidade da relicitação permite não apenas a continuidade do serviço público, mas o pagamento dos credores com a indenização recebida pelos investimentos não amortizados.

A relicitação tem como condição o não atendimento pelo atual concessionário de disposições contratuais ou que demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente (art. 13). O campo de incidência para utilização da relicitação, portanto, é o mesmo de situações em que uma empresa buscaria o juízo recuperacional, quando uma empresa, ante dificuldades financeiras não mais consegue cumprir

obrigações assumidas. Ocorre que, para o legislador, o caminho aberto às concessionárias de serviços públicos foi aquele amparado na lógica do Direito Administrativo e das concessões de serviços públicos. Sequer o legislador, quando desenhou o cabimento da relicitação, exigiu efetiva inadimplência, destinando o instituto, inclusive, às concessionárias que percebam uma crise iminente no serviço ou mesmo na sua situação financeira.

A moldura definida pelo legislador para a relicitação evita um árduo e longo caminho a ser seguido pela concessão, conhecido em casos de inadimplemento. Evita ser a Administração instada a instaurar um processo de caducidade, que atrairá um moroso debate sobre o descumprimento contratual, seguido de uma inevitável discussão a respeito da possibilidade de aplicação da caducidade e da definição da indenização devida, o que, com sorte, poderá se dar em uma arbitragem que durará anos. Toda essa disputa travada com a possibilidade de deterioração do serviço prestado. A solução da norma que prevê a relicitação, ao contrário, prestigia a vontade das partes de entrarem em um consenso sobre a melhor forma de colocar fim à concessão.

A ideia de relicitação prestigia o consensualismo entre Poder Concedente e concessionária, atraindo o uso de instrumentos como mediação e arbitragem para a solução de eventuais conflitos, tornando mais célere e menos conflituosa a substituição da concessionária em crise²³⁸. Exatamente nesse sentido, o art. 14 da Lei nº 13.448/2017 é expresso ao afirmar que a relicitação se dará por acordo entre as partes. A norma da relicitação acaba por apresentar ao mercado uma saída possível para a concessionária que se percebe incapaz de honrar com os compromissos assumidos inicialmente perante o Estado, ao mesmo tempo em que possibilita que ela receba, em um curto espaço de tempo, a respectiva indenização referente ao investimento não amortizado feito no ativo pertencente ao Poder Público.

Com o instituto da relicitação, foi posta à disposição do concessionário, previamente à instalação de qualquer crise econômica, a possibilidade ser evitada sua condenação pelo reiterado descumprimento contratual, garantindo-se uma célere indenização de quantias incontroversas da indenização que lhe é devida, e que serão pagas antes do ingresso do novo concessionário na exploração do ativo (art. 15, §3º). A sistemática de pagamento prevista na norma permite, ainda, o pagamento direto pelo novo ao antigo contratado (art. 15, §1º, I). Uma

²³⁸ OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanete de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a Prorrogação Antecipada e a Relicitação na Teoria dos Contratos Públicos*. Mestrado (Dissertação). Escola de Direito da FGV. Rio de Janeiro, 2018, p. 193.

regra de ouro que afasta o pagamento da indenização, na situação específica da relicitação, da determinação legal de pagamento de créditos públicos por meio de precatórios.

A exposição de parte da disciplina e da importância do que seria a relicitação para o contrato de concessão apenas tentam fornecer um indicativo de que o Direito Público, mesmo na interface com o Direito Privado, como no caso das concessões, já fornece elementos para a retirada daquela concessionária em crise do setor da economia. Supondo, entretanto, que a concessionária não entenda por mais atrativa a hipótese de relicitação, que requer adesão voluntária, restaria ainda investigarmos se realmente as outras formas de extinção da concessão, previstas no art. 35 da Lei nº 8.987/95, poderiam ser relativizadas em uma recuperação judicial. Como já vimos, o Poder Judiciário parece já estar apontando para essa impossibilidade, tese reforçada pelos argumentos expostos nesse trabalho.

4.3.6 Possibilidade de Não Homologação do Plano de Recuperação Aprovado – Mais uma Oportunidade de Compatibilização entre os Institutos.

Por fim, importante destacarmos que a doutrina e a jurisprudência hoje se inclinam para uma nova oportunidade para que o Juízo se posicione sobre eventual ilegalidade latente no plano aprovado. A esse respeito, a obra de Janaína Campos Mesquita Vaz, sobre a atuação do Juiz em Recuperações Judiciais é de extrema precisão quando assim expõe seu entendimento:

Assim, ao realizar o controle de legalidade material de um plano de recuperação judicial ou de um conclave assemblear, o magistrado não estará se voltando às regras imperativas e propositivas da LRE em si, mas sim a conceitos indeterminados e valorativos que norteiam o ordenamento brasileiro como um todo, tais como os previstos nos art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e nos artigos 187 e 422 do Código Civil.

(...)

Assim, é evidente que cabe ao magistrado um controle de legalidade a respeito do atendimento aos procedimentos e às limitações de forma prescritiva pela LRE; mas também---e mais importante--- cabe a ele uma análise da juridicidade a respeito do plano de recuperação, para que se verifique se os valores (*standards*) entendido como válidos para as leis brasileiras estão sendo igualmente observados.²³⁹

Com apoio em extenso apanhado doutrinário e jurisprudencial, a autora afirma que enxerga esse ato judicial como uma possibilidade de afastar do mundo jurídico Planos de Recuperação aprovados em desrespeito à juridicidade. E aqui vale repisar o argumento de que mesmo o caráter contratual da Recuperação não poderia afastar tal raciocínio, uma vez que sequer os contratos privados estão livres do controle judicial. Quanto mais um acordo que, por

²³⁹ VAZ, Janaína Campos Mesquita. *Recuperação judicial de empresas – atuação do juiz*. Coleção Pinheiro Neto Advogados. São Paulo: Almedina Brasil, 2018, p. 120/121.

força de lei, depende da chancela do Poder Judiciário para ter validade.

Parece mesmo não fazer sentido qualquer defesa em sentido contrário. Se por um lado não pode mesmo o juiz ignorar a decisão dos credores, de outro, seria absurdo imaginar que o juiz estaria obrigado a homologar um plano aprovado em desrespeito a diversas normas postas no ordenamento jurídico. Desta forma, é esse mais um momento processual em que o juiz, considerando todas as questões relacionadas à concessão já expostas, pode (e deve), mais uma vez, pesar os benefícios da recuperação daquela empresa específica, os impactos no Setor Públicos e a real viabilidade jurídica da homologação do plano aprovado.

CONCLUSÃO

Do histórico traçado no início do trabalho, e do apontamento dos pontos de atrito da recuperação judicial e da concessão de serviço público, parece ficar clara a premissa de que esses dois institutos não foram pensados para conviver harmonicamente. Como comumente ocorre na construção de ordenamentos jurídicos, é, de fato, impossível antecipar todos os testes pelos quais determinados instrumentos desses ordenamentos passarão. Parece ser esse o caso. Ao cunhar a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos, em especial essa última, aparentemente o Poder Legislativo não conseguiu antever todos os cenários possíveis que as concessões se sujeitariam, assim como não foi capaz de prever que a disciplina positivada nas normas poderia não atender aos anseios do mercado em situações de crise empresarial.

Apesar da incompatibilidade principiológica entre a recuperação judicial e a concessão de serviços públicos, fato é que não há, em qualquer das normas específicas, uma proibição cabal e taxativa de convivência, que impeça os juristas mais criativos de tentarem encontrar formas para viabilizar a superação da crise de uma concessionária de serviços públicos com o uso dos maleáveis instrumentos da recuperação judicial. Sendo essa uma realidade contra a qual não mais se pode brigar, surge a necessidade de se buscar alternativas que viabilizem essa convivência.

As soluções devem ser adequadas aos obstáculos, que não são poucos e nem simplórios.

O regime jurídico específico legalmente previsto para os créditos públicos deve ser contemplado por essas soluções. O cuidado que se teve na construção de balizas confiáveis para a concessão de serviços públicos também não pode ser desconsiderado. Não podem ser ignoradas cláusulas indispensáveis à confiabilidade da concessão como: respeito às disposições da licitação prévia, manutenção da necessária observância às cláusulas do contrato de concessão, a mandatória manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante todo o curso da concessão, a necessária possibilidade de aplicação de penalidades, a imprescindibilidade do incentivo de não terminação precoce do vínculo contratual por caducidade ou encampação, etc.

Essa cautela com que uma concessão deve ser tratada em sede de recuperação vem justificada pela Segurança Jurídica que precisa ser preservada para a atração de investimentos nessa política de desestatização hoje realizada e oficializada no Brasil. Trata-se, portanto, de impor às partes que atuam na recuperação judicial a obrigação do constante exercício de checar se os benefícios da recuperação judicial de uma concessionária de serviços públicos são maiores

do que a rápida retirada da empresa em crise do setor concedido. Ganha destaque aqui a certeza de que a retirada de uma concessionária do setor jamais significaria paralização da atividade, garantida constitucionalmente por força do Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos.

Frente ao cuidado que se deve ter com a confiabilidade das concessões, o que se propõe, então, é, em síntese, que seja prestigiada pelo Juiz da recuperação judicial a disciplina normativa dessa modalidade de desestatização, no momento em que a disciplina contratual da concessão for questionada no bojo de uma recuperação judicial, deixando-se claro, desde o início da marcha processual, os limites até onde pode ir o esforço para restabelecimento da saúde financeira da empresa. Não se trata, como visto, de virar as costas às dificuldades empresariais. Pelo contrário, apenas significaria tentar resolver tais dificuldades dentro do universo jurídico em que a concessionária decidiu se inserir quando participou do leilão e celebrou o contrato que deu origem à concessão.

Muito melhor do que ignorar a existência da condição especial da recuperanda, quando essa for uma concessionária de serviços públicos, é desde o início das tratativas do processo deixar evidente o respeito a essa condição. Os casos paradigmáticos da recuperação judicial do Grupo Oi e da concessionária do aeroporto de Viracopos acabam por reforçar essa tese.

Na recuperação judicial do Grupo Oi vimos que desde o início os créditos públicos foram tratados como quirografários, sendo negada, inclusive, a vigência ao dispositivo que versa sobre a impossibilidade de suspensão de execuções fiscais. A consequência para tanto foi a contínua necessidade dos entes detentores do crédito público ali discutido, União e ANATEL, reiteradamente terem que se insurgir contra esse entendimento, mesmo após a aprovação do Plano de Recuperação Judicial. Igualmente vimos que as decisões tomadas na recuperação judicial, a respeito dos créditos públicos, seja em sede de antecipação de tutela ou mesmo pelo conclave de credores, não foram aceitas de forma pacífica por Juízes Federais, que continuaram se entendendo competentes para o processamento das execuções fiscais dos créditos públicos.

Ao final, houve de fato necessidade de apresentação de um aditamento ao plano, com nova votação pela Assembleia-Geral de Credores, prevendo aquilo que poderia e deveria ter sido fixado desde o início do processo, já no despacho que processou a recuperação e suspendeu as execuções fiscais: aos créditos públicos deveria ser dado o tratamento previsto em lei para os créditos públicos, independentemente de estar a devedora em recuperação judicial ou não. E foi esse o teor do plano aprovado ao final do processo.

Não é coincidência que a recuperação judicial protocolada por Viracopos tenha tido a mesma sorte, ainda que com nuances diferentes.

O pedido formulado por Viracopos, de suspensão do processo administrativo de caducidade instaurado pelo reiterado descumprimento contratual, poderia ter sido o gatilho necessário para o Poder Judiciário, já no início do feito, se posicionar sobre os limites que seriam discutidos na recuperação judicial em questões afetas ao contrato de concessão. Da mesma forma, a consolidação do Quadro-Geral de Credores, quando foi permitida a inclusão de todos créditos públicos, inclusive dos valores devidos ao Poder Concedente pela exploração do ativo e do serviço licitado, foi também uma oportunidade processual em que poderia e deveria ter sido prestigiada pelo Administrador Judicial toda a disciplina legal de uma concessão.

Também aqui o Poder Concedente foi arrastado para a recuperação judicial como credor quirografário. Ao ser arrastado para uma posição não amparada pela legislação, a única alternativa que restou ao Poder Concedente nesta recuperação judicial, já que majoritário nos créditos, foi impor a condição de que a viabilidade do Plano de Recuperação Judicial proposto necessariamente deveria estar de acordo com as normas da concessão.

O desfecho foi semelhante. Após toda a insegurança jurídica imposta ao setor e ao mercado de crédito; após dezenas de recursos interpostos; após mais de um ano de discussões entre Poder Concedente e concessionária de serviços públicos, ao final foi aprovado um Plano de Recuperação Judicial que incorporou integralmente normas da concessão de serviços públicos, e que prevê a saída da concessionária do ativo concedido por meio da Relicitação.

O resultado prático desses processos corrobora com a premissa de que a recuperação judicial, apesar de possível, ainda que de forma discutível, para ser utilizada em crises financeiro-econômicas de concessionárias de serviço público, deve observar todas as normas legais que regem a concessão e os créditos que dela originar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- BACELO, Joice. TJ-SP aprova recuperações com grande deságio e juros reduzidos. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://lopescastelo.adv.br/tj-sp-aprova-recuperacoes-com-grande-desagio-e-juros-reduzidos/>. Acesso em 02 jul. 2022.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. A concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 111, jan /mar. 1973.
- BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras, Constituição e Transformação do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, pp. 285-311, 2002.
- BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da Recuperação Judicial. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. 11. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Nova lei de recuperação e falências comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo II. Roche Depalma. Buenos Aires: 1955.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas do direito administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). *Rev. TST*, Brasília, vol. 73, nº3, jul/set 2007.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*, São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017 (e-book).
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações – o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

_____. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

_____. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

COSTA, Daniel Carnio. *Recuperação judicial - procedimento*. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>. Acesso em 02 jul. 2022.

_____. Reflexões sobre Recuperação Judicial de Empresas: Divisão Equilibrada de Ônus e Princípio da Superação do Dualismo Pendular. *Revista do Instituto Brasileiro de Administração Judicial – IBAJUD*, 20 de março de 2014. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/37de%2004.pdf?d=636688261614679211>. Acesso em 02 jul. 2022.

COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=22>. Acesso em 28 fev. 2022.

D'AVACK, Carlo. *La natura giuridica del falimento*. Cedam, 1940.

DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institutions, 2006.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba: Juruá, 2000.

DE MELLO FRANCO, V. H. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque. *Direito & Justiça*, [s. l.], v. 41, n. 2, p. 225–237, 2015. DOI 10.15448/1984-7718.2015.2.21436. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=137923721&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 13 maio 2022.

DE VITA, Pedro Henrique Braz. MARTINS, Vitor Beux. A recuperação judicial e o soerguimento de SPEs concessionárias de serviço público em PPPs. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

DEZEM, Renata Mota Maciel. *A universalidade do juízo da recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas.

_____. *Parcerias na administração pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. *As fases da recuperação judicial*. Curitiba: JM, 2009.

- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- FERNANDES, Jean Carlos. *Cessão fiduciária de títulos de créditos em garantia: a posição do credor judiciário na recuperação judicial da empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FINNERTY, John. D. *Project Finance – Engenharia Financeira Baseada em Ativos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação de empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil dos controladores e administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- FREIRE, Fernando José de Barros. *Previsibilidade dos efeitos do direito e segurança jurídica*. 2007. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GARCIA, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Jus Podium, 2021.
- GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, mar. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38544>. Acesso em: 23 maio 2022.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HASELOF, Fabíola Utzig. *Segurança jurídica como estoque de capital: o papel do Judiciário e a racionalidade econômica. Reflexões sobre direito e economia*. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro e a Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF).
- HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IWAMOTO, Eduardo. *Concessão do Serviço Público: função social, desenvolvimento e sustentabilidade*. Dissertação (Mestrado). 2009. Curitiba. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2009.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950, T. IV.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. Escola Paulista da Magistratura. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 58, p. 79-99, abr./jun. 2021.

- _____. *Comentários à lei de licitações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.). *Direito recuperacional – Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. Leasing: o arrendamento financeiro, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 10 *apud* VALENTE, Adriano Chaves. Financiamento e Execução de Projectos de Infraestrutura em Parceria Público-Privada *apud O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*, pp. 97-149, Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LEMOES JR., Eloy Pereira. *Empresa & função social*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24 *apud* FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005, p. 11. In TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 2880/2018*. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018.
- LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. Coordenadores: Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de radio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise econômica do direito e contratações públicas: o performance bond em contratos de obras públicas como instrumento para mitigar a assimetria de informações*. Monografia (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019. p. 83. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28884>. Acesso em 04 jul. 2022.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro. Falência e recuperação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MARIANO, Álvaro A. C. *Abuso de voto na recuperação judicial*. Tese (Doutorado) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
- MARINHO, Sarah Morganna Matos. *A segurança jurídica nas relações de crédito e a recuperação judicial de empresas: uma análise de eficiência da Lei nº 11.101/2005 no que diz respeito à proteção do mercado de crédito*. XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. 2013. p. 398. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2201611d7a08ffda>. Acesso em 30 jun. 2022.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. n. 221, jul/set. 2000.

MARQUES, Fábio Ferraz. *A prestação privada de serviços públicos no Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 219, p. 101, 1992.

MEDINA, José Miguel Garcia, HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial – Exposição das razões da crise econômico-financeira e demonstração perfunctória da viabilidade econômica, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, RT, ano: 2017, Vol. 63.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Thiago Dellazari. *A captura das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do estado regulador*. 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Do estado social ao estado regulador. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 30, n. 1 (2010): jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1244/1203>. Acesso em 23 maio 2022.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v.3.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, Volume 30.

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessões de Serviços Públicos e *Project Finance*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23AGOSTO-2010-EGON-MOREIRA.pdf>. Acesso em 28 fev. 2022.

_____. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O Contrato Administrativo como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.). *Estudos de Contratação Pública*. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007.

NEIVA, Tomás Borges Otoni. *Project finance no Brasil: análise crítica e propostas de aperfeiçoamento*. Dissertação (Mestrado). FGV DIREITO SP - Escola de Direito de São Paulo, 2019.

NEVES, Douglas Ribeiro. *Limites do controle jurisdicional da recuperação judicial*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16102015-164530/publico/Tese_Limites_do_Control_Jurisdicional_na_Recuperacao_Judicial.pdf. Acesso em 06 jul. 2015.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanete de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a Prorrogação Antecipada e a Relicitação na Teoria dos Contratos Públicos*. Mestrado (Dissertação) - Escola de Direito da FGV. Rio de Janeiro, 2018.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 2001.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. In: *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. *Princípios do direito falimentar e recuperacional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PEREZ, Viviane. Função social da empresa – uma proposta de sistematização do conceito. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord). *Temas de direito civil empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas, *Revista do BNDES*, jun. 2006, v. 13, n. 25, Rio de Janeiro.

PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO GRUPO OI. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 03 jul. 2022.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, Vol. 2.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas: de acordo com a lei 11.101 de 09-02-2005*. Barueri: Manole, 2008.

RIBEIRO, Cristina Ignácio Ribeiro. *Concessões de serviços turísticos em áreas protegidas: uma análise da Cachoeira de Morangaba, Jundiaí/SP*. 2014. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de São Carlos. Sorocaba, São Paulo, 2014.

RIBEIRO, Rodrigo Daniel de Magalhães Gomes Pontes. *As Operações de Project Finance*. Coimbra, 2014. Dissertação (mestrado). Universidade da Faculdade de Coimbra.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

SÁ E FARIA, Viviana Cardoso de. *O papel do project finance no financiamento de projetos de energia elétrica: caso da Uhe Cana Brava*. Dissertação (Mestrado), UFRJ, Rio de Janeiro, 2003.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função Social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 120, abr. 2016. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19877> . Acesso em 28 set. 2018.

SCHINCARIOL, Juliana. ‘Project finance’ do BNDES pode atingir R\$ 30 bi no ano. Formato que considera fluxo de caixa foi usado em aeroportos no Mato Grosso, para financiamento de mais de R\$ 300 milhões em melhorias, e poderá ser aplicado a saneamento. *Valor Econômico*, São Paulo, 07 jul. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2022/07/05/project-finance-do-bndes-pode-atingir-r-30-bi-no-ano.ghtml>. Acesso em 05 jul. 2020.

SEABRA, Isamara. *O financiamento das Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Centro Universitário de Brasília, 2012.

SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. *A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de estado social brasileiro*. Dissertação (Mestrado). 2009. Universidade de Ribeirão Preto, São Paulo, 2009.

SILVEIRA, Arthur Alves. *O princípio da função social no processo de recuperação judicial, à luz da jurisprudência das Câmaras Especializadas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. (Mestrado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 2019.

SOUSA JUNIOR, Francisco Satiro de. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei nº 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge ; TAVARES GUERREIRO, Carolina Dias (coords). *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier latin, 2013.

SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos: segurança jurídica e investimentos privados. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 107-131, jan./jun. 2014.

SZTAJN, Rachel. Comentários aos Arts. 47 ao 54. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Orgs). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: 2018.
- TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana V. A preservação da empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). *Tratado de direito empresarial: recuperação empresarial e falência*. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 3.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, V. I.
- VAZ, Janaína Campos Mesquita. *Recuperação judicial de empresas – atuação do juiz*. Coleção Pinheiro Neto Advogados. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*, pp. 814-815. *apud* HARB, Karina Houat. *Princípio da continuidade do serviço público e interrupção*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>. Acesso em 04 jul. 2022.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VIRACOPOS AEROPORTOS BRASIL. *Edital de Convocação para Assembleia-Geral de Credores de Viracopos*. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/8D/46/F6/6F/B351F610C3CB31F6EF18E9C2/Edital_C_onvocacao_AGC_ABV.PDF. Acesso em 03 jul. 2022.
- _____. *Novo Plano de Recuperação Judicial de Viracopos*. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/AD/E0/C3/35/B9D5071015C3C0072A18E9C2/Plano%20RJ%20Viracopos_12022020.pdf. Acesso em 03 jul. 2022.
- _____. *Plano de Recuperação Judicial de Viracopos*. Disponível em: <https://www.viracopos.com/data/files/25/93/68/D0/F091F610D82E81F6EF18E9C2/PRJ%20Viracopos.pdf>. Acesso em 03 jul. 2022.
- _____. *Quadro-geral de credores*. Disponível em: https://www.viracopos.com/data/files/8D/46/F6/6F/B351F610C3CB31F6EF18E9C2/Edital_C_onvocacao_AGC_ABV.PDF. Acesso em 03 jul. 2022.
- XAVIER, Vitor Boaventura. *O seguro garantia de execução do contrato – Performance Bond: uma análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela administração pública no Brasil*. Monografia (Bacharelado) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. *AGU fecha acordo bilionário com o Grupo OI e transaciona o valor de 14,3 bilhões devido à Anatel*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-fecha-acordo-bilionario-com-o-grupo-oi-e-transaciona-o-valor-de-14-3-bilhoes-devido-a-anatel>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 00007/2017/GAB/CGU/AGU*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/12/PARECER-HABILITACAO-DE-CREDITOS-NAO-TRIBUTARIOS-EM-RECUPERACAO-JUDICIA-.pdf>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *ANAC apura descumprimentos contratuais pela Concessionária de Viracopos*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2018/anac-apura-descumprimentos-contratuais-pela-concessionaria-de-viracopos-3>. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Contrato de Concessão nº 003/ANAC/2012 – SBKP*. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/01contrato-de-concessao>. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Edital do Leilão nº 01/2020/ANAC*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/sexta-rodada/02-processo-licitatorio/01-edital-e-anexos/17-edital-termo-compromisso-consituicao-spe.pdf>.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Informações sobre o processo licitatório: Brasília (DF), Campinas (SP) e Guarulhos (SP)*. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/jk/audiencia-publica-DF_SP_SP. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Resolução ANAC nº 355, de 17 de março de 2015*. Dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal. Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2015/resolucao-no-355-de-17-03-2015/@@display-file/arquivo_norma/RA2015-0355%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2017-0451.pdf. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Edital de Concessão nº 01/2022/ANTT*. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2430886/Edital+-+18_02_2022.pdf/e3f0e9f2-ec94-8232-9b2f-0a15cfa83a3d?version=1.2&t=1645202758483.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Edital do Leilão nº 01/2022/PPI/PND*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/leilao-01-2022-ppi-pnd/!ut/p/z1/vZRfb9owFMU_Sx_yaOz8AczeUkRJRxi0QIG8ICcxibfEdm2XrP30MwxVWjdAVdXlxcV8Tn3d6MbmMAVTDjZsYIYJjip7Ps66Wzi3mgQBRMUT-4jjMK4H8-nNxiNBx5cHgToxBMimJy__wATmGTcSFPCdcpzqeMa8PMU3bowEGlqKmDjCjC6IozxhxkNVRbWyXLYqjwkFSiYxqLfSG1hvCc1JTbmy9oqwiAiAXeMjzGJQMSJ7vM2XGcpuY9TpZO-8CTD0KAuxnAHeCHKSd1N_6bo4JwkfGMxDJ-

REs931_OMTDrnUYTm5nsym6mwdvBcif3qAwit1FML5G3ugvweTWH1hBP24Hg5E77PIH
wZku1paie5rCh8sdow1ccKFq--Vn7xxSdClh4X0w4YJ9-
3PtU59q7wYftP96adHsJrPvj49JaNdNcEN_Grj6b_tmwz017o8Ly0RMCRjfCrg6IbYoRSXS3
3-fkKc-
ttcU3VJFVetJ2XJpjNRfHOSgpmlaB4pWIXatVNmK1LY9ocyeRTND30sEaA1eif7VQim0n
d3bZCjrRY39Z_DjPnq5_gaG_RQ38219PjBY4Ge_Kq6ufgH6fpY1/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS
9nQSEh/.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*, art. 35, VI.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 7.063/2017*. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839574&filename=Parecer-Aprovacao-PL706317-27-11-2019. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Capital 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001 – 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro – Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana*.

BRASIL. Conselho Nacional de Desestatização. *Resolução CND nº 11, de 15 de dezembro de 2011*. Aprova a concessão como modalidade operacional para a exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro e Viracopos, no Estado de São Paulo, e Presidente Juscelino Kubitschek, no Distrito Federal. Disponível em:

https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-ndeg-11-15-12-2011/@@@display-file/arquivo_norma/RC2011-0011.pdf. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 7.531, de 21 de julho de 2011*. Dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização - PND dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro e Viracopos, no Estado de São Paulo, e Presidente Juscelino Kubitschek, no Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7531.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.531%20DE%201,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 7.624, de 22 de novembro de 2011*. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7624.htm. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências (revogada).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Lei de Falências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm#view. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm . Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm . Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm . Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. *Portaria AGU nº 249/2020*. Regulamenta a transação por proposta individual dos créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal e dos créditos cuja cobrança compete à Procuradoria-Geral da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-249-de-8-de-julho-de-2020-265869037>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. *Portaria PGF nº 333/2020*. Regulamenta a transação por proposta individual dos créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal, conforme previsto na Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, e Portaria AGU nº 249, de 8 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-333-de-9-de-julho-de-2020-266124105> . Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer nº 534*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. *Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer nº 534*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 13 de julho de 2020, p. 29.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no CC 112.646/DF*, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 11/5/2011, DJE 17/05/2011; *AgRg no EAREsp 543.830/PE*, Rei. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em

25/08/2015, DJe 10/9/2015; *REsp nº 1.480.559/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 3/2/2015, DJe 30/3/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 156.064/DF*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 29/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.845.687/RJ*. Relator Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1845687&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.931.633/GO*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 9/8/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1931633&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1161/2022*. Acompanhamento dos créditos da Anatel, representados pelas multas impostas pela autarquia federal ao Grupo Oi, nos autos do processo de recuperação judicial em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro-RJ. Plenário. Relator Ministro Jorge Oliveira. Julgado no dia 25.05.2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2534428%22>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2880/2018*. Acompanhamento autuado a fim de avaliar a questão relativa à inclusão em plano de recuperação judicial de créditos da Agência Nacional de Telecomunicações decorrentes de multas administrativas impostas pela autarquia a empresas do Grupo Oi. Análise de respostas a diligências. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336344%22>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Sanções*. p. 6. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1D/D4/FA/F1/B5AD4710D614BB47E18818A8/Manual%20de%20sancoes.pdf>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201-05.2019.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 16/09/2019. Publicado em 18/09/2019. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2197201-05.2019.8.26.0000&cdProcesso=RI005D5A20000&cdForum=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJZ2vIrbcsrBEUDLaumPOrBuOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIXnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNjFT8loyDcfiVzfeXyIKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZXcf7sTwd>

ZFkrdezJVbcQSomGF9CyDxuBc%2FobzKxjPviwIx153wBcGb9kpJ%2FImLTh15u1zKLzukcBNixyEEgDS8%3D . Acesso em 04 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=DA118C3F65C84A9872B31726BD70D274.cposg7?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2099092-87.2018&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2099092-87.2018.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTcfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MzM4YD4xJAiWSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrnBWxuh4CJdKwQnxr3zc%3D> . Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTcfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MzM4YD4xJAiWSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyikKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrnBWxuh4CJdKwQnxr3zc%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092-87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOi>

CmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrnBWxuh4CJdKwQnrx3zc%3D. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201-05.2019.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Desembargador Alexandre Lazzarini.)

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000*. Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgado em 24/10/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2099092->

87.2018.8.26.0000&cdProcesso=RI004JO2U0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=7upz7TIHKDNDY8NvtgdTSTbDmGLf%2FmwTyeWqRiDkbrjeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJQdhRKSQNjuBrEEsrKG6VxOOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMqPoAAoXHDZsV0hB56zqcZflHMvvIqNjTOc1TCCoxylHpVWG1fgKBvyX5I%2F4cEhA6Se9FUMFtVQmzkhqCEh9nZEVrnBWxuh4CJdKwQnrx3zc%3D. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/R7dados/petio-de-viracopos>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Decisão Proferida em 23/05/2018. Publicada em 24/05/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1019551-68.2018.8.26.0114&cdProcesso=36000E2AM0000&cdForo=114&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5CAMP&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=8pxtiCODOpFbyo6bQn7kIMo7DbARQP0ciU9v3jTQY9DeBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJkRKZGpzAlnWzS3dFz39UyeOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MZM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJERHEJmA1xS20jeik%2BeQqVMdmmKYEuKft%2FIWw9na7KcuLJNTCL4Um11Dt4WMwE7BpjBzLrvjyLkB9opmDwy593IdJQu9LGTm%2FyEo5E1J%2FDdHKSHQ4djPKItUG93nrUXSI%3D>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 0043065-84.2016.8.19.0000*. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0043065-84.2016.8.19.0000>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n.º: 0064182-97.2017.8.19.0000 e Agravo de instrumento n.º 0001115-61.2017.8.19.0000*, Oitava Câmara Cível.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial n.º 0203711-65.2016.8.19.0001* – 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em:
<https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial n.º 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 21 jun. 2016. Publicada em 27 jun. 2016. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004183A4BA67092FF678275AAEDA8652C0DC505190C0739> . Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial n.º 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 29 jun. 2016. Publicada em 06 jul. 2016. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004BA5FDA843C40B28043311EEB927FB53CC5051C40373C>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial n.º 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 14 jul. 2016. Publicada em 01 ago. 2016. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004E00B0FA2AC4F9E679BC4E5579535121EC505230F643B>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial n.º 0203711-65.2016.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 06 mar. 2020. Publicada em 11 mar. 2020. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00041C3763F31ED2E0994A5D78F5D258CF5DC50C18313645>. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial n.º 0203711-65.2016.8.19.0001* 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Decisão proferida em 05 out. 2020. Publicada em 08 out. 2020. Disponível em:
<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0203711-65.2016.8.19.0001>. Acesso em 02 jul. 2022.

REFERÊNCIAS DE PROCESSOS JUDICIAIS E DO TCU

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 2646/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 09 mar. 2022. Publicado 18 maio 2022. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760811893>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1828901/SP*. Quarta Turma. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgada em 17 fev. 2020. Publicada em 19 fev. 2020.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106250787&tipo_documento=documento&num_registro=201902219164&data=20200219&tipo=0&formato=PDF. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.694.261/SP*. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1694261&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> . Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.694.316/SP*. Relator Ministro Mauro Campbell. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1694316&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.712.484/SP*. Relator Ministro Mauro Campbell. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1712484&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp n. 1.863.844/RS*. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 4/6/2020. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1863844&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> . Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *AREsp nº 1558458 / RJ*. Relator Ministro Marco Buzzi. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+1558458+&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> . Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1631762/SP*, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1631762&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.931.633/GO*, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 9/8/2021. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1931633&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> . Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.828.901/SP*. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+1828901&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.287.461/SP*. Segunda Turma. Relator Ministro OG Fernandes. Julgado em 21 jun. 2022. Publicada em 30 jun. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33445176&num_registro=201102519378&data=20140224&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Foro da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. *Recuperação Judicial nº 0203711-65.2016.8.19.0001* – 7ª Vara Empresarial. Juiz Fernando Cesar Ferreira Viana. Disponível em: <https://recuperacaojudicialoi.com.br/pecas-processuais/>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 0043065-84.2016.8.19.0000*. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Decisão proferida em 29 ago. 2017. Decisão publicada em 01 set. 2017. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0043065-84.2016.8.19.0000>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Cível. *Agravo de Instrumento nº 0001115-61.2017.8.19.0000*. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero. Decisão proferida em 08 maio 2018. Decisão publicada em 11 maio 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045750FEFE621A6696B55C751DF58BCDD8C50816224A40&USER=>. Acesso em 03 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Foro Central da Comarca de Campinas. *Recuperação Judicial nº 1019551-68.2018.8.26.0114*. 8ª Vara Cível. Juíza Bruna Marchese e Silva. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/R7dados/petio-de-viracopos>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2197201-05.2019.8.26.0000*. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=DA118C3F65C84A9872B31726BD70D274.cposg7?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2197201-05.2019&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2197201-05.2019.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento 9024516-19.2009.8.26.0000*. Relator (a): Romeu Ricupero; Órgão Julgador: N/A; Foro de Rio Claro - 4ª. Vara Cível. Data do Julgamento: 30/06/2009. Data de Registro: 08/07/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Terceira Turma. *Processo nº 0000554-77.2011.4.02.5101*. Relator Desembargador Theophilo Antonio Miguel Filho. Decisão proferida em 10 jul. 2019. Publicada em 11 jul. 2019. Disponível em:

https://eproc.trf2.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=21619967822552592875938231061&evento=21619967822552592875938287978&key=558b7d05acad533cad3e82bd72234f1a3a6ae3bcb948a94d6d0624ed95ec3c03&hash=769d80641ee7224acf9cef7a9cded7a6. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas União. *Acórdão 2880/2018*. Acompanhamento autuado a fim de avaliar a questão relativa à inclusão em plano de recuperação judicial de créditos da Agência Nacional de Telecomunicações decorrentes de multas administrativas impostas pela autarquia a empresas do Grupo Oi. Análise de respostas a diligências. Plenário. Relatora Ministra Ana Arraes. Julgado no dia 05.12.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2336344%22>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas União. *Acórdão 2345/2017*. Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Julgado no dia 18.10.2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2325872/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20 . Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1161/2022*. Acompanhamento dos créditos da Anatel, representados pelas multas impostas pela autarquia federal ao Grupo Oi, nos autos do processo de recuperação judicial em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro-RJ. Plenário. Relator Ministro Jorge Oliveira. Julgado no dia 25.05.2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2534428%22>. Acesso em 03 jul. 2022.