



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Processo nº 2197201-05.2019.8.26.0000

Relator(a): **ALEXANDRE LAZZARINI**

Órgão Julgador: **1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial**

Vistos.

1) Prevenção gerada pelo agravo de instrumento nº 2153765-30.2018.8.26.0000 (j. 03/10/2018).

2) Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às pp. 112/132 (fls. 2827 dos autos originais), que **julgou parcialmente procedentes** as impugnações de crédito apresentadas pela ANAC e pelas recuperandas (“Aeroportos Brasil S/A.”, “Aeroportos Brasil – Viracopos S/A.” e “Viracopos Estacionamentos S/A.”), para:

***a) DECLARAR** a concursalidade do crédito da ANAC, componente da classe III, na qualidade de crédito quirografário;*

***b) DECLARAR** líquidos os valores vencidos e as outorgas fixas e ilíquidas as outorgas variáveis, os valores das multas e a Contribuição Variável VESA;*

***c) RECONHECER** a necessidade de se trazer o crédito da ANAC a valor presente, para fins da presente Recuperação Judicial, aplicando-se o percentual de taxa de desconto de 8,55%, remontando-se o valor de R\$2.064.350.848,87;*

***d) RECONHECER** a divergência em relação à importância apontada pela Administradora Judicial quanto às outorgas vencidas, e ao Reequilíbrio da Tarifa Teca-Teca; valores já corrigidos pela Administradora.”*

Com relação ao crédito da FINEP, a impugnação foi extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC, em razão da inobservância do art. 13, parágrafo único, da Lei 11.101/05.

3) Insurge-se a “AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC”, postulando a reforma da decisão, sustentando, em síntese, que: **a)** o Administrador Judicial deixou de incluir na relação de credores “(i) os créditos vencidos relativos à Contribuição Variável e Contribuição Mensal, embora expressamente



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reconhecidos pelo próprio Administrador Judicial como devidos; (ii) os créditos relativos às multas pelo descumprimento da Fase I-B; e (iii) divergências na atualização do cálculo”; b) os créditos públicos estão sujeitos a regramentos legais distintos, não passíveis de negociação própria dos credores privados, uma vez que estes gozam de ampla liberdade para dispor dos seus direitos; c) as deliberações da Assembleia Geral de Credores não podem ser aplicadas aos créditos públicos, sob pena de violação do princípio da legalidade; d) mantida a r. decisão, a Administração Pública será credora minoritária, “cuja sorte de um contrato de concessão com reflexos em diversas esferas de atuação da agência será definida não por uma política pública determinada pela União Federal, mas por uma assembleia de credores”; e) a única possibilidade de acordo é por meio de parcelamento, o que deve ser autorizado por lei específica, não pela AGC; f) os créditos da ANAC são privilegiados, pois sujeitos à inscrição em dívida ativa e cobrança por execução fiscal; g) créditos federais não estão submetidos à Justiça Estadual; h) a extraconcursalidade não abrange apenas créditos tributários, mas qualquer um com natureza pública; i) a advertência prevista no art. 52, §1º, III, da Lei 11.101/2005, não se aplica a ANAC; j) o art. 29 da Lei 6830/80 dispõe que a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não está sujeita ao concurso de credores; k) o art. 41 da Lei 11.101/2005 não inclui a Fazenda Pública no rol de credores que compõem a Assembleia Geral; l) segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a recuperação judicial se aplica apenas aos créditos de titularidade de entes privados; m) a exigibilidade da multa não está suspensa por força de decisão judicial, uma vez que não foi cumprida a condição imposta às recuperandas; n) o questionamento judicial da multa não é capaz de tornar o débito ilíquido; o) o procedimento administrativo que discutia as multas diárias aplicadas pela ANAC foi encerrado em 13/07/2019; p) não há cláusula contratual que discipline qualquer desconto em decorrência do pagamento adiantado da contribuição fixa, devendo ser considerado o valor original do contrato de concessão, sem qualquer redução no montante; q) a taxa NTN-B é utilizada pela própria concessionária para o cálculo do valor presente do passivo de outorga nas suas demonstrações contábeis publicadas; r) a taxa regulatória de desconto é aplicada no fluxo de caixa marginal, quando da revisão extraordinária dos contratos de concessão; s) a taxa de desconto regulatório mostra-se adequada como medida de retorno de investimento ou projeto, mas não de um passivo financeiro, como é o caso da outorga fixa; t) a aplicação da referida taxa de desconto prejudicará o tratamento paritário entre credores, uma vez que diminuirá indevidamente os créditos da ANAC; u) o crédito decorrente da outorga variável deve ser incluído na recuperação judicial, sendo seu valor calculado com base nas mesmas estimativas de receita apresentadas pelas recuperandas no plano; w) a sucumbência deve recair exclusivamente sobre as recuperandas; e x) o montante fixado a título de honorários, cerca de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), refoge a qualquer critério de razoabilidade, devendo ser reduzido.

Pleiteia a antecipação da tutela recursal, “permitindo sejam considerados entre os créditos devidos à ANAC os valores referentes às multas aplicadas e às outorgas vincendas, assim como a inaplicabilidade do desconto de 8,55% às outorgas fixas vincendas”.

Caso não seja acatado pedido anterior, requer a concessão de efeito suspensivo, “para fins de classificação da ANAC no quadro geral de credores, com o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

respectivo impacto no voto a ser proferido em assembleia geral de credores:

A) Seja considerada a importância de R\$60.261.998,41 (sessenta milhões, duzentos e sessenta e um mil, novecentos e noventa e oito reais e quarenta e um centavos), referente à multa aplicada pelo descumprimento da fase I-B;

B) Seja considerada a importância de R\$324.462.498,55 (trezentos e vinte e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, quatrocentos e noventa e oito reais e cinquenta e cinco centavos), referente à multa diária aplicada pelo descumprimento da fase I-B;

C) Seja considerado o uso da NTN-B como a taxa mais adequada para a finalidade de ajuste a valor presente do seu passivo de outorga fixa, o que, nos termos dos cálculos apresentados pela administradora judicial, alçaria o valor de R\$2.678.815.538,70 (dois bilhões, seiscentos e setenta e oito milhões, oitocentos e quinze mil quinhentos e trinta e oito reais e setenta centavos).

D) Sejam consideradas as estimativas referente às contribuições variável e mensal, estimados considerando-se as alíquotas contratualmente previstas no contrato de concessão e os valores de receita bruta e receita tarifária considerados no próprio Plano de Recuperação Judicial apresentado pela recuperanda, totalizando a importância de R\$9.295.727.063, 78 (nove bilhões, duzentos e noventa e cinco milhões, setecentos e vinte e sete mil e sessenta e três reais e setenta e oito centavos.)”

Subsidiariamente, pede a suspensão da Assembleia Geral de Credores designada para o dia 01/10/2019 até o julgamento do mérito do presente recurso ou da Impugnação de Crédito nº 1042743-30.2018.8.26.0114, apresentada pelo BNDES em 10/10/2018.

4) Diante da complexidade da matéria, o pedido de antecipação da tutela será debatido em tópicos.

A) Competência

Quanto à competência da Justiça Estadual, lembro que a questão foi abordada pela ANAC no agravo de instrumento nº 2099092-87.2018.8.26.0000, interposto contra decisão que, em sede de tutela antecipada (antes mesmo de ser deferido o processamento da recuperação), no qual ficou decidido que não cabe ao juízo da recuperação suspender processo administrativo ou cobrança de penalidade por descumprimento contratual.

Todavia, não se pode olvidar que referido recurso tratava sobre a suspensão do processo de caducidade, enquanto a discussão trazida nos presentes autos



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

versa sobre a competência da Justiça Estadual para decidir sobre extraconcursalidade dos créditos da ANAC.

E quanto a esse tema, pacífico o entendimento, inclusive manifestado em decisões dos Tribunais Superiores, de que a competência para decidir se o crédito se submete ou não aos efeitos da recuperação é da Justiça Estadual, mais especificamente do Juízo recuperacional.

Anote-se, ainda, que as peculiaridades que envolvem a recuperação judicial de uma empresa justificam a manutenção dos autos na esfera estadual, ainda que envolva ente público federal, como reconheceu o legislador no art. 45, I, do CPC/2015:

“Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou terceiro interveniente, exceto as ações:

I – de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho;”

Portanto, ainda que se trate de crédito público federal, não há que se falar em incompetência do Juízo Recuperacional para apreciar sua submissão aos efeitos da recuperação.

B) Natureza concursal do crédito

Superada a questão da competência, passo a analisar a concursalidade do crédito.

Sobre o tema, fundamentou a magistrada:

“I - Concursalidade do Crédito da ANAC

Inicialmente, consoante bem destacado pela Administradora Judicial, a perícia prévia apresentada às fls. 7.216/7.277 dos autos da recuperação judicial (“Perícia Prévia”) apontou que a ANAC requer o pagamento de algumas parcelas da outorga (variável e fixa), e multas (vide fls. 7.263 dos autos da recuperação judicial).

Com relação à outorga, cumpre lembrar que, tal como apontado pela Administradora Judicial na Perícia Prévia e conforme a cláusula 2.5 do Contrato de Concessão, o valor da concessão foi calculado para um período de 30 (trinta) anos, no montante estimado de R\$12.983.951.000,00 a serem pagos na forma de “Contribuição ao Sistema”.

Assim, as outorgas foram calculadas e aceitas pelas Recuperandas considerando as projeções iniciais em decorrência da oferta realizada no leilão, a qual, por sua vez, foi feita com base na vigência do Contrato. O mesmo racional aplica-se para as Contribuições Variáveis, visto que as premissas iniciais são as mesmas.

O próprio Edital previu, em seu item 4.25 que o “Valor da Contribuição Fixa será pago em parcelas anuais, que correspondem à divisão do Valor da Contribuição



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fixa pelo prazo de vigência do contrato de cada aeroporto, disposto no item 6.12, reajustadas conforme o disposto no Contrato.” (vide fls. 148 dos autos da recuperação judicial). O item 6.12 do Edital, por sua vez, dispõe que o prazo para a construção do aeroporto em campinas deveria ser de 30 anos.

Vale ressaltar, ainda, que, nos termos do art. 15, II, da Lei 8.987/1995,7 quando há pagamento de outorga do concessionário (Recuperandas) ao poder concedente (ANAC), o critério de julgamento da licitação será o de maior preço - de fato, o próprio Edital indicou que o critério de julgamento era o do maior Valor Global de Contribuição Fixa.

Assim, desde o primeiro momento da apresentação de sua proposta, as Recuperandas levaram em consideração que, em contraprestação à concessão da operação do Aeroporto Internacional de Viracopos, seria devido o valor total das outorgas, ainda que houvesse a previsão de que o pagamento seria feito de forma parcelada.

Considerando que o valor da outorga e, quando aplicável, os seus critérios de cálculo, foram estabelecidos já no momento da assinatura do Contrato de Concessão o que é anterior à data do pedido de recuperação judicial (art. 49, caput, da Lei 11.101/05), entende-se que o valor correspondente à outorga preenche o requisito primordial para que seja considerado crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial qual seja, constitui crédito já existente na data do pedido de recuperação.

Os créditos relativos à outorga de contrato de concessão constituem dívida ativa não tributária, a qual, consoante dispõe o § 2º do art. 39 da Lei 4.320/1964,9 é formada pelos demais créditos da Fazenda Pública que não sejam provenientes “de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas”.

Embora tanto a dívida ativa de natureza tributária quanto a dívida ativa de natureza não tributária sejam instrumentalizadas em certidão de dívida ativa (CDA) com o propósito de formar título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IX) para aparelhar processo de execução fiscal, disciplinado pela Lei 6.830/1980, apenas “[a] cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”, conforme expressamente dispõe o art. 187 do CTN.

Por conseguinte, por não ostentarem natureza tributária - ou, se se preferir, por terem natureza não tributária, conforme expressa disposição de lei - de se concluir que os créditos devidos a título de outorga não estão albergados pela exceção contida na norma do art. 187 do CTN.

Assim sendo, cumpre determinar a natureza dos créditos devidos a título de outorga. Conforme dispõe o art. 83, VI, 'a', da Lei 11.101/05, constituem créditos quirografários “aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo”. Como não há referência no art. 83 da Lei 11.101/05 a outras classes em que se possa enquadrar créditos de natureza não tributária da União, resta alocá-los na classe de credores quirografários.

Raciocínio análogo conduz à conclusão de sujeição à recuperação judicial de créditos decorrentes de multas contratuais e multas administrativas decorrentes do exercício do poder de polícia. Com efeito, ainda que a credora seja autarquia federal, os créditos decorrentes de multas por descumprimento contratual e



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

multas administrativas estarão sujeitos à recuperação judicial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu em casos similares, ao analisar especificamente a natureza do crédito decorrente de multa administrativa, que a dívida ativa não tributária se submete ao processo de recuperação judicial:

“O crédito perseguido pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto tem natureza de multa administrativa decorrente de auto de infração da vigilância sanitária, que resultou na aplicação de penalidade por descumprimento de normas de boas práticas na manipulação e comercialização de alimentos (fl. 201).

Em outras palavras, trata-se de multa de natureza administrativa decorrente do exercício do poder de polícia.

(...)

Como se sabe, nos termos do art. 39, § 2.º da Lei n.º 4.320/1964, os créditos inscritos em dívida ativa podem ser tributários ou não.

Os créditos tributários constituem a Dívida Ativa Tributária e abrangem os tributos, adicionais e multas. Os créditos que não sejam tributários formam a Dívida Ativa não Tributária:

“Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

(...)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais”.

Desse modo, inaplicável a restrição imposta pelo artigo 187 do CTN, diante da natureza não-tributário do crédito perseguido:

“Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

Nessa linha de raciocínio, e considerando que a natureza do crédito sujeita-se à recuperação judicial, nos termos do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005, não se enquadra o caso em tela na exceção prevista nos parágrafos 3º e 4º desse mesmo artigo”. grifou-se.

(Agravado de Instrumento nº 2073639-95.2015.8.26.0000, Des. Rel Francisco



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 26/08/2015)

No mesmo sentido e com o mesmo fundamento o de que a natureza do crédito constitui o critério a ser observado na determinação da sujeição de crédito decorrente de multa contratual e de multa administrativa ambas as Câmaras especializadas em matéria concursal do Tribunal de Justiça de São Paulo assentaram que multa administrativa deve ser paga nos termos do plano de recuperação judicial:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Indeferimento de pedido para que os créditos decorrentes das multas administrativas sejam habilitados no processo de recuperação. Multa administrativa aplicada pelo PROCON. Natureza não-tributária. Inteligência do artigo 49 da Lei n. 11.101/05. Inaplicabilidade da restrição do artigo 187 do CTN. Possibilidade de prosseguimento da recuperação com a habilitação dos créditos do PROCON. Recurso provido” (Agravo de Instrumento nº 2207236-63.2015.8.26.0000, Des. Rel Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10/12/2015)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Recuperação Judicial Multa administrativa Decisão que classifica o crédito como extraconcursal Pretensão das recuperandas à sujeição a recuperação judicial Cabimento (LREF, art. 83, VII) Decisão singular reformada Agravo provido neste ponto. AGRAVO DE INSTRUMENTO Recuperação Judicial Multa administrativa Decisão que classifica o crédito como extraconcursal Divergência quanto aos valores Ausência de análise no Juízo Singular Determinação de verificação na origem supressão de instância. Dispositivo: Dão parcial provimento.” (Agravo de Instrumento nº 2047000-40.2015.8.26.0000, Des. Rel Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 17/02/2016)

Ademais, o C. Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que créditos da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica - devem ser pagos conforme plano de recuperação judicial:

“Os valores quantificados em procedimento administrativo perante órgão regulador da atividade econômica da empresa, geralmente derivados de obrigações anteriores à data do pedido de recuperação judicial, quando objeto de liquidação, devem ser recebidos dentro do procedimento recuperatório em igualdade com todos aqueles oriundos de credores da mesma espécie”.

Por fim, destaca-se que o Agravo de Instrumento ANAC, interposto contra decisão que deferiu o pedido cautelar de suspensão das ações e execuções movidas pelas Recuperandas, entre outras providências, dispôs que:

“em que pese haver aparente divergência entre o Relator e o 2º Juiz no



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*tocante à competência da Justiça Estadual para deliberar sobre procedimento administrativo da agência reguladora, certo é que a Turma Julgadora, por unanimidade, entendeu ser indevida a suspensão do processo de caducidade e execução da **multa administrativa**” (...) “Desse modo, eventual divergência quanto à incompetência da Justiça Estadual não interfere no resultado do julgamento”. (destacou-se).*

Sob essa perspectiva, mister o reconhecimento da concursabilidade do crédito da ANAC, para incluí-lo na lista de credores e sujeitá-lo aos efeitos da Recuperação Judicial.”

Não há que se falar em extraconcursabilidade do crédito da ANAC, uma vez que os mesmos não possuem natureza tributária, tampouco podem ser a eles equiparados, a fim de afastar sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial.

Isso porque, ainda que possível a inscrição do crédito na Dívida Ativa e a cobrança por meio de execução fiscal, o benefício processual concedido pela Lei 6830/80, não altera a natureza do crédito ora debatido, qual seja, **não tributário**. Por conseguinte, ainda que haja equiparação de valores tributários e não tributários na esfera processual, o mesmo não ocorre com o direito material.

Assim, se apenas os créditos *tributários* são excluídos da recuperação judicial, por força do art. 187 do CTN, não se pode estender a interpretação de tal dispositivo legal aos créditos *não tributários*, ressaltando clara e evidente restrição do legislador a referida exceção. Em situação semelhante, afastando os mesmos argumentos trazidos pela agravante, precedente envolvendo a Recuperação Judicial da “OI S.A” (Agravo de Instrumento nº 0057446-63.2017.8.19.0000, Rel. Des. Mônica Maria Costa, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, j. 18 /09/2018) :

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO APRESENTADA PELA ANATEL ACOLHIDA PARCIALMENTE. SUBMISSÃO DOS CRÉDITOS PÚBLICOS DA ANATEL, DE ORIGEM NÃO TRIBUTÁRIA, À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido efetuado na impugnação de crédito ajuizada pela Agravante, Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, distribuída sob nº 0142614-30.2017.8.19.0001, referente ao quadro geral de credores das Agravadas (Grupo Oi), em recuperação judicial, com trâmite na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital e atuada sob o nº 0203711-65.2016.8.19.0001.

2. Preliminar de incompetência do Juízo a quo para decidir sobre interesses de crédito público federal que se afasta, uma vez que, conforme já assentado por E. Câmara Isolada, o Juízo Universal é competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa em recuperação, sob pena de prejudicar seu funcionamento.

3. De certo que o art. 109, I, da CRFB/88, excetua da competência da Justiça Federal o julgamento das ações falimentares, sendo tal disposição plenamente aplicável às recuperações judiciais.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Noutro passo, o artigo 45, do Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, preconiza a remessa dos autos à Justiça Federal quando no processo intervier autarquia federal, "exceto as ações: I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente do trabalho".

5. O artigo 6º da Lei n. 11.101/2005, preserva a universalidade do juízo que processa a falência ou a recuperação judicial e acarreta o deslocamento para o juízo universal de todas as ações de interesse da massa falida ou da empresa em recuperação.

6. O Superior Tribunal de Justiça, apreciando conflitos de competência envolvendo a Justiça do Trabalho e o Juízo Estadual da Recuperação Judicial, tem decidido que a "A Lei nº 11.101, de 2005, não terá operacionalidade alguma se sua aplicação puder ser partilhada por juízes de direito e por juízes do trabalho."

7. Além disso, compete ao juízo da recuperação decidir se o crédito constituído anteriormente ao processo de soerguimento possui ou não natureza concursal e, também, concluir pela possibilidade de se postergar a execução da garantia, ante o princípio da preservação da empresa.

8. O mesmo entendimento aplica-se a qualquer decisão administrativa da União Federal, autarquia federal ou autoridade federal que, eventualmente, atinja bens que integrem o patrimônio de empresa que esteja em regime de recuperação judicial.

9. Tendo em vista que não se discute nos autos a competência para processar e julgar cobrança de crédito fiscal, mas sim definindo a natureza do crédito controvertido e se este possui natureza concursal ou extraconcursal para, ao final, decidir se está ele excepcionado ou não dos efeitos da recuperação, resta patente a competência do Juízo Recuperacional.

10. Hipótese em que a Agência Reguladora defende a necessidade de exclusão de todos os créditos públicos (e.g. multas administrativas, multas advindas de inadimplemento de crédito tributário e encargo legal), seja de que natureza for, do plano de recuperação judicial, nos termos do artigo 6º, §7º da Lei 11.101/2005 e artigo 29 da Lei 6.830/1980.

11. Com efeito, a Lei Recuperacional não dispõe de qualquer dispositivo que afaste os créditos públicos do alcance de suas normas, dividindo os créditos da sociedade empresária em quatro classes apenas: trabalhistas, créditos com garantia real, créditos com microempresas ou empresas de pequeno porte e quirografários (artigo 41).

12. Não implementou, portanto, a Lei nº 11.101/05, qualquer distinção entre créditos públicos e privados.

13. Desse modo, submetido o crédito público ao processo de recuperação judicial, deve o credor público envidar esforços e tomar as providências necessárias para participar de assembleia de credores e envidar todos os esforços em alcançar uma composição para a satisfação do seu crédito.

14. Conforme destacado pelo magistrado de origem, embora o gestor público não disponha da mesma liberdade de negociação de um credor privado, existem diversas disposições legais que expressamente admitem a realização de acordos por parte de entidades de direito público, inclusive autarquias, o que rechaça a afirmação de que os créditos públicos são impassíveis de negociação.

15. Assim, os princípios que regem a Administração Pública não impedem que se realize transações envolvendo créditos e interesses públicos, desde que



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

respeitada a ordem legal.

16. No que tange ao crédito tributário, resta inequívoca a impossibilidade de sua inclusão no Quadro Geral de Credores pelas empresas recuperandas.

17. No entanto, o crédito oriundo da multa moratória, por sua vez, não assume a mesma natureza da obrigação principal, mas decorre do inadimplemento do tributo. Esse entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula 565.

18. Tal posicionamento foi adotado para as falências decretadas sob a égide do Decreto- Lei nº 7661-45, que excluía, do processo falimentar, as "penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas".

19. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, a multa fiscal moratória passou, expressamente, a ser incluída no passivo falimentar, consoante prescreve o artigo 83, VII, da Lei 11.101/05, que incluiu abaixo dos créditos quirografários "as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias".

20. Desse modo, verifica-se que a Lei nº 11.101/05 diferenciou o crédito tributário (obrigação principal), da multa por inadimplemento, inserindo-a abaixo dos créditos quirografários.

21. O caráter punitivo ou indenizatório da multa moratória atualmente não encerra maiores discussões, que somente tinha relevância na vigência do Decreto-Lei nº 7661/45, que excluía, da falência, o crédito que representasse pena pecuniária por infração da lei administrativa (art. 23, parágrafo único, III).

22. Assim sendo, não houve qualquer modificação da natureza jurídica da multa por infração à obrigação tributária, seja na vigência da Constituição de 1988, seja na vigência da Lei 11.101/05.

23. A Lei nº 11.101/05 apenas incluiu expressamente a multa por infração à obrigação tributária no passivo falimentar.

24. Em virtude da natureza não tributária das multas punitivas, estas se encontram submetidas ao processo de recuperação judicial.

25. A Lei nº 11.101/05 define, como regra, que todos os credores existentes ao tempo da postulação do benefício devem se submeter ao processo recuperacional.

26. Nesse sentido, o art.49, da LRJF, ao instituir o concurso de credores, estabeleceu que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

27. No entanto, dispõe o art.6º, §7º, da Lei nº 11.101/05, que os créditos de natureza fiscal, salvo em caso de parcelamento, não se submetem ao procedimento de recuperação judicial, mas apenas ao de falência (art.83, III, da LRJF).

28. Além dos créditos de natureza fiscal, a Lei nº 11.101/05, em seu art.49, especificou os casos de exclusão total dos efeitos da recuperação (§3º, "b") e de exclusão parcial (§§ 4º e 5º, "c" e "d").

29. A matéria em exame, contudo, se circunscreve à exceção legal prevista no art.6º, §7º, da Lei nº 11.101/05 que diz respeito aos créditos de natureza fiscal.

30. A distinção entre tributo e multa administrativa não permite que se conceda o mesmo tratamento jurídico no concurso de credores.

31. A definição de tributo vem delineada pelo art. 3º, do CTN, que assim prescreve: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

32. A multa, por sua vez, se constitui uma penalidade originada do descumprimento de uma obrigação, possuindo nítido caráter punitivo ou de sanção.

33. Consoante se observa da dicção do art. 2º, da Lei de Execução Fiscal, o legislador ao estabelecer o conceito de Dívida Ativa da Fazenda Pública menciona expressamente os débitos tributários e não tributários, inexistindo, portanto, distinção entre os créditos públicos no que tange ao rito da cobrança judicial.

34. No entanto, a identidade do veículo procedimental apto a persecução dos créditos públicos (de natureza tributária ou não) não suprime a natureza jurídica inerente ao crédito perseguido.

35. As execuções ajuizadas pela recorrente, apesar de submetidas à sistemática da Lei nº 6830/80, não ostentam natureza stricto sensu fiscal, uma vez que os créditos são de natureza não tributária, consistentes em multas administrativas aplicadas em reflexo ao Poder de Polícia do Estado.

36. O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, já assentou que as referidas multas possuem natureza jurídica administrativa e não tributária, razão pela qual seria inaplicável às disposições contidas no CTN às execuções destinadas à cobrança de tais créditos.

37. Assim sendo, os valores cobrados a título de multa têm nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, portanto, um crédito tributário, a fim de se amoldar à disciplina jurídica do CTN.

38. Sabe-se que os créditos inscritos em dívida ativa podem ser tributários ou não.

39. A Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), em seu art.4º, §4º, restringe expressamente à aplicação do Código Tributário Nacional ao regime jurídico do crédito não tributário.

40. Assim, os créditos não-tributários não se encontram inseridos na exceção imposta pelo art.187 do CTN, que determina a exclusão do crédito tributário do âmbito da recuperação judicial, ao fazer alusão a quais créditos não estarão sujeitos a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

41. A nova Lei de Falências quando se referiu às multas administrativas, incluídas as tributárias, permitiu que sua fosse realizada na falência, mas inseriu-as na posição dos antepenúltimos créditos a serem atendidos no concurso de credores, conservando, assim, a preferência na cobrança dos tributos em relação às multas.

42. Bem de ver que a Lei nº 11.101/05, em nenhum momento exige a prova de regularidade em relação às multas administrativas para a concessão da recuperação judicial, consoante se denota da dicção do art.57, do mesmo diploma legal, mas tão somente de inexistência de passivo tributário.

43. O mesmo raciocínio deve ser empregado no tocante à transferência do passivo tributário de filial ou unidade produtiva ao adquirente, com exceção das hipóteses em que tal medida se opere no âmbito da recuperação judicial, o que não acontece em relação às multas administrativas. (arts. 141 e 142, da LRFJ e art.133, do CTN)

44. De outro lado, conforme já destacado, o §7º, do art.6º, da Lei nº 11.101/05, ao fazer alusão às ações que não são suspensas pelo deferimento da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recuperação judicial, utiliza a expressão "execuções de natureza fiscal", não se referindo, por conseguinte, a "execuções fiscais".

45. Não se pode discutir a inquestionável relevância da receita advinda dos tributos para o planejamento financeiro do Estado e o incontestável interesse no prosseguimento da cobrança de tal crédito daqueles créditos originados da atividade sancionatória do ente público.

46. De certo que a lei não cria palavras e expressões inócuas, devendo a Lei nº 11.101/05 ser compreendida sob uma percepção sistemática e teleológica de seus dispositivos, à luz dos princípios que permeiam o instituto, notadamente, o da preservação da empresa.

47. Diante do caráter social da legislação que permeia todo o sistema da recuperação judicial, possui o Estado o dever indelével de, sacrificando-se juntamente com os particulares, preservar a empresa e assim permitir que aquela, exercendo sua função social, tenha condições efetivas de superar sua crise econômico-financeira.

48. Não há dúvidas, portanto, de que as execuções de multa administrativa deverão ser suspensas juntamente com as demais que não persigam crédito de natureza tributária stricto sensu e, tais valores inseridos no âmbito da recuperação judicial, uma vez que não possuem o mesmo privilégio outorgado aos créditos que ostentam natureza fiscal e somente os débitos tributários estão excluídos expressamente da recuperação judicial.

49. Consoante prescreve o artigo 183 do Código Tributário Nacional, "a natureza das garantias atribuídas ao crédito tributário não altera a natureza deste nem a da obrigação tributária a que corresponda".

50. **Em suma, as garantias e privilégios atribuídos ao crédito tributário não têm o condão de alterar a natureza jurídica do crédito público.**

51. **Diante das diferenças estabelecidas pela própria Lei nº 11.101/2005 entre os créditos tributários e os advindos de multas administrativas, inscritos em Dívida Ativa, não devem estas últimas se submeterem à exceção estabelecida em seu art.6º, § 7º, em observância à natureza substancial do crédito discutido e não o instrumento processual utilizado para a cobrança da dívida, o que, provavelmente levou a opção do legislador de empregar o termo execução fiscal e não execução de natureza fiscal, como o fez em vários outros dispositivos.**

52. Conclui-se, portanto, que a multa administrativa se submete ao processo de recuperação judicial e o fato de o credor ser ente público não modifica a natureza da dívida.

53. Desse modo, não há como ser reconhecida a possibilidade de exclusão dos créditos da ANATEL, de natureza não tributária, do âmbito da presente recuperação judicial e, conseqüentemente, do Plano de Recuperação Judicial.

54. Quanto ao pedido de que seja reconhecida e determinada, por consequência, a não participação da ANATEL na Assembleia Geral de Credores, não há dúvidas de que houve perda superveniente de seu objeto, uma vez que a Assembleia Geral de Credores foi realizada no dia 19.12.2017, na qual a autarquia recorrente se fez presente, exercendo o seu direito de voto, sendo elaborado e aprovado, ao final, um novo Plano de Recuperação Judicial.

55. Correta a decisão recorrida que corrigiu de ofício o valor da causa, nos termos do artigo 292, § 3o, do CPC, para que corresponda ao proveito econômico perseguido.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

56. A impugnação de crédito tem natureza de ação incidental e dá ensejo à condenação da parte vencida ao pagamento de honorários de sucumbência, nos moldes do artigo 85 do CPC, razão pela qual devem ser observadas as disposições previstas nos arts. 291 e seguintes do Código de Processo Civil.

57. Recurso desprovido e prejudicialidade do Agravo Interno interposto.” (destaquei)

Dessa forma, mesmo em se tratando de dinheiro público, diante do que consta dos autos, não há como se afastar a submissão dos créditos da ANAC à recuperação judicial, na classe dos quirografários.

C) Do valor do crédito

1) Multas e outorgas variáveis

Entendeu a magistrada que:

“Na fase administrativa, a Administradora Judicial, ao acolher parcialmente a divergência de crédito apresentada pela ANAC, arrolou em seu Quadro Geral de Credores o valor de R\$ 4.672.532.005,69 (quatro bilhões, seiscentos e setenta e dois milhões, quinhentos e trinta e dois mil cinco reais e sessenta e nove centavos) em favor da ANAC, nos seguinte termos:

“Ante o exposto acima, a Administradora Judicial, em atenção aos elementos trazidos pelo credor, acolhe parcialmente a divergência, para listar seu crédito na classe dos quirografários - classe III, pelo valor de R\$ 4.672.532.005,69. Com relação aos parâmetros adotados pela Administradora Judicial para o cálculo do valor, esclarece-se que, nesse momento, não foi possível calcular o valor das parcelas vincendas referentes à outorga variável porque isso depende de alguns valores/eventos futuros. Ademais, o cálculo realizado não trouxe a valor presente os valores devidos relacionados à outorga fixa, bem como não foi baseado em projeções, além disso, não foram incluídas as multas aplicadas em processo administrativo, pelo fato de as mesmas ainda estarem sendo discutidas pelas partes” (fls. 16.031 dos autos da recuperação judicial).

A respeito da multa da Fase I-B do Contrato de Concessão, a ANAC alega que seria aplicável o valor de R\$ 60.048.492,66 (sessenta milhões, quarenta e oito mil, quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e seis centavos) por infração ao disposto na cláusula 2.32 do Contrato de Concessão, relativo à multa pelo evento até o dia 07.05.2018, com base (i) na decisão de primeira instância nº 4/2017/SRA, de 04.08.2017, proferida nos autos do processo administrativo nº 0058.064047/2014-10; e (ii) na autuação de processos administrativos distintos para averiguação do cumprimento e apuração dos valores e períodos referentes à aplicação das multas diárias (processos administrativos nºs 00058.525616/2017-80, 00058.525617/2017-24 e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

00058.525618/2017-79).

Inegável que o tema está em discussão nos autos do processo nº 1007242-80.2018.4.01.3400, em tramitação a 13ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. Assim, considerando que o processo em questão ainda está em curso, não há decisão definitiva que atribua liquidez ao crédito.

Reitero, como bem demonstrado pelas Recuperandas e ao contrário do arguido pela ANAC, que a exigibilidade da multa ainda se encontra suspensa, consoante se denota do documento de fls. 2739/2742.

Da mesma forma, as multas diárias indicadas pela ANAC também estão em discussão em sede administrativa, consoante apontado pela própria ANAC e pelas Recuperandas. Ressalto, ainda, o contido no documento de fls. 2744 e seguintes.

Diante do cenário acima, de se concluir que os valores das multas são incertos e não podem ser fixados neste momento, vez que estão sendo discutidos tanto em fase administrativa quanto judicial. Ademais, o cálculo realizado não trouxe a valor presente os valores devidos relacionados à outorga fixa, bem como não foi baseado em projeções.

Desta feita, impende concluir que os valores devidos pelas Recuperandas à ANAC a título de multas e outorgas variáveis constituem créditos ilíquidos, e, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 11.101/2005, deverão ser apurados pelos juízos perante os quais estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.”

1.1) No tocante à outorga variável, com razão o MM Juízo de origem, uma vez que a base de cálculo do valor devido depende de evento futuro, qual seja, os demonstrativos contábeis do período, conforme se depreende do contrato de concessão:

“2.14. O pagamento da Contribuição Variável se dará no momento da apresentação dos demonstrativos contábeis de que trata o item 3.1.43.2.

2.15. A Contribuição Variável corresponderá ao montante anual em R\$ (reais) resultante da aplicação de alíquota de 5% (cinco por cento) sobre a totalidade da Receita Bruta da Concessionária e de suas eventuais subsidiárias integrais.

(...)

2.15.3. Para fins do presente item, será considerada Receita Bruta qualquer receita recebida pela Concessionária e por eventuais subsidiárias integrais a título de Remuneração, nos termos do presente Edital.

2.15.4. O cálculo da Contribuição Variável será feito pela Concessionária, com base nos levantamentos contábeis do período, conforme disposto no item 3.1.43.2.”

Ora, se a quantificação do crédito depende de prévia apuração, ao contrário da outorga fixa, **trata-se de obrigação ilíquida**, não podendo constar no Quadro Geral de Credores, lembrando que o art. 9º, II, da Lei 11.101/2005, exige a comprovação do valor, da origem e da classificação do crédito.

Descabida a pretensão da agravante de estimar o valor do crédito com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

base no Plano de Recuperação Judicial, o que afrontaria disposição contratual e legal.

Por essa razão, correto o entendimento de que os créditos da outorga variável são ilíquidos.

1.2) Por outro lado, **não há falar-se em iliquidez quanto às multas aplicadas às recuperandas por descumprimento da Fase I-B.**

Isso porque, os procedimentos administrativos, instaurados para verificação e reanálise das penalidades, já foram encerrados em julho de 2019, o que torna a obrigação certa, líquida e exigível.

Anote-se que, enquanto se analisa administrativamente o *quantum* devido, não há crédito. Todavia, após a conclusão do procedimento, com a notificação do seu resultado, inicia-se, inclusive, o prazo prescricional para inscrição na Dívida Ativa, inexistindo razão para que seja excluído na relação de quirografários.

O fato das recuperandas terem ajuizado ações perante a Justiça Federal visando a declaração de inexigibilidade ou minoração das penalidades, não implica em sua desconstituição ou iliquidez. Caso assim fosse, bastaria a empresa em dificuldade financeira demandar contra todos os seus credores para esvaziar o Quadro Geral, já que todos os créditos seriam considerados ilíquidos.

Ao contrário do mencionado pelas agravadas e acolhido pela magistrada, a pretensão das recuperandas não está protegida por liminar proferida nas referidas ações, como se verá a seguir.

- Processo nº 1027510-58.2018.4.01.3400 (17ª Vara Federal Cível do Distrito Federal)

Ação proposta por 'Aeroportos Brasil Viracopos S.A' objetivando *“que a ANAC abstenha-se de aplicar penalidades contratuais à Autora que se refiram a supostos inadimplementos de obrigações financeiras, incluindo a penalidade de caducidade da concessão, e de executar e/ou acionar as apólices de garantia de execução contratual”*.

Em 19/12/2018, o juiz federal deferiu a liminar pleiteada:

“Assim, considerando a relevância da argumentação quanto ao desequilíbrio contratual entre as partes, é de se ter por necessária, como medida cautelar imprescindível à garantia da preservação do resultado útil do objeto da lide, a suspensão do processo administrativo de declaração de caducidade e da execução das garantias, o que vem obstaculizando a renovação do seguro contratual, a reforçar a própria eventual caducidade da concessão, e contribuindo negativamente para o procedimento de recuperação judicial em curso, com capacidade de afetar a sensível condição econômica da concessionária.

À vista do exposto, com base no poder geral de cautela, defiro a medida acautelatória requerida para determinar à ANAC que se abstenha de aplicar penalidades contratuais à autora que se refiram a supostos inadimplemento de obrigações financeiras, incluindo a penalidade de caducidade da concessão, e de executar e/ou acionar as apólices de garantia de execução contratual, no âmbito do Contrato de Concessão 003/ANAC/2012, respeitado o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado, até final julgamento da lide.” (destaquei)



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme se observa, a determinação judicial impede a aplicação de penalidades referentes ao inadimplemento de obrigações financeiras e execução das apólices de garantia, nada sendo mencionado sobre as multas por descumprimento da Fase I-B.

A demanda versa, de fato, sobre a necessidade de reequilíbrio financeiro do contrato, tantas vezes mencionado pelas recuperandas, e que teria conduzido ao procedimento de caducidade.

- Processo nº 1007242-80.2018.4.01.3400 (13ª Vara Federal Cível do Distrito Federal)

Tutela antecipada antecedente ajuizada por 'Aeroportos Brasil Viracopos S/A' objetivando a “*suspensão da exigibilidade do débito referente à multa aplicada no processo sancionador objeto da presente*”. Liminar indeferida (19/04/2018).

Inconformadas, as recuperandas recorreram (Agravado de Instrumento nº 1011346-33.2018.4.01.0000, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz), obtendo êxito na antecipação de tutela, concedida no dia 06/11/2018, nos seguintes termos:

“Como se vê, o pleito da agravante apresenta plausibilidade de direito à luz da jurisprudência acima colacionada, sedimentando-se o fumus boni iuris, desde que a agravante apresente Apólice que cubra o valor da multa constante na inicial dos autos originários, acrescido de 30% (trinta por cento), bem assim com validade vigente, cujas condições, se não forem atendidas, acarretará a revogação do benefício concedido.

*Sendo assim, por vislumbrar em sede de cognição sumária, os requisitos do art. 300 do CPC, defiro o pleito de **inexigibilidade da multa aplicada à agravante mediante a sua substituição por Apólice de Seguro Garantia Judicial, desde que atendidas as condições supramencionadas.**” (sublinhei)*

Ao que consta, as agravadas não apresentaram apólice, descumprindo determinação judicial e a condição imposta. Assim, as recuperandas não podem exigir o cumprimento da liminar (suspensão da multa) enquanto não ocorrer o implemento da condição (apresente Apólice que cubra o valor da multa constante na inicial dos autos originários, acrescido de 30%).

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Anulatória. Tutela antecipada para suspender a exigibilidade de multa aplicada pelo PROCON. Alegação de vícios na imposição da lavratura do auto de infração: ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e falta de motivação. Impossibilidade, sem depósito do montante integral. Elementos apresentados insuficientes para ilidir a presunção de legitimidade do ato administrativo atacado. Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC. Decisão mantida. Recurso não provido.” (Agravado de Instrumento nº 2031402-46.2015.8.26.0000, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, 12ª Câmara



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Direito Público, j. 05/04/2016)

- No tocante aos Processos nº 1019909-64.2019.4.01.3400 (julho de 2019) e nº 1022693-14.2019.4.01.3400 (14/08/2019), não há notícia sobre apreciação do pedido liminar.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise, subsiste a pretensão da ANAC de fazer constar os valores das multas (R\$60.261.998,41 e R\$324.462.498,55) no Quadro Geral de Credores, uma vez que não há decisão judicial em sentido contrário (ressalvado eventual cumprimento da condição imposta pelo Desembargador Federal), devendo prevalecer a conclusão definitiva dos procedimentos administrativos.

Nesse diapasão, presentes os requisitos que permitem a imediata identificação do objeto da obrigação, sua qualidade, quantidade e natureza, não há razão para considerar o crédito ilíquido.

2) Outorga fixa

No tocante à outorga fixa, a magistrada acolheu a pretensão das recuperandas, pela aplicação do desconto de 8,55% a fim de ajustar o crédito ao valor presente:

“No que tange ao valor de outorga fixa vincenda devido pela ABSA no âmbito do Contrato de Concessão, o art. 9º da Lei 11.101/05 prevê que a habilitação de crédito pelo credor deverá conter o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação. O art. 49 da Lei 11.101/05 dispõe que estão “sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

Desta feita, os créditos existentes na data do pedido titularizados por todos os credores concursais devem ser listados pelo valor atualizado até a data do ajuizamento da recuperação judicial (07.05.2018), para assegurar o tratamento paritário a todos os credores (par condicio creditorum), permitindo que todos os créditos listados na presente recuperação judicial sejam equalizados pelos mesmos parâmetros e tenham o mesmo poder de voto em sede de assembleia geral de credores (“AGC”).

É consabido que os direitos patrimoniais e políticos dos credores em um processo de recuperação judicial são balizados pelo valor dos seus respectivos créditos. Assim, terão direito a voto na AGC as pessoas cujos créditos constarem da última relação de credores existente ao tempo da AGC (art. 39, caput, da Lei 11.101/05), sendo que os créditos deverão ser listados pelo valor atualizado até a data do pedido de recuperação judicial (art. 9º da Lei 11.101/05). Os quóruns majoritários para deliberação em AGC, por sua vez, são calculados com base no valor dos créditos dos credores presentes à AGC. Daí, portanto, impor-se que todos os créditos sejam atualizados até a mesma data, do pedido de recuperação judicial, ao mesmo tempo que se proíbe que os créditos sejam atualizados e acrescidos de juros após esta data.

Em certos casos, porém, empresas assumem dívidas que já incluem juros no valor original do crédito, valor esse que deverá ser pago após o decurso do prazo da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dívida. Nesses casos, se sobrevém pedido de recuperação judicial antes da data do vencimento final, o crédito deverá ser equalizado com os demais créditos com base na mesma data. Nesses casos, não se cuidará de atualizar o crédito, mas de deduzir do crédito o valor das parcelas de juros que só seriam devidas ao final do termo obrigacional. Assim é, por exemplo, a norma do art. 77 da Lei 11.101/05, que dispõe que a falência determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor, com o abatimento proporcional dos juros. Conquanto a Lei 11.101/05 não tenha expressamente dedicado um dispositivo análogo aos processos de recuperação judicial, referida norma orienta os processos de recuperação judicial, uma vez que os credores devem receber tratamento paritário, em razão do princípio da par condicio creditorum.

Por outro lado, tendo em vista que há ação judicial pendente referente ao valor do crédito, a determinação do valor do crédito da ANAC, neste momento do processo de recuperação judicial, servirá apenas para identificar o poder de voto da ANAC na AGC.

Com efeito, nesse momento, a fixação do valor do crédito da ANAC terá efeitos relevantes apenas para a deliberação em AGC, uma vez que esse valor poderá ser alterado por decisão ulterior, sem que essa alteração posterior invalide a deliberação previamente tomada (art.39, § 2º, da Lei 11.101/05). Nesse sentido, a decisão que determinar neste momento o critério de atualização do crédito da ANAC desempenhará função acautelatória, para fins de voto em AGC, análoga à função que desempenham os pedidos de reserva a que se refere o art. 6º, § 3º, da Lei 11.101/05.

Em sua manifestação sobre o assunto na fl. 1872, a própria ANAC formula pedido subsidiário contendo critérios para descontar-se a valor presente seu crédito, caso seja decidido pelo desconto de seu crédito a valor presente.

Pelos argumentos acima, entende-se que o pleito das Recuperandas de trazer para valor presente o valor do crédito da ANAC coaduna-se com as normas de regência da recuperação judicial, privilegia o tratamento paritário entre os credores concursais e, por fim, não impede que em sede de ulterior decisão definitiva acerca do valor do crédito da ANAC, proferida por juízo competente, se reconheça devido valor diverso (sendo a data-base de tal cálculo 07.05.2018, data do pedido de recuperação judicial).

Entretanto, cumpre apurar qual seria o valor do crédito da ANAC em tal data-base e, para tanto, deve-se identificar quais os critérios e metodologias de cálculo que devem ser adotados para calcular-se o valor presente descontado do crédito.

A ANAC, em pedido subsidiário, atribuiu para as outorgas fixas vincendas o valor de R\$ 2.435.617.784,70 na data do pedido de recuperação judicial; em contrapartida, as Recuperandas entendem que deve ser aplicada a Taxa de Desconto de 8,55% para o cálculo do valor das outorgas na data do pedido de recuperação judicial, de modo que o valor das outorgas fixas vincendas reduziria para R\$ 1.855.739.665,98.

Ocorre que o Contrato de Concessão é omissivo no que tange à fórmula aplicável para cálculo do valor presente do crédito da ANAC, de modo que nenhum dos racionais defendidos seja pelas Recuperandas, seja pela ANAC possui respaldo contratual expresso.

A ANAC confirma que “não há disposição contratual que discipline qualquer tipo de desconto em decorrência do pagamento adiantado de quaisquer verbas



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

referentes à Contribuição Fixa, não há que se falar em aplicação de taxa de desconto para apuração do crédito devido pela Anac contra a Concessionária” (fls.1871, item 7.1).

Diante da lacuna do Contrato de Concessão no que se refere à fórmula para cômputo do valor presente das outorgas fixas e em prol do princípio da legalidade que norteia os atos e contratos administrativos, reproduz-se abaixo o entendimento das Recuperandas e da ANAC acerca do mecanismo para ajuste das outorgas fixas ao valor presente e das taxas de desconto que, por analogia, na lógica das Recuperandas e da ANAC, poderiam ser aplicadas ao caso.

As Recuperandas alegam, em síntese, que seria possível fixar-se a taxa de desconto com base no anexo da Portaria MTPA nº 135/2017 tendo em vista que a ANAC adotou este mesmo racional em casos análogos envolvendo outras concessionárias, conquanto fora do ambiente de recuperação judicial.

A Administradora Judicial esclarece que taxa de desconto prevista na Portaria MTPA nº 135/2017 foi de fato aplicada em situações diversas envolvendo concessões aeroportuárias no Brasil, como por exemplo em favor dos aeroportos do Rio de Janeiro (Aeroporto Internacional Tom Jobim - Galeão) e Brasília (Aeroporto Internacional de Brasília Presidente Juscelino Kubitschek) após processo administrativo previsto na legislação aplicável. Assim, nos referidos casos, a aplicação da taxa de desconto para (re)cálculo do valor da outorga se deu após decisão favorável no âmbito administrativo.

A ANAC, por sua vez, defende que “taxa de desconto que a própria concessionária utiliza nas suas demonstrações financeiras, a taxa de remuneração da NTN-B Principal com vencimento em 2045, na data base de recebimento da recuperação judicial, 07/ 05/2018”, oportunidade em que o valor do crédito referente às outorgas fixas seria de R\$2.435.617.784,70. A ANAC defende a aplicação de tal taxa em pedido formulado a fls. 1.872 em caráter subsidiário.

Sobre essa tese, as Recuperandas explicam que a taxa NTN-B Principal deve ser utilizada para fins exclusivamente contábeis, não havendo que se falar em sua aplicação para fins econômicos, tais como o presente. Isso porque referida taxa não considera os riscos inerentes das operações de crédito dessa monta.

Ante a divergência estabelecida entre as Partes, indiscutível que não há critério legal e contratual inequívoco acerca da metodologia e da taxa de juros a ser utilizada para o desconto do crédito a valor presente.

Portanto, buscando a igualdade de metodologia outrora aplicada, inclusive pela própria ANAC, mister a aplicação da taxa de desconto de 8,55%, remontando, então, o valor presente do crédito da ANAC ao importe de R\$ 2.064.350,848,87 (dois bilhões, sessenta e quatro milhões, trezentos e cinquenta mil oitocentos e quarenta e oito reais e oitenta e sete centavos), conforme planilha de cálculo das fls. 2.629/2.632.”

Diante da inexistência de previsão contratual e da complexidade da matéria, importante analisar as condições em que a concessão foi realizada. Para isso, **transcrevo trecho da petição inicial do pedido de recuperação judicial**, bem como de cláusulas contratuais que tratam do valor da outorga fixa:



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“O Consórcio Aeroportos Brasil, formado pelas empresas TPI – Triunfo Participações e Investimentos S.A (“TPI”), UTC Participações S.A (“UTC”) e pela francesa EGIS Airport Operation (“EGIS”), foi o vencedor da disputa pelo aeroporto de Viracopos, com oferta de R\$3,821 bilhões, representando um ágio de 159,75% sobre o preço mínimo. (...)”

O contrato de concessão foi celebrado pela ABV com o Poder Concedente em 14.06.2012, tendo por objeto a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Complexo Aeroportuário de Viracopos, pelo prazo de 30 (trinta) anos, a contar de 11.07.2012, data do início da concessão (“Contrato de Concessão” – Doc.9)”

“2.13. A Contribuição Fixa corresponde ao montante anual de R\$127.366.666,67 (cento e vinte e sete milhões, trezentos e sessenta e seis mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e sete centavos), decorrente da oferta realizada no Leilão objeto da presente Concessão.

2.13.1. O montante anual da Contribuição Fixa corresponde à divisão do valor da Contribuição Fixa pelo prazo de vigência do contrato.

(...)

2.16. Caso a Concessionária não pague as Contribuições Fixa e Variável na data de vencimento incorrerá em multa moratória de 2% (dois por cento) do valor devido, acrescido de juros moratórios equivalentes à Taxa Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), podendo o Poder Concedente executar a Garantia de Execução do Contrato.

2.17. O valor anual da Contribuição Fixa será reajustado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) acumulado entre o mês da realização da Sessão Pública do Leilão e a data de início de pagamento da Contribuição, observando-se a seguinte fórmula:

$$O1 = O0 \times (IPCA_t / IPCA_{t-1})$$

Onde:

O1 é o valor anual da Contribuição Fixa reajustada na data de início do pagamento da Contribuição;

O0 é o valor anual da Contribuição Fixa a preços correntes do dia de realização da Sessão Pública do Leilão;

IPCA_t/IPCA_{t-1} é o IPCA acumulado do período compreendido entre o mês da realização da Sessão Pública do Leilão e o mês anterior ao início do pagamento da Contribuição.

2.18. Após o primeiro reajuste, o valor anual da Contribuição Fixa será reajustada anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), observando-se a seguinte fórmula:

$$O_t = O_{t-1} \times (IPCA_t / IPCA_{t-1})$$

Onde:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

t representa o tempo em anos;
Ot é o valor anual da Contribuição Fixa reajustada;
Ot - 1 é o valor anual da Contribuição Fixa em vigor;
IPCA/IPCAt-1 é a variação acumulada do IPCA no período.”

Como se observa, o valor da parcela anual da outorga fixa foi obtida pela divisão do valor ofertado no Leilão, ou seja, R\$3.821.000.000,00 por 30 anos, o que resulta na quantia de R\$127.366.666,67, com a devida atualização na data do pagamento, especialmente pelo longo prazo do contrato.

Não há como se deixar de concluir que o instrumento foi objeto de discussão entre os consultores (qualificados) de ambas as partes, o que leva a conclusão de que as agravadas concordaram com referidas condições e preço, inclusive, a forma de atualização e a ausência de desconto para pagamento antecipado.

Aliás, anote-se que a previsão ou aplicação de desconto pela antecipação das parcelas violaria os princípios que regem o procedimento licitatório. Isso porque, haveria oferta de preços elevados apenas para vencer o certame, todavia, bastaria antecipar o pagamento para obter uma redução do seu valor, que poderia ser inferior à proposta perdedora, inclusive.

Não se pode confundir abatimento decorrente de reequilíbrio contratual com ajuste de valor presente ou antecipação de vencimento. O percentual pretendido pelas agravadas é aplicado no primeiro caso, não se tratando da hipótese ora analisada.

Ainda que o percentual de 8,55% esteja previsto em um **ato normativo** da ANAC e tenha sido aplicado anteriormente, não há que estender sua utilização ao presente caso. Ou seja, aplica-se apenas no reequilíbrio contratual após resultado favorável em processos administrativos, mas não na fixação do preço “a valor presente”.

Dessa forma, **o crédito da agência reguladora deve ser o valor ofertado, sem aplicação de desconto**, pois inexistente qualquer previsão no instrumento de concessão.

D) Conclusão

Por todo o exposto, **defiro em parte a antecipação da tutela recursal** para:

- a) afastar o desconto de 8,55% aplicado ao valor da contribuição fixa vincenda;
- b) incluir no Quadro Geral de Credores a quantia de R\$60.261.998,41 (sessenta milhões, duzentos e sessenta e um mil, novecentos e noventa e oito reais e quarenta e um centavos), referente à multa aplicada pelo descumprimento da fase I-B; e
- c) incluir no Quadro Geral de Credores o montante de R\$324.462.498,55 (trezentos e vinte e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, quatrocentos e noventa e oito reais e cinquenta e cinco centavos), referente à multa diária aplicada pelo descumprimento da fase I-B.

5) Comunique-se ao MM. Juiz de origem, **solicitando-se informações**,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que entender pertinentes, inclusive sobre o julgamento da Impugnação nº 1042743-30.2018.8.26.0114.

É suficiente o envio de cópia da presente decisão, dispensada a expedição de ofício.

6) Intimem-se as agravadas, eventuais interessados e o administrador judicial para se manifestarem.

O Administrador Judicial deverá informar a necessidade de ajuste ao valor presente e apresentar planilha de cálculo, justificando o índice adotado.

7) Após, à douta Procuradoria Geral de Justiça.

Int.

São Paulo, 16 de setembro de 2019.

ALEXANDRE LAZZARINI
Relator