

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

DANIELA DE ANDRADE FABRO

**A EXTRACONCURSALIDADE PREVISTA NO ART. 67, *CAPUT*, DA LEI N°
11.101/2005 COMO FORMA DE INCENTIVO AO FINANCIAMENTO DE
EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL**

Porto Alegre

2018

DANIELA DE ANDRADE FABRO

**A EXTRAONCURSALIDADE PREVISTA NO ART. 67, *CAPUT*, DA LEI N°
11.101/2005 COMO FORMA DE INCENTIVO AO FINANCIAMENTO DE
EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito junto ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais Diurno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Porto Alegre

2018

DANIELA DE ANDRADE FABRO

**A EXTRACONCURSALIDADE PREVISTA NO ART. 67, *CAPUT*, DA LEI N.
11.101/2005 COMO FORMA DE INCENTIVO AO FINANCIAMENTO DE
EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito junto ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais Diurno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Aprovada em 06 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
Orientador

Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva

Prof. Dr. Fabiano Menke

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar se o art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101/2055 pode ser utilizado como um meio de incentivar companhias em recuperação judicial. Analisa-se primeiramente os aspectos gerais da extraconcursalidade no direito brasileiro, desde o objetivo do legislador até as interpretações que são possíveis de serem atribuídas às expressões contidas na lei. Após, busca-se examinar os limites à efetividade da extraconcursalidade, por meio do estudo do art. 67 com os demais dispositivos legais, tanto no contexto da recuperação judicial quanto na falência. Ao final, conclui-se que o artigo 67 não confere um real incentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial, embora a intenção do legislador tenha sido fomentar a concessão de crédito em empresas em crise ao prever a extraconcursalidade.

Palavras-chave: recuperação judicial, financiamento, concessão de crédito, extraconcursalidade, Lei de Recuperação de Empresas e Falências; Artigo 67.

ABSTRACT

This paper aims to analyze if the Section 67 of Law no. 11.101 2005 can be used as a way to incentive companies in corporate restructuring. First, it is analyzed the general aspects of the credits not liable in corporate restructuring in Brazilian Law, since the objective of the legislator until the interpretations that are possible to be assigned to the expressions contained in the law. After, it is sought to examine the limits to the effectiveness of this credits, through the study of Section 67 with others legal provisions, both within the context of the corporate restructuring and bankruptcy. In the end, it is concluded that the Section 67 does not confer a real incentive to finance companies in corporate restructuring, although the intention of the legislator was to foment the extension of credit for companies in crisis by providing the list of credits not liable in corporate restructuring.

Keywords: corporate restructuring; financing; extension of credit; Bankruptcy and Corporate Restructuring Law; Section 67.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

LRE – Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/05)

TJMT – Tribunal de Justiça do Mato Grosso

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DA EXTRACONCURSALIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	13
2.1 A EXTRACONCURSALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	15
2.2 ABRANGÊNCIA DA EXTRACONCURSALIDADE	19
2.3 EXPRESSÃO “DURANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL”	24
2.4 A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA.....	32
3 LIMITES DA EXTRACONCURSALIDADE COMO INCENTIVO AO FINANCIAMENTO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL	36
3.1 PAGAMENTO DE OUTROS CREDORES DURANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL	38
3.2 DESTINAÇÃO DOS RECURSOS PROVENIENTES DO FINANCIAMENTO EXTRACONCURSAL.....	49
3.3 ORDEM DE PAGAMENTO NA FALÊNCIA	52
3.4 EXCESSO DE EXTRACONCURSALIDADE	61
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar a concessão de crédito às empresas em recuperação judicial a partir do exame da extraconcursalidade prevista no *caput* do artigo 67 da Lei nº 11.101/2005. Para tanto, procura-se esmiuçar as peculiaridades e divergências acerca da extraconcursalidade prevista na lei e apontar os obstáculos à concretização desse dispositivo como um incentivo ao fornecimento de crédito para empresas em crise, tal como foi pensado pelo legislador.

Quando se fala em recuperação judicial e falência, é comum que se atente aos aspectos jurídicos dos institutos. Entretanto, é preciso lembrar também que o tema também envolve aspectos econômicos.

Assim, além da visão tradicional jurídica, existente sobre o tema, destaca-se que o processo de recuperação judicial é, em si mesmo, uma fonte de financiamento às empresas em crise. Quando a empresa está em recuperação judicial, há o período de proteção em que as ações e execuções contra o devedor são suspensas por 180 dias, conforme dispõe o art. 6º, § 4º da LRE, excetuando-se as situações expressamente previstas no diploma legal, como as execuções fiscais (art. 6º, § 7º, LRE). Esse período propicia a negociação, de modo que os credores financiam a continuidade da empresa, pois é o sacrifício econômico do credor que permite o desenvolvimento da atividade empresarial da empresa em recuperação judicial.

Ademais, para que os institutos previstos na legislação concursal, no tocante ao instituto da recuperação judicial, cumpram seu escopo legal, necessita-se analisar o risco do crédito que corresponde à probabilidade de o devedor não satisfazer o pagamento do crédito nas datas e condições avençadas, e o risco legal do ponto de vista do credor, relacionado ao risco de desvalorização de ativos ou valorização de passivos em intensidade inesperada¹.

O risco é inerente à concessão de qualquer crédito. Todavia, é evidente que o risco é maior quando se está diante de uma empresa em recuperação judicial. Com isso o que se busca demonstrar neste trabalho é que, se o objetivo da lei é tentar

¹ SADDI, Jairo. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, ano XXIX, n. 105, p. 75-83, set. 2009, p. 77-78.

garantir a sobrevivência das empresas, o único caminho é preservar o financiador, tentando mitigar os riscos e dar-lhe a segurança que precisa para investir².

Assim, intenta-se averiguar se a extraconcursalidade, prevista pela legislação concursal aos créditos dos financiadores, que concederem crédito à devedora, durante a recuperação judicial, traz a segurança necessária para que o financiador invista o seu dinheiro, isto é, se serve como incentivo à concessão de crédito.

Destaca-se que a palavra financiamento será utilizada em sentido amplo, para expressar qualquer tipo de fornecimento de crédito para empresas em recuperação judicial, seja por meio de mútuo, vendas a crédito, adiantamento do preço de bens e serviços, etc.

A fim de restringir o escopo de pesquisa, esclarece-se que não será objeto deste trabalho evidenciar todas as dificuldades para a obtenção de financiamento para empresas em crise, mas tão somente aquelas relacionadas à extraconcursalidade. Os obstáculos ao fornecimento de crédito são variados e de várias ordens, pois, além de questões legais e regulatórias, há questões econômicas, como a falta de um mercado secundário de créditos, e até mesmo culturais, as quais influenciam esse processo, como a visão negativa que se tem no Brasil da empresa que está em recuperação judicial, que é vista com desconfiança pelos demais agentes do mercado.

Também não é objeto deste trabalho examinar os demais incentivos ao financiamento previstos indiretamente na Lei nº 11.101/05 como, por exemplo, a suspensão das ações e execuções contra a empresa recuperanda pelo período de 180 dias, embora tais dispositivos sejam mencionados eventualmente, nem a possibilidade de concessão de benefícios aos credores extraconcursais no bojo do plano de recuperação judicial.

Ademais, não é objetivo deste trabalho analisar todos os créditos que são considerados extraconcursais na recuperação judicial e posteriormente na falência, mas tão somente aqueles que são constituídos conforme preconiza o *caput* do art. 67, LRE. Dessa forma, não serão analisados os créditos extraconcursais dos

² Dessa forma, a concessão de benefícios ao financiador não deve ser vista como um privilégio do credor. Gerson Branco refere que é comum, no plano de recuperação judicial, que existam “credores” e “credores”, pois alguns podem ser considerados como essenciais e terem um tratamento diferenciado, dentre os quais se inclui os fornecedores de crédito (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autonomia dos credores na recuperação judicial e autonomia privada: primeiras observações sobre um estudo comparativo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 09, p. 207-222, dez. 2016).

credores proprietários, previstos no art. 49, § 3º, nem dos adiantamentos de contratos de câmbio (ACC), presente nos arts. 49, § 4º e 86, II, ainda que sejam feitas referências a esses créditos, a fim de examinar com maior profundidade os limites da extraconcursalidade do art. 67.

Nesse sentido, importante ainda destacar que, embora seja possível a empresa contrair novos financiamentos que serão considerados extraconcursais via arrendamento mercantil ou com garantias fiduciárias, estes não serão analisados. Isso porque, em caso de falência da empresa, estes credores possuem um nível de proteção maior do que os credores extraconcursais sem garantia, pois se oferece a este credor prioridade sobre o recebimento dos valores, correspondentes ao bem objeto da garantia, por via, se for o caso de pedido de restituição³. Desse modo, esses credores não se sujeitarão às mesmas regras do credor extraconcursal sem garantia, as quais são examinadas neste trabalho.

Além disso, embora se tenha conhecimento sobre o reconhecimento que as fontes de financiamento podem ser chamadas de financiamento *DIP*⁴ quando concedido no curso do processo de recuperação judicial até a aprovação do plano, o qual permite que a empresa negocie e aprove com seus credores um plano de reorganização), ou financiamento *exit* (o qual atua a partir do momento em que o plano é aprovado, sendo importante para viabilizar a implementação do mesmo)⁵, não se discutirá, neste trabalho, as nuances e diferenças de cada fonte de financiamento, de forma que, ao se falar em financiamento extraconcursal, pressupõe-se apenas que este se deu durante a recuperação judicial da sociedade empresária, independentemente do momento em que foi contraído.

Em estudo publicado pela *Turnaround Management Association*⁶, constatou-se que, após o pedido de recuperação judicial, aproximadamente 50% dos

³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 281-282.

⁴ DIP é acrônimo da expressão em inglês *debtor-in-possession*.

⁵ Para aprofundamento, ver: MUNHOZ. **Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial...**, p. 271-272; DOS REIS, Renato Azevedo. O Financiamento a Empresas em Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco. **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 399-409; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 120-136.

⁶ TMA. O Turnaround Management no Brasil. **Financiamento de Empresas em Recuperação Judicial: Importância, Dificuldades e Estímulos**. Disponível em: <http://www.tmabrasil.org/sites/default/files/imce/materias/papers/paper_financiamento_da_recuperacao.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

fornecedores para de fornecer à devedora, sendo que os demais apenas fornecem à vista, ou redução de limite/prazo ou por meio de carta de fiança, ou por meio de liquidação parcial da dívida antiga em um percentual previamente acordado a cada compra realizada.

A falta de incentivos ao financiamento de empresas em crise forçam-nas a comprar insumos à vista, o que dificulta bastante a reversão do momento de dificuldade financeira. A concessão de recursos não só é importante para gerar fluxo de caixa, como também transmite a ideia de confiança aos fornecedores na viabilidade do negócio, o que pode indicar menor predisposição dos mesmos em rejeitar o plano de recuperação judicial.

Deste modo, nenhuma empresa em recuperação judicial poderá cumprir o art. 47, da Lei 11.101/05, se não conseguir: (i) manter-se em operação durante o processo de recuperação judicial e (ii) dispor de capital de giro para sua expansão de forma a possibilitar que o plano, eventualmente aprovado, seja implementado. Para que qualquer desses eventos ocorra, a empresa precisa de crédito.

Logo, o grande questionamento que se faz é como financiar empresas em recuperação judicial, considerando que a obtenção de crédito é complicada até mesmo para empresas saudáveis. Isso porque não há recuperação de empresas sem dinheiro, ou, ao menos, a chance de recuperação de uma empresa em crise é tanto maior quanto for a facilidade de obtenção de crédito⁷.

A dificuldade de concessão de crédito às empresas em crise já existia na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, embora seja necessário reconhecer que, durante este período, os problemas eram maiores. O antigo diploma legal não conferia qualquer tratamento especial aos potenciais financiadores. A despeito de os produtos e serviços fornecidos, após a concordata, não se submetessem aos seus efeitos, os fornecedores interrompiam a concessão de crédito tão logo a empresa estivesse em concordata, na medida em que as chances de recuperação eram remotas, além de ser um procedimento caro, moroso e sujeito a fraudes⁸.

Para atingir o objetivo deste trabalho, examinar-se-á as demais regras da lei concursal brasileira que possuem relação com a extraconcursalidade (embora,

⁷ PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Dez anos de vigência da Lei nº 11.101/2005: é hora de mudar? In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência**: lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 169.

reitera-se, estas não sejam objeto do trabalho), além da análise da jurisprudência e da doutrina, utilizando-se principalmente a obra de Leonardo Adriano Ribeiro Dias, intitulada “Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência” e a tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo por Deborah Kirschbaum em 2009, denominada “A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano”.

Dividir-se-á o trabalho em duas grandes partes. A primeira trata dos aspectos gerais da extraconcursalidade na recuperação judicial, analisando-se tanto o objetivo do legislador, ao prever o art. 67, LRE, como as possíveis interpretações dadas às expressões constantes no dispositivo. Já no segundo capítulo busca-se examinar os obstáculos à efetividade desse dispositivo, a saber: (1) a possibilidade de pagamento de outros credores durante a recuperação judicial; (2) a ausência de regra acerca da destinação dos recursos obtidos pela recuperanda com o financiamento extraconcursal; (3) a ordem de pagamento na falência; e (4) o excesso de extraconcursalidade na legislação concursal brasileira.

2 ASPECTOS GERAIS DA EXTRACONCURSALIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Há riscos e incertezas inerentes à condição do devedor em recuperação judicial, os quais afastam investimentos fundamentais para o soerguimento da sociedade empresária.

Isso porque, ocorridos os primeiros eventos de inadimplemento, antes mesmo de o devedor sequer cogitar a possibilidade de ajuizar um pedido de recuperação judicial, já se reduzem as alternativas de acesso a crédito⁹.

Os fornecedores relevantes reagem diante do inadimplemento, encurtando os prazos em vendas a crédito ou até mesmo suspendem o fornecimento. O crédito fica, então, cada vez mais caro, reduzindo ainda mais o campo de opções de destinação dos recursos já escassos da empresa¹⁰.

Em razão disso, a empresa acaba recorrendo à alienação de ativos com deságio substancial, de forma que a obtenção de recursos, via desconto de duplicatas e utilização dos serviços de factoring, é comum¹¹.

Logo, durante o período de desenvolvimento desse quadro, a empresa experimenta progressiva perda da participação no mercado, além de excessivo endividamento, resultando na iminente caracterização jurídica da insolvência¹².

A necessária reestruturação financeira envolve a mudança na estrutura do capital existente e de obtenção de crédito adicional, seja proveniente de dinheiro vindo de financiadores externos, de empréstimos feitos pelos próprios acionistas ou sócios e até mesmo pelos credores¹³.

Nesse sentido, deve a lei prever benefícios aos credores que assumem os riscos de financiar uma empresa que se encontra em um estado de crise econômico-financeira, motivando-os a conceder novas linhas de crédito à empresa em crise.

⁹ KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano**. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 130.

¹⁰ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 130.

¹¹ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 130.

¹² KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 130-131.

¹³ LEMOS, Eduardo. Viabilizando a recuperação sem ou além da lei. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles; SATIRO, Francisco (Coord.). **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 95.

Um dos benefícios previstos na legislação é a extraconcursalidade dos créditos, derivados de financiamento em caso de decretação da falência durante a recuperação judicial, prevista no art. 67, *caput*, da Lei n. 11.101/05:

Art. 67. Os créditos, decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor, durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Isto é, se um financiador conceder crédito à empresa que está em recuperação judicial, de forma que a obrigação tenha sido constituída durante a recuperação judicial da devedora, este terá o benefício de possuir um crédito extraconcursal – que não se sujeita ao concurso de credores na falência, e, por consequência, receberá antes dos créditos concursais – caso seja decretada a falência da sociedade empresária.

Percebe-se, dessa forma, que o art. 67 confere o privilégio da extraconcursalidade ao crédito do financiador que contrai alguma obrigação com a empresa recuperanda durante a sua recuperação judicial.

Logo, neste capítulo, busca-se analisar os aspectos gerais do referido dispositivo.

Primeiramente, averigua-se qual o objetivo do legislador ao prever a extraconcursalidade para créditos constituídos durante a recuperação judicial, isto é, qual o motivo por trás da necessidade da criação do art. 67, *caput*, LRE.

Após, o escopo é verificar aspectos ligados à interpretação do dispositivo, a saber: (1) qual a interpretação que é dada pela doutrina e jurisprudência aos termos utilizados na redação do art. 67, no que concerne à abrangência da extraconcursalidade (isto é, se são considerados extraconcursais apenas os créditos negociais ou não e se estão incluídos nessa categoria os créditos trabalhistas e fiscais contraídos durante a recuperação judicial); (2) qual o sentido da expressão “durante a recuperação judicial”, considerando que não há clareza quanto ao marco inicial a ser utilizado para a averiguação da extraconcursalidade dos créditos; e (3) qual o momento da decretação da falência para fins da extraconcursalidade.

2.1 A EXTRACONCURSALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Empresas em crise são, muitas vezes, viáveis. Foi justamente pensando na viabilidade de empresas desse tipo que se criou o instituto da recuperação judicial, com o advento da Lei n. 11.101/05¹⁴.

Em razão da nova lei, surgem várias questões relativas aos meios e métodos a serem utilizados para preservar uma empresa em crise. Busca-se neste ponto mostrar que a extraconcursalidade, prevista no art. 67, *caput*, LRE, foi pensada como uma das formas de incentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial, a qual, aliada com os demais dispositivos esparsos sobre o assunto na lei, facilitaria a concessão de crédito.

Nesse sentido, importante observar que a LRE prevê, ao longo dos seus dispositivos, além da extraconcursalidade, alguns benefícios ao credor que contrai obrigações com a empresa em crise durante a sua recuperação judicial.

O primeiro deles é que o crédito, concedido durante a recuperação judicial, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, já que estão submetidos ao procedimento concursal apenas os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos¹⁵. Logo, qualquer crédito, que venha a ser constituído, durante a recuperação judicial, terá o privilégio de não se sujeitar aos efeitos do procedimento concursal.

Além disso, por não se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial e, por consequência, não sofrer os efeitos dela, pode o credor executar o devedor em caso de inadimplemento. Essa possibilidade não existe para os credores sujeitos à recuperação judicial, pois para estes há a suspensão das ações e execuções contra o devedor, pelo prazo de 180 dias, conforme a regra contida no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05, ressalvadas as ações que demandam quantia ilíquida (art. 6º, § 1º)¹⁶ e

¹⁴ TROVO, Beatriz Villas Boas Pimentel. **Captação de recursos por empresas em recuperação judicial e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC)**. 2013. 162 f. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 4.

¹⁵ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

¹⁶ Conforme asseveram Scalzilli, Spinelli e Tellechea, tal dispositivo é aplicável especialmente em casos de ação de cunho de conhecimento de cunho condenatório, como as ações de indenização por danos morais e ação de cobrança que são ações em que, em caso de procedência, será necessária a fase de execução. Ademais, ressaltam os autores que se incluem nesse dispositivo as ações monitórias, caso o devedor não oponha embargos monitórios, visto que o prosseguimento da ação se daria com a observância das regras relativas à execução. (SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 349). Nesse sentido: "AGRAVO DE INSTRUMENTO.

execuções fiscais (art. 6º, § 7º)¹⁷, assim como aquelas relativas a créditos, referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49¹⁸.

Ainda, o credor que faz negócio com a empresa durante a recuperação judicial pode pedir a falência do devedor, nos termos do art. 73, parágrafo único, da Lei 11.101/2005¹⁹.

Porém, tais benefícios não são motivo suficiente para que o financiador decida financiar a empresa em recuperação judicial²⁰.

Dentre as razões que afastam o financiamento de investidores em empresas em recuperação judicial, destaca-se o alto grau de inadimplemento da empresa, visto que, pelo momento da crise, a razão débito/crédito é elevada²¹. Assim, os financiadores, embora possam visualizar projetos potencialmente lucrativos, acabam não financiando por temerem não usufruir dessa rentabilidade²². Dessa forma, é preciso que a lei crie mecanismos para assegurar a posição do credor que se dispõe a financiar a empresa em dificuldades, o que se faz principalmente pela atribuição de prioridade ao crédito²³.

Nesse sentido, a extraconcursalidade, prevista no art. 67, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, é uma tentativa do legislador em conferir prioridade ao crédito concedido pelos financiadores durante a recuperação judicial, incentivando, assim, o mercado de crédito a empresas que estão passando por dificuldades econômico-financeiras²⁴.

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. O art. 6º, da Lei nº 11.101/05, determina o prosseguimento da ação que demandar quantia ilíquida em face da decretação da falência ou do deferimento do processamento da recuperação judicial. O crédito líquido, sujeito à recuperação judicial, deve ser habilitado pelo credor naquela ação. Circunstância dos autos em que se impõe manter a decisão recorrida. RECURSO DESPROVIDO.”. (TJRS, Oitava Câmara Cível, AI n. 70077188423, Rel. Des. João Moreno Pomar, j. 29/03/2018).

¹⁷ O referido artigo será analisado no capítulo 3, item 3.1.

¹⁸ Cabe referir que tais dispositivos serão analisados no capítulo 3, item 3.1.

¹⁹ Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II, do *caput* do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do *caput* do art. 94 desta Lei.

²⁰ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 171.

²¹ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 172.

²² DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 172.

²³ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 172.

²⁴ Nesse sentido, refere Luis Cláudio Montoro Mendes que “[...] não há como não celebrarmos certos avanços que foram alcançados pela nova legislação no sentido do crédito, em especial, o bancário. Questões como o incentivo ao fomento de crédito e insumos dados através do enquadramento na condição de extraconcursais para os fornecedores e credores que tiverem disposição para prover p fornecimento de seus insumos ou crédito caso a empresa em recuperação venha a falir posteriormente, conforme as disposições do art. 67 da Lei 11.101/05”. (MENDES, Luís Cláudio Montoro. Rating bancário em operações celebradas com empresas em recuperação judicial. In:

O STJ também entende que a prioridade prevista no art. 67 intenciona conceder privilégio aos credores que continuam a fornecer crédito às empresas em recuperação judicial, sendo uma medida destinada a assegurar as condições de efetiva recuperação da empresa. No ponto, cabe trazer o Recurso Especial nº 1.368.550/SP²⁵, em que o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão menciona que:

[...] a Lei 11.101/2005, prestigiando o instituto da recuperação judicial, criou uma espécie de prêmio/compensação para os agentes econômicos que, assumindo riscos, vierem a, concretamente, colaborar para a superação do colapso empresarial, consoante se extrai de seu artigo 67 [...].

[...]

Tal regra decorre da constatação de que uma legislação vocacionada ao saneamento financeiro da empresa deficitária será inócua se não contemplar privilégios especiais àqueles que, assumindo riscos consideráveis, contribuirão, efetivamente, para a reestruturação da fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos.

O que se observa é que com a extraconcursalidade se confere maior garantia de recebimento a esses credores, pois, caso não existisse tal previsão, seria provável que nenhum fornecedor se dispusesse a abrir crédito às empresas em recuperação judicial, impossibilitando o seu soerguimento²⁶⁻²⁷⁻²⁸.

Ademais, representa o reconhecimento do legislador da importância do crédito às empresas em recuperação judicial para que possam superar o momento de dificuldade financeira, concretizando os objetivos da nova lei concursal em relação à recuperação de empresas, representados pelo art. 47 da Lei nº 11.101/2005²⁹⁻³⁰⁻³¹.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles; SATIRO, Francisco (Coord.). **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 220.

²⁵ STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.368.550/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2016.

²⁶ COELHO. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 330.

²⁷ Para Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, a extraconcursalidade, prevista no art. 67, se justifica na medida em que permite o fornecimento de crédito para as empresas em crise, o que não aconteceria se o fornecedor tivesse de se sujeitar à classificação normal da falência. Dessa forma, sabendo que seu crédito está garantido, caso ocorra a transmutação da recuperação judicial em falência, visto que não entrará no concurso de credores, não haveria porque o potencial fornecedor deixar de fazê-lo (CRUZ, Sérgio Lúcio de Oliveira e. Classificação dos créditos na falência. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei nº 11.101/05**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 208).

²⁸ Já Humberto Lucena Pereira da Fonseca entende que a extraconcursalidade do art. 67 se propõe a compensar a perda competitiva relacionada ao risco aumentado, conferindo maiores garantias às pessoas que continuarem negociando com a empresa durante a sua recuperação judicial (FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. Arts. 64 a 69. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 453).

²⁹ 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

Destaca-se, ainda, que a lei, ao contemplar a extraconcursalidade dos créditos constituídos durante a recuperação judicial, não tem a finalidade de criar um favorecimento dentro do processo falimentar, mas sim com a finalidade de gerar os corretos incentivos para a tramitação do processo e o atendimento aos princípios legais previsto na legislação concursal³².

A despeito disso, Eduardo Secchi Munhoz³³ faz ressalva relevante: na medida em que o devedor é livre para assumir obrigações durante a recuperação judicial, salvo se as novas obrigações implicarem em oneração de bens de seu ativo permanente, necessitando de autorização prévia do juiz, deve haver fiscalização por parte do administrador judicial e do comitê de credores, para que tais negócios não se tornem um meio de fraudes ou abusos por parte do devedor. A prioridade do crédito extraconcursal faz com o seu pagamento preceda até mesmo os créditos trabalhistas ou com garantia real, nos termos do art. 83 e 84, da Lei nº 11.101/2005, o que pode levar a conluio do devedor com determinados credores, para que estes recebam o seu crédito antes dos demais³⁴.

Observa-se que o art. 67, *caput*, LRE, visa assegurar a possibilidade de o devedor ter acesso a financiamento durante o processamento da recuperação, o que é fundamental para o êxito da reorganização da empresa.

Analisado o objetivo do legislador, ao prever a extraconcursalidade na Lei 11.101/05, passa-se a esmiuçar os termos do art. 67 e suas possíveis interpretações.

dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

³⁰ SOUZA JÚNIOR. Da classificação dos créditos..., p. 370-371.

³¹ Para Luis Cláudio Montoro Mendes, a preocupação com a proteção do crédito é visível na Lei nº 11.101/05, tanto na inovação das disposições, como o art. 67, como também nos princípios que fundamentaram a elaboração da Lei, como o princípio da preservação da empresa, consubstanciado no art. 47, LRE (MENDES. **Rating bancário em operações celebradas com empresas em recuperação judicial...**, p. 221).

³² MENDES, Luis Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da LRE. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, ano XXIX, n. 105, p. 93-100, set. 2009, p. 99.

³³ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento da recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 311.

³⁴ MUNHOZ. Do procedimento da recuperação judicial..., p. 311 No mesmo sentido, Julio Kahan Mandel menciona que, para que o art. 67 funcione, é preciso que haja um combate rigoroso contra as possíveis fraudes que podem ocorrer em razão desse dispositivo, na medida em que a prioridade concedida a esses créditos pode gerar conluio do devedor com determinados credores, sob pena de haver a desmoralização do instituto (MANDEL, Julio Kahan. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 141).

2.2 ABRANGÊNCIA DA EXTRAONCURSALIDADE

O primeiro aspecto a ser analisado quanto à interpretação do art. 67, *caput*, da Lei nº 11.101/05, é a abrangência da extraoncursalidade prevista pelo dispositivo, isto é, quais tipos de créditos, concedidos durante a recuperação judicial, podem ser enquadrados como extraoncurssais.

A resposta a esse questionamento é importante sob a perspectiva do potencial financiador da empresa em recuperação judicial, tendo em vista que existe uma ordem de pagamento dentro da classe dos credores extraoncurssais, na forma do art. 84, LRE, que será analisado no tópico “Excesso de extraoncursalidade” (item 3.4).

Assim, conhecer a abrangência da extraoncursalidade, de forma a saber quais créditos se classificam ou não como extraoncurssais, pode fazer diferença para o financiador na ordem de recebimento de seu crédito em caso de eventual decretação da falência.

À primeira vista, a simples leitura do art. 67, *caput*, LRE, permite perceber que não há discriminação na lei quanto aos créditos que, constituídos durante a recuperação judicial, podem ser classificados como extraoncurssais ou não. O legislador optou por utilizar apenas a expressão “créditos constituídos”, de forma que, aparentemente, o dispositivo abrange todos os tipos de créditos, sejam eles trabalhistas, fiscais, etc., oriundos de qualquer tipo de obrigação, contraída pelo devedor³⁵.

Nesse sentido, há o julgamento do agravo de instrumento nº 70073262586³⁶ pelo TJRS, em que se entendeu que o crédito de ICMS da Fazenda Pública do

³⁵ SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Da classificação dos créditos. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 371; VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios**: estudos sobre a Lei nº 11.101/05. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2008, p. 181.

³⁶ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PENHORA ONLINE DE ATIVOS FINANCEIROS DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE NO CASO CONCRETO. 1. O Superior Tribunal de Justiça e esta c. Câmara têm decidido que é incompatível a realização de penhora com o regime de recuperação judicial da empresa, embora a execução fiscal não se suspenda, em observância ao art. 6º, § 7º, c/c art. 47 da Lei nº 11.101/05. 2. Por outro lado, o art. 57, da Lei 11.101/05, refere que o devedor deverá apresentar certidão negativa de débito tributário ou positiva com efeito de negativa, após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 da mesma lei. 3. Desse modo, na hipótese, em não sendo respeitado o procedimento de apresentação de certidão negativa de débito tributário ou positiva com efeito de negativa após a recuperação judicial da empresa, é possível a penhora do patrimônio da empresa. 4. Ademais, também é possível a penhora quando o

Estado do Rio Grande do Sul – crédito fiscal –, era extraconcursal, pois foi “gerado depois do decreto de recuperação judicial”. Destaca-se trecho do voto vogal do Desembargador Irineu Mariani:

Quanto às empresas em recuperação judicial, há duas situações distintas: uma no que tange aos créditos existentes antes, vencidos e vincendos (Lei 11.101/05, art. 49) e outra no que tange aos créditos existentes depois (art. 67).

No caso, temos ICMS gerado depois do decreto de recuperação. Então, incide o art. 67 da Lei 11.101/05 (grifo nosso), que diz: “Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no artigo 84 desta Lei.”

Ora, se o Plano de Recuperação Judicial só abrange os credores privados, e se em relação a estes são extraconcursais os créditos pós-decreto de recuperação, com muito mais razão o são os da Fazenda Pública. (grifo nosso).

Conforme se observa, não se averiguou a natureza do crédito para que este fosse considerado extraconcursal, isto é, se fiscal ou não, mas tão somente a data da sua constituição que se deu durante a recuperação judicial.

Já em relação aos créditos trabalhistas menciona-se o Agravo de Instrumento nº 2025908-98.2018.8.26.0000³⁷, julgado pelo Desembargador Hamid Bdine, integrante da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP no qual se entendeu que o trabalhador contratado pela empresa, durante a sua recuperação judicial e demitido 27 dias após a convolação da recuperação judicial em falência, era detentor de crédito extraconcursal.

Todavia, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes.

crédito é posterior ao deferimento da recuperação, haja vista que não integra o concurso universal. RECURSO PROVIDO.” (TJRS, Primeira Câmara Cível, AI 70073262586, Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 28/06/2017).

³⁷ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. Situação de desemprego que autoriza a concessão do benefício. Mérito. VALOR DO CRÉDITO. Agravante que alega fazer jus à habilitação do saldo de R\$ 8.555,38, conforme cálculos apurados na Justiça do Trabalho. Sem razão. Crédito sujeito aos acréscimos legais. Art. 9º, II, e 124 da Lei nº 11.101/05. Correção monetária e juros incidem até a data da sentença que decretou a falência. Saldo credor mantido. CLASSIFICAÇÃO DO CRÉDITO. Agravante que foi contratada pela agravada quando em curso a recuperação judicial e demitida 27 dias após a da convolação da recuperação judicial em falência. Regra do art. 67, da Lei nº 11.101/05. Reconhecimento de sua colaboração para auxiliar a agravada na tentativa de superar a crise econômica. Reclassificação do crédito como extraconcursal e, portanto, com privilégio no tocante ao recebimento. Decisão reformada. Recurso provido em parte.” (TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2025908-98.2018.8.26.0000, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 30/05/2018).

Alguns autores, tais como José da Silva Pacheco e Mario Sergio Miliani³⁸, entendem que para o crédito ser considerado extraconcursal deve preencher três requisitos: (1) ser decorrente de obrigação contraída pelo devedor; (2) ocorrer durante a recuperação judicial; e (3) permitir e contribuir com a preservação da empresa.

A ideia de necessidade da colaboração do credor para a continuidade da empresa, como requisito da atribuição da qualidade de extraconcursal para o crédito por ele devido, é compartilhada por Fábio Ulhoa Coelho³⁹. O autor assevera que devem ser excluídos da reclassificação dos créditos aqueles que não são provenientes de negociação, isto é, aqueles que não advêm de negócios jurídicos, como os créditos fiscais, parafiscais e multas administrativas, indenização por acidente de trabalho, etc.⁴⁰. A distinção entre esses créditos seria possível na medida em que os credores negociais, como os fornecedores, contribuíssem para a realização dos objetivos da recuperação judicial, ao contrário dos não negociais, os quais têm seus créditos constituídos por Lei⁴¹. Dessa forma, esses credores não assumem, por vontade própria, nenhum risco associado à recuperação judicial, isto é, são credores que não aceitam o risco e concordam em abrir crédito ao devedor, de forma que a seus créditos não poderia ser conferido prioridade em relação aos demais⁴².

Nesse sentido, para Coelho, como a lei distingue apenas duas situações no art. 67, a dos credores quirografários, que são reclassificados como credores com privilégio geral, e a dos demais créditos, que são classificados como extraconcursais, deve-se entender que todos os créditos, que não se enquadrem como quirografários, desde que provenientes de negociação, serão considerados extraconcursais em caso de falência⁴³. Desse modo, estão abrangidos os créditos dos trabalhadores que continuam a prestar seus serviços à recuperanda e os

³⁸ PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 175; MILANI, Mario Sergio. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada**. São Paulo: Malheiro Editores, 2011, p. 287.

³⁹ COELHO. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 12. ed..., p. 267. No mesmo sentido: COVAS, Silvânio. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 322.

⁴⁰ COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 322.

⁴¹ COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 322.

⁴² COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 322.

⁴³ COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 321.

créditos subordinados, inclusive dos sócios que emprestam dinheiro à empresa em recuperação judicial⁴⁴.

O STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.368.550/SP, que tratava sobre a reclassificação do crédito, oriundo de prestação de serviços advocatícios de um escritório para a empresa, durante a recuperação judicial (se o crédito seria extraconcursal ou teria privilégio especial), decidiu nesse sentido, isto é: que os créditos não negociais não são abrangidos pela extraconcursalidade prevista no art. 67 da LRE, benesse que seria restrita aos credores que cooperaram com a empresa durante a recuperação judicial, por vontade própria⁴⁵.

⁴⁴ COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 266-267.

⁴⁵ "RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA. CRÉDITO CORRESPONDENTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À SOCIEDADE DE ADVOGADOS CONTRATADA PARA FORMULAR E ACOMPANHAR O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO EXTRACONCURSAL. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DAS NORMAS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI 11.101/2005. 1. Os artigos 67 e 84, inciso V, da Lei 11.101/2005 determinam que, em caso de decretação da falência, os créditos decorrentes de obrigações contraídas durante a recuperação judicial serão classificados como créditos extraconcursais submetidos ao concurso especial estabelecido no artigo 84 do citado diploma legal, sendo pagos antes dos créditos sujeitos ao concurso geral do artigo 83 (créditos trabalhistas e equiparados, créditos com garantia real, créditos tributários, créditos com privilégio especial, créditos com privilégio geral e créditos quirografários). 2. O marco temporal estabelecido pela lei em comento para que seja reconhecida a extraconcursalidade dos créditos é o nascimento da obrigação (ou a prática do ato jurídico válido) durante a recuperação judicial. 3. Ao definir o significado da expressão "durante a recuperação judicial", a Quarta Turma assentou que "abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47)" (REsp 1.399.853/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10.02.2015, DJe 13.03.2015). 4. Diante deste quadro, remanesce delimitar o sentido das expressões "créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor" ou "obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados" durante a recuperação judicial, para fins de aferição da extraconcursalidade prevista nos artigos 67 e 84 da Lei 11.101/2005. 5. Em se tratando de crédito decorrente de contrato de execução continuada ou periódica (também chamado de contrato de duração), a inferência de que a classificação da extraconcursalidade do crédito vincula-se à data da formalização da avença não guarda coerência com o objetivo primordial do instituto da recuperação judicial, isto é, o restabelecimento da força econômica e produtiva em declínio. Assim, em regra, independentemente da data da celebração do contrato de duração, a extraconcursalidade deve ser atribuída aos créditos decorrentes do fornecimento de bens ou da prestação de serviços ocorridos após o deferimento do processamento da recuperação judicial. Exegese defluente do parágrafo único, do artigo 67, da Lei 11.101/2005 (privilégio atribuído aos titulares de créditos quirografários que continuam a fornecer bens ou serviços) e da situação dos credores trabalhistas. Inexigibilidade de novos contratos, revelando-se suficiente a aferição do momento em que os bens ou serviços foram fornecidos/prestados. 6. No caso concreto, cuidando-se de contrato de evidente execução continuada (estabelecendo prestação de serviços jurídicos até o encerramento da recuperação judicial), deve-se abstrair o fato de ter sido verbalmente pactuado antes do marco temporal reconhecido pela jurisprudência. É que grande parte da assessoria advocatícia contratada foi efetivamente prestada após o deferimento do processamento da recuperação. 7. Ademais, não se pode olvidar que a atuação do advogado é imprescindível para garantir o acesso do empresário ou da sociedade empresária à recuperação judicial. Nessa perspectiva, em virtude do princípio da preservação da empresa, deve-se prestigiar a conduta do advogado (ou sociedade de advogados) que, ciente da crise econômica e financeira que acomete a recuperanda, empreende esforços concretos voltados à reestruturação da atividade empresarial,

Já José Francelino de Araújo entende que os créditos, por ele chamado de privilegiados, tais como os fiscais, parafiscais, multas administrativas e trabalhistas não devem ser reclassificados para extraconcursais, visto que não são negociais, decorrendo diretamente da lei⁴⁶.

Pereira da Fonseca aduz que o art. 67, ao limitar em sua redação as “obrigações contraídas” pelo devedor, exclui a hipótese de ser incluído neste dispositivo as obrigações tributárias, tendo em vista que estas decorrem da lei e independem de contrato⁴⁷. Para o autor, o objetivo do art. 67 é a manutenção das fontes de matéria-prima e financiamento à empresa em recuperação judicial, de modo que seria inócuo em relação aos tributos, pois a Fazenda está submetida ao princípio da legalidade e, por isso, não pode flexibilizar o procedimento estabelecido pela lei para cooperar com a empresa em crise⁴⁸⁻⁴⁹.

Por sua vez, Leonardo Adriano Ribeiro Dias menciona ser necessária a interpretação gramatical e teleológica do art. 67⁵⁰, ao destacar a menção “obrigações contraídas” pelo dispositivo, o que pressupõe a vontade como elemento principal da obrigação⁵¹⁻⁵². Ademais, a lei recuperacional pretendeu formatar o apoio aos financiadores de empresas em crise, de modo que apenas esses credores, que colaboraram para a superação da crise voluntariamente, devem ter o privilégio em

mediante a elaboração e o ingresso do pedido de recuperação judicial, além da prestação de serviços jurídicos até o seu encerramento com a decretação da falência. 8. À luz do princípio geral da presunção de boa-fé, cabia a qualquer um dos credores, à massa falida ou ao administrador judicial aventar a eventual má-fé do prestador do serviço, o que não ocorreu, sobressaindo, outrossim, a consonância dos honorários contratados com o parâmetro mínimo estipulado pela Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo.” (STJ, Quarta Turma, REsp n. 1.368.550/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2016).

⁴⁶ ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

⁴⁷ FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 455.

⁴⁸ FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 455.

⁴⁹ A fim de fundamentar sua posição, o autor ainda menciona que, no art. 84, inciso V da LRE, ao dispor sobre os créditos extraconcursais, dentre eles os créditos contraídos com base no art. 67, caput, tratou separadamente dos tributos, delimitando, portanto, a abrangência do art. 67 (FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 455).

⁵⁰ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.176-177.

⁵¹ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.177.

⁵² No mesmo sentido, Fátima Nancy Andrichi menciona que, da leitura do inciso V, do art. 84, que classifica os créditos constituídos durante a recuperação judicial como extraconcursais, em caso de falência, a “expressão generalista “ato jurídico” deve ser considerada especificamente em sua feição negocial – negócio jurídico –, hipótese que vislumbra a vontade do agente como determinante dos efeitos por ele pretendidos ao praticar o ato. Exclui-se, assim, o outro possível desdobramento do termo destacado – ato jurídico em sentido estrito –, pois os efeitos deste não decorrem da intenção do agente, mas exclusivamente do texto legal (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência**: lei nº 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39).

caso de falência⁵³. Desse modo, não devem ser entendidos como extraconcursais os débitos fiscais surgidos durante a recuperação judicial, pois decorrem da lei e não da vontade. Já os credores trabalhistas apenas fariam jus ao privilégio da extraconcursalidade caso tivessem sido contratados após o início da recuperação judicial⁵⁴⁻⁵⁵.

Dessa maneira, o que se percebe é que não existe unanimidade na doutrina. Entretanto, considerando que a maioria dos autores não faz qualquer distinção entre os créditos contraídos durante o processo de recuperação judicial, entende-se que para esses tal diferenciação é irrelevante, de forma que todos os créditos, que são constituídos durante a recuperação judicial, independentemente da sua natureza, seriam extraconcursais.

Analisados quais créditos podem ser considerados extraconcursais, passa-se ao exame do momento a partir do qual se pode considerar um crédito extraconcursal, isto é, qual o alcance da expressão “durante a recuperação judicial”.

2.3 EXPRESSÃO “DURANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL”

Para o credor que deseja financiar a empresa em recuperação judicial, a definição do marco inicial, para considerar extraconcursais os créditos contraídos pela empresa recuperanda, é relevante em termos práticos, porque é o momento em que o crédito é constituído, se antes ou durante a recuperação judicial, que define se ele é extraconcursal ou não.

Ademais, embora a lei preveja no art. 6º, § 4º, a suspensão dos pagamentos das dívidas relativas a créditos anteriores ao pedido de recuperação judicial por 180 dias⁵⁶, e que esta seja uma medida que visa permitir que a empresa tenha tempo e

⁵³ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.177.

⁵⁴ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.177.

⁵⁵ Contrariamente, o STJ entendeu que os créditos trabalhistas prescindem de nova contratação, após o deferimento do processamento da recuperação judicial, para serem enquadrados na classe de extraconcursais, tendo em vista que o momento da prestação do serviço é que deve ser sopesado: se prestado antes da data do ajuizamento da recuperação judicial, devem integrar o plano de recuperação; se prestado durante a recuperação judicial, o crédito estaria fora da recuperação judicial, sendo, portanto, extraconcursal (STJ, Quarta Turma, REsp n. 1. 447.918/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/04/2016; STJ, Quarta Turma, REsp n. 1.368.550/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2016).

⁵⁶ Embora conste expressamente no dispositivo que o prazo é improrrogável, já é de praxe a empresa recuperanda requerer a prorrogação desse prazo, com a chancela do poder judiciário, que pauta suas decisões na observância aos princípios da razoabilidade e da preservação da empresa (exemplificativamente: STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp n. 443.665/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, j.

meio para elaborar o plano de recuperação judicial e fazer negociações com os credores, dificilmente será suficiente para que a empresa, em recuperação judicial, resolva a sua crise financeira⁵⁷.

Logo, a definição do momento a partir do qual o crédito é considerado extraconcursal também é de grande importância para a recuperanda, visto que a obtenção de financiamento extraconcursal se faz necessária tão logo quanto possível, tendo em vista que a empresa recuperanda não pode esperar indefinidamente para obter dinheiro para financiar as suas atividades, sob pena de não reverter a crise econômico-financeira pela qual está passando.

Assim, neste subcapítulo, se busca examinar a partir de qual momento um crédito, constituído durante a recuperação judicial, pode ser considerado extraconcursal: se é a partir do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial ou a partir do início do transcurso do período de dois anos após a concessão da recuperação judicial.

A doutrina⁵⁸ é majoritária quanto à posição de que são extraconcursais os créditos contraídos pelo devedor após o deferimento do processamento da recuperação judicial.

A jurisprudência, por sua vez, também possui entendimento consolidado⁵⁹ nesse sentido, conforme se observa no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.398.092/SC⁶⁰ e 1.399.853/SC⁶¹, em que resta claro o entendimento de que se

5/09/2016). Além disso, para a prorrogação do prazo também se observa se o devedor, por desídia, não tenha causado o atraso na prática dos atos processuais (STJ, Segunda Seção, AgRg no CC n. 113.001/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 14/03/11; TJRS, Décima Primeira Câmara Cível, AI nº 70075426791, Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 29/11/2017).

⁵⁷ KIRSCHBAUM. *A recuperação judicial no Brasil...*, p. 133.

⁵⁸ A título exemplificativo: FONSECA. Arts. 64 a 69. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 453-454; SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 373-374; MILANI. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada...**, p. 287; KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 134.

⁵⁹ É o que se observa do Enunciado 10 da Secretaria de Jurisprudência do STJ, o qual dispõe que “Classificam-se como extraconcursais os créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência” (Jurisprudência em Teses, n. 35, Brasília, 2015).

⁶⁰ “DIREITO FALIMENTAR. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITOS. ATOS JURÍDICOS PRATICADOS DEPOIS DE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA FORMULADO EM MOMENTO ANTERIOR À APRESENTAÇÃO DO PLANO DE REERGUMENTO DA EMPRESA. RECONHECIMENTO DA NATUREZA EXTRACONCURSAL DOS CRÉDITOS. ARTIGOS ANALISADOS: 47, 52, 67 E 84 DA LEI 11.101/2005. 1 – Agravo de instrumento distribuído em 7/10/2011. Recurso especial concluso ao Gabinete em 17/9/2013. 2 – Controvérsia que se cinge em definir se podem ser classificados como extraconcursais créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a

classificam como extraconcursais os créditos de obrigações que se originaram após o deferimento do processamento da recuperação.

No ponto, cumpre destacar que o STJ tem entendido que a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial possui efeitos ex nunc, isto é, não retroage para atingir os atos que a antecederam⁶². Desse modo, os créditos constituídos pela recuperanda, entre o período da distribuição do pedido de recuperação judicial e a decisão de deferimento do processamento, não serão considerados extraconcursais.

Justamente em razão disso é que parte da doutrina sustenta que a “durante a recuperação judicial” deve ser entendida como “a partir do momento em que o pedido de recuperação judicial é ajuizado⁶³”.

data da protocolização do pedido de processamento da recuperação judicial e a data do pedido de falência. 3 – A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 4 – O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade. 5 – Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convalidada em falência, como no particular, é salutar reconhecer que quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise - data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial - colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores. 6 – Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado. 7 – Recurso especial parcialmente provido.”. (STJ, Terceira Turma, REsp n. 1.398.092/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/05/2014)

⁶¹ “DIREITO FALIMENTAR E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITOS RELATIVOS A NEGÓCIOS JURÍDICOS FORMALIZADOS APÓS O MOMENTO EM QUE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO (LF, ART. 52). NATUREZA EXTRACONCURSAL (LF, ARTS. 67, *CAPUT*, E 84, V). PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA (LF, ART. 47). PREVALÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. 2. A expressão “durante a recuperação judicial”, gravada nos arts. 67, *caput*, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47). 3. Recurso especial a que se dá provimento.”. (STJ, Quarta Turma, REsp n° 1.399.853/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 10/02/2015)

⁶² STJ, Segunda Seção, AgRg no CC n° 131.587/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25/02/2015, assim decidindo: “Tanto o deferimento do pedido de recuperação judicial quanto o de decretação de falência possuem efeito ex nunc, ou seja, não retroagem para regular atos que lhe sejam anteriores.”. No mesmo sentido: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI n° 2209753-70.2017.8.26.0000; Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 13/03/2018; TJRJ, Vigésima Câmara Cível, AI n° 0051358-43.2016.8.19.0000, Rel. Des. Marília de Castro Neves Vieira, j. 28/06/2017.

⁶³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 213; DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial**..., p.178; COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 180; ARAÚJO. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**, p. 151; AYOUB, Luiz

Para os defensores dessa posição, o objetivo da lei é claro ao pretender que o dispositivo atue como um incentivo para que haja o financiamento de empresas em crise⁶⁴. Dessa maneira, a lei deve ser entendida no seu sentido mais amplo, a fim de conceder a proteção necessária para que o financiador continue a prover crédito⁶⁵⁻⁶⁶.

O simples pedido de recuperação judicial já faz com que vários fornecedores deixem de disponibilizar crédito e exijam o pagamento dos valores em aberto, caso não se sujeitem ao procedimento concursal⁶⁷.

Considerando que no Brasil o tempo entre o ajuizamento do pedido e o deferimento do processamento nem sempre é curto, a disponibilidade – ou não – de financiamento, neste período, pode ser determinante para o sucesso ou não da recuperação judicial⁶⁸.

No julgamento do agravo de instrumento nº 2234496-81.2016.8.26.0000⁶⁹, pelo TJSP, entendeu-se que a análise da extraconcursalidade deve levar em consideração tão somente o dia em que o crédito foi constituído e a data da

Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 81-82.

⁶⁴ Nesse sentido, Wilson Alexandre Barufaldi, ao mencionar essa posição doutrinária, refere: “O entendimento acima é o que melhor promove o conjunto dos princípios inerentes à recuperação, em especial o da preservação da empresa, tão destacado pela doutrina e pelos Tribunais [...]”. (BARUFLADI, Wilson Alexandre. **Recuperação Judicial: estrutura e aplicação dos seus princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 213-214).

⁶⁵ BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 213.

⁶⁶ Para Ayoub e Cavalli, o entendimento de que são considerados extraconcursais apenas os créditos constituídos após o deferimento do processamento da recuperação judicial deixa de fora todos os créditos oriundos de negócios que poderiam ser contraídos desde o ajuizamento da recuperação judicial até o deferimento do seu processamento. Dessa forma, os financiadores das empresas em crise teriam menores incentivos para continuar a financiar a empresa durante este lapso temporal, o que iria contra o objetivo do art. 67, que consiste em fomentar o financiamento de empresas em recuperação judicial (AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 81-82).

⁶⁷ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.121.

⁶⁸ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 122; BARUFALDI. **Recuperação Judicial...**, p. 215.

⁶⁹ “HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. Decisão que habilita crédito pelo valor de R\$ 184.492,05 na classe dos credores quirografários. Insurgência ao argumento de que o valor não foi corretamente atualizado e, além disso, teria natureza extraconcursal. Rejeitada preliminar de nulidade da decisão impugnada. Pedido de recuperação judicial distribuído no ano de 2010. Créditos da agravante que, por terem surgido a partir de 2011, não estavam sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do art. 49 da Lei nº 11.101/2005. Convolação da recuperação em falência. Necessidade de atualizar o crédito até a data da quebra a fim de conferir paridade de tratamento aos credores. Inteligência do art. 9º, inciso II, da Lei nº 11.101/2005. Precedente desta Corte. Crédito de natureza extraconcursal, e não quirografário. Inteligência do art. 67, *caput*, c/c art. 84, inciso V, ambos da LRF. Determinado o refazimento dos cálculos pelo perito contador a fim de atualizar a cifra a que faz jus a agravante até a data de decreto da quebra, observada a extraconcursalidade. Recurso parcialmente provido.”. (TJSP, 1º Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2234496-81.2016.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 03/05/2017).

distribuição do pedido de recuperação judicial. Ou seja, no julgado em questão, o crédito discutido foi considerado extraconcursal, uma vez que foi constituído depois da recuperação judicial, mais precisamente após a distribuição do pedido.

Já Franco e Sztajn fazem parte de outra corrente doutrinária, já que entendem que serão extraconcursais apenas os créditos constituídos após a concessão da recuperação judicial, nos termos do art. 58, LRE:

As dívidas contraídas após a concessão da recuperação (desde que autorizadas pelo comitê ou pelo administrador judicial) não estarão submetidas à lei de recuperação e serão consideradas extraconcursais caso a recuperação se transmude em falência (art. 67, LRE)⁷⁰.

Este é o entendimento também de Osvaldo Biolchi⁷¹, relator do projeto de lei que culminou na edição da Lei n° 11.101/05⁷², além de Renato Luiz de Macedo Mange⁷³.

Nesse sentido, seriam extraconcursais apenas os créditos constituídos após a decisão que concede a recuperação judicial, prevista no art. 58 da LRE. Defende-se que a extraconcursalidade na falência só surtirá efeitos se o plano de recuperação judicial prever os contratos de crédito a serem celebrados, ou que, no mínimo, contenha autorização para que determinadas operações de crédito sejam realizadas, a fim de possibilitar que os demais credores tenham ciência dos créditos que serão assim classificados⁷⁴.

A Ministra Isabel Gallotti, ao analisar a questão do alcance da expressão “durante a recuperação judicial” no Recurso Especial n° 1.185.567/RS⁷⁵, entendeu

⁷⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação de Empresas em Crise**: comparação com as disposições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248.

⁷¹ BIOLCHI, Osvaldo. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

⁷² Leonardo Dias, ao analisar tal posição doutrinária, refere que “não faria sentido considerar que a empresa somente estria em recuperação judicial após “concessão” prevista no art. 58, especialmente porque o deferimento da recuperação judicial já obriga o devedor a utilizar a expressão “em Recuperação Judicial” em todos os atos, contratos e documentos por ele firmados, a teor dos arts. 69, *caput*, e 52, inciso II, da LRE.”. (DIAS. **Financiamento na recuperação judicial e na falência...**, p. 179).

⁷³ MANGE, Renato Luiz de Macedo. **Classificação dos créditos na falência**. Revista do Advogado, São Paulo, ano. XXV, n. 83, set. 2005, p. 110.

⁷⁴ MANGE. **Classificação dos créditos na falência...**, p. 110-111.

⁷⁵ “DIREITO FALIMENTAR E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. CRÉDITOS RELATIVOS A NEGÓCIOS JURÍDICOS FORMALIZADOS APÓS O MOMENTO EM QUE DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO (LF, ART. 52). NATUREZA EXTRACONCURSAL (LF, ART. 67, *CAPUT* E 84, V). PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA (LF, ART. 47). PREVALÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão

que a constituição dos créditos extraconcursais pressupõe a aprovação do plano de recuperação judicial. Embora a Ministra tenha restado vencida, cumpre trazer alguns trechos do voto:

Atendo-se apenas à esta consideração (facilitar a obtenção de crédito pela empresa que se confessa em crise ao requerer a recuperação), significativa parte da doutrina entende que a expressão "durante a recuperação judicial" contida no *caput* do dispositivo abrange todos os créditos decorrentes de obrigações posteriores à distribuição do pedido [...] ou posteriores ao despacho que defere o processamento do pedido [...].

Não é esta, todavia, a interpretação que se extrai da literalidade da regra do *caput* do dispositivo, que **se confere natureza extraconcursal às obrigações contraídas "durante a recuperação" e não "após o pedido" ou "durante o processamento do pedido de recuperação"**, (grifo nosso) pedido este que poderá ser concedido ou não por decisão judicial (art. 58), a depender do cumprimento dos requisitos previstos em lei, notadamente a posterior apresentação de plano de recuperação viável e a concordância dos credores.

[...]

Dessa forma, atribuir à mera distribuição de pedido de recuperação, ou ao sumário ato judicial que defere o seu processamento, proferido sem análise alguma sobre a viabilidade da recuperação postulada, e sem a prévia manifestação dos credores interessados, a consequência de reabrir a capacidade de endividamento da empresa, por período indefinido, para contrair obrigações extraconcursais de montante ilimitado, sem a concordância de seus credores anteriores, pode, em tese, ensejar o completo esvaziamento do patrimônio da empresa, (grifo nosso) a ponto de tornar irreversível a satisfação dos direitos dos credores anteriores ao pedido, inclusive os trabalhistas e os titulares de garantia real, o que não se coaduna com os demais dispositivos da lei.

[...]

Incoerente com o sistema legal seria dele inferir que o mero deferimento de processamento do pedido de recuperação autorizasse o devedor a contrair novas dívidas, comprometendo pela segunda vez o patrimônio da empresa, a serem pagas com preferência sobre todas as obrigações anteriores, por mais privilegiadas que fossem, como os credores trabalhistas, titulares de garantia real e tributários; tudo isso sem a manifestação dos credores anteriores ao pedido, cujas garantias e privilégios seriam comprometidos. **Temerário seria, portanto, alargar as consequências do ato judicial que defere o processamento do pedido de recuperação judicial, para abarcar todas as dívidas a partir de então contraídas como sendo extraconcursais, sob pena de prejudicar os credores já existentes, uma vez que a sociedade devedora, postulante da recuperação, ao menos em tese, poderia comprometer novamente todo seu patrimônio na assunção de novas dívidas sem que os credores anteriores ao deferimento do processamento da recuperação concordassem com a gestão social posterior ao requerimento de recuperação,** (grifo nosso) haja vista que o respectivo plano só será apresentado e objeto de

recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. 2. A expressão "durante a recuperação judicial", gravada nos arts. 67, *caput*, e 84, V, da Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, abrange o período compreendido entre a data em que se defere o processamento da recuperação judicial e a decretação da falência, interpretação que melhor harmoniza a norma legal com as demais disposições da lei de regência e, em especial, o princípio da preservação da empresa (LF, art. 47). 3. Recurso especial a que se nega provimento.". (STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.185.567/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05/06/2014).

deliberação pela assembleia dos credores futuramente, como ditam os artigos 53, 56, § 2º, e 58, § 1º, da citada Lei.

[...]

Assim, antes da aprovação do plano pelos credores e da decisão judicial concessiva da recuperação, não há a formação dos créditos extraconcursais a que alude o art. 67, *caput*, da Lei 11.101/2005.

Defende-se, portanto, que permitir que créditos constituídos após a distribuição do pedido ou do deferimento do processamento da recuperação judicial, seria restringir a eficácia do princípio da proibição do enriquecimento ilícito, na medida em que poderia qualquer devedor ingressar com pedido de recuperação judicial e contrair diversas dívidas durante o trâmite do processo, garantindo aos novos credores o recebimento de seus créditos em detrimento dos credores sujeitos à recuperação⁷⁶. Além disso, fomentaria a assimetria de informações, o que prejudica a atividade econômica e impossibilita a concretização do princípio da preservação da empresa insculpido no art. 47, LRE, uma vez que se estaria transferindo os recursos de todos os credores, dentre eles empresários e sociedades empresárias, para o patrimônio do devedor⁷⁷.

Todavia, cabe trazer à tona estudo realizado pela PUC/SP em conjunto com a ABJ (Associação Brasileira de Jurimetria), denominado Observatório da Insolvência, que analisou as 194 recuperações judiciais distribuídas entre 01/09/2013 e 30/06/2016 nas Varas Especializadas de São Paulo/SP. Nesta pesquisa, chegou-se à conclusão que o tempo médio entre a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial e a realização da primeira Assembleia Geral de Credores, para votação do plano, é de 507 (quinhentos e sete) dias, sendo o mediano de 386 (trezentos e oitenta e seis) dias⁷⁸.

Assim, não é crível imaginar que a empresa teria meios para se manter até a homologação do plano de recuperação judicial sem recorrer a novos financiamentos; aos potenciais financiadores, contudo, não haveria certeza sobre qual a classificação do seu crédito durante o período até a concessão da recuperação judicial, o que seria mais um obstáculo à concessão de crédito às empresas em crise, pois os financiadores só iriam se sentir seguros para investir a partir da concessão da recuperação judicial.

⁷⁶ BARUFALDI. **Recuperação Judicial...**, p. 232.

⁷⁷ BARUFALDI. **Recuperação Judicial...**, p. 232-233.

⁷⁸ Os resultados do estudo, divulgados em 13 de junho de 2017 podem ser conferidos no site da ABJ: <<https://abj.org.br/cases/insolvencia/>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

Ainda cabe trazer trecho do voto condutor da maioria do REsp nº 1.185.567/RS (já mencionado anteriormente), do Ministro Antônio Carlos Ferreira, o qual ilustra a dificuldade de se entender como marco inicial da extraconcursalidade do art. 67, LRE a decisão que concede a recuperação judicial:

[...] prevalecendo a interpretação de que a regra do caput do art. 67 só tem incidência para créditos constituídos após a decisão do art. 58 da LF, o resultado prático seria de que os valores decorrentes de operações praticadas no lapso temporal que vai do pedido até a decisão concessória não gozariam do mesmo privilégio que aqueles relativos a operações anteriores, o que se mostra, dada a vênua, discrepante do objetivo da lei⁷⁹.

Por fim, importante mencionar a posição de Gladston Mamede que entende que a expressão “durante a recuperação judicial” deve ser definida não só para se determinar o marco inicial, ou seja, a partir de quando os créditos são considerados extraconcursais, mas também para saber o marco final. Para o autor, a expressão deve ser entendida restritivamente de modo que só são considerados extraconcursais os créditos constituídos até a sentença que encerra o procedimento. Desse modo, mesmo que o plano de recuperação judicial aprovado vá além do biênio previsto no art. 61, *caput*, LRE, os atos posteriores não serão extraconcursais⁸⁰.

Observa-se que há divergência doutrinária e jurisprudencial maior sobre o alcance da expressão “durante a recuperação judicial”.

A doutrina e jurisprudência são majoritárias ao entender que os créditos são considerados extraconcursais a partir da decisão que defere o processamento da recuperação judicial. O entendimento é baseado na premissa de que o ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento, de modo que deve ser utilizado como marco inicial para a constituição dos créditos extraconcursais.

Por fim, destaca-se que, em 09 de maio de 2018, o Planalto enviou à Câmara dos Deputados o projeto de lei que visa alterar a Lei nº 11.101/05, que recebeu o

⁷⁹ STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.185.567/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05/06/2014.

⁸⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 432

número de PL 10.220/2018⁸¹. O que interessa para este trabalho é a nova redação dada ao caput do art. 67, o qual se transcreve:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor no curso ordinário de seus negócios após a distribuição do pedido de recuperação judicial, (grifo nosso) incluídos aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, na hipótese de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida nos art. 83 e art. 84.

Conforme se verifica, caso aprovado o projeto sem ressalvas, a divergência doutrinária e jurisprudencial deixará de existir no que tange ao marco inicial da extraconcursalidade, na medida em que resta claro que são extraconcursais os créditos constituídos após a distribuição do pedido de recuperação judicial.

Terminado o exame do alcance da expressão “durante a recuperação judicial”, passa-se à análise de outro termo utilizado no art. 67, *caput*, LRE: a decretação da falência.

2.4 A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

Outro aspecto importante está na definição do momento da decretação da falência para fins de extraconcursalidade: se é da convocação da recuperação judicial em falência, nos termos do art. 73, LRE, ou também seria em caso de decretação da falência após o período de 2 (dois) anos da concessão da recuperação judicial, quando o juiz encerra a procedimento recuperacional.

Tal discussão é relevante porque o credor precisa saber a partir de qual momento o seu privilégio como credor extraconcursal passará a surtir efeitos.

A doutrina majoritária⁸² entende que a decretação da falência, a que se refere o art. 67, compreende a hipótese de convocação da recuperação judicial em falência, diante da existência de alguma das hipóteses previstas no art. 73 da LRE⁸³⁻⁸⁴.

⁸¹ A respeito do envio do projeto de lei do Planalto à Câmara dos Deputados, ver: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/reforma-da-lei-de-falencia-representatividade/>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

⁸² DIAS. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**..., p. 180.

⁸³ Segundo o art. 73, LRE, as hipóteses de convocação da recuperação judicial em falência são: (I) por deliberação da assembleia geral de credores, na forma do art. 42; (II) pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação judicial no prazo do art. 53; (III) quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56; (IV) por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61. Para Scalzilli, Spinelli e Tellechea, nem toda empresa merece ser recuperada, na medida em que apenas empresas viáveis devem ser preservadas. Assim, a legislação concursal prevê uma série de “filtros de viabilidade”,

Contudo, autores como Humberto Lucena Pereira da Fonseca⁸⁵ defende a aplicação da extraconcursalidade não apenas diante da convalidação da recuperação judicial em falência, mas também em caso de decretação da falência após o período de 2 (dois) anos da concessão da recuperação judicial, quando o juiz encerra a procedimento recuperacional (desde que o credor esteja em dia com as obrigações do plano de recuperação judicial, nos termos do art. 63, LRE)⁸⁶.

Mesmo após os 2 (dois) anos, podem ainda existir obrigações pendentes oriundas do plano de recuperação judicial, as quais, uma vez descumpridas, também podem motivar o pedido de falência, conforme regra do art. 62 da Lei nº 11.101/05. Dessa forma, os créditos, surgidos durante a recuperação judicial, ainda que esta já tenha sido encerrada, gozariam do benefício da extraconcursalidade do art. 67 da LRE⁸⁷.

Ou seja, para essa parte da doutrina, mesmo quando a falência for decretada, após o encerramento da recuperação judicial, os créditos existentes até a data da falência seriam considerados extraconcursais.

Aqui, cabe referir Leonardo Ribeiro Dias:

Essa não nos parece a melhor solução ex lege, ainda que seja conveniente ao financiador da empresa em crise. Em verdade, a sentença que encerra a recuperação judicial possui natureza declaratória e efeitos erga omnes com a respectiva publicação. A partir daí, as obrigações derivadas do plano de recuperação não mais poderão ser resolvidas e serão exigíveis mediante tutela específica ou pedido de falência fundado em título executivo judicial, de modo que as dívidas da outrora recuperanda receberão o mesmo tratamento das de qualquer outro empresário. Não há mais concurso de credores e o descumprimento de uma obrigação perante um deles não gera efeitos direitos aos demais. Neste momento, presume a LRE que o devedor

materializados, dentre outros dispositivos, nas hipóteses de convalidação (SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência**..., 443).

⁸⁴ Para Jorge Luiz Lopes do Canto, as causas que levam a mudança da situação jurídica da empresa de recuperanda para falida são de duas ordens: a primeira é fruto do inadimplemento das obrigações referentes ao descumprimento do prazo processual, sendo pública, e de obrigações atinentes ao não atendimento das obrigações assumida no plano de recuperação judicial, de natureza privada; já a segunda decorre do interesse dos credores não estar sendo atendido da forma que era esperada durante a recuperação judicial (CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convalidação da recuperação em falência. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência**: lei nº 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 233).

⁸⁵ FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas**..., p. 454.

⁸⁶ FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas**..., p. 454.

⁸⁷ Contra esse entendimento, Leonardo Dias assevera que “não faz sentido estender a extraconcursalidade do art. 67 às falências decretadas após o encerramento da recuperação judicial, de sorte que a expressão “em caso de decretação de falência” deve ser lida em consonância com o restante do dispositivo legal, para se entender pela sua ocorrência apenas no âmbito da recuperação judicial, com fulcro em alguma das hipóteses do art. 73, *caput* e parágrafo único, e não ad eternum.”. (DIAS. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**..., p. 183).

está recuperado e, portanto, os efeitos benéficos do financiamento concedidos na recuperação judicial já cumpriram seu papel. Além disso, caso prevalecesse tal entendimento, eventuais créditos concedidos após o encerramento da recuperação teriam, na falência, hierarquia inferior aos créditos concedidos durante a recuperação, ainda que aqueles possuam garantias reais, o que certamente aumentaria a insegurança na concessão de crédito a essas empresas, prejudicando o livre exercício de sua atividade em iguais condições de concorrência no mercado. [...] ⁸⁸

Assim, não faz sentido estender a extraconcursalidade do art. 67, LRE, às falências decretadas após o encerramento da recuperação judicial, mas sim às situações de convalidação da recuperação judicial em falência, nos termos do art. 73 da Lei nº 11.101/05.

Percebe-se que, não obstante ao advento da Lei nº 11.101/05, o legislador brasileiro não dispensou um tratamento pormenorizado do financiamento de empresas em recuperação judicial, visto que, apesar de prever a extraconcursalidade no art. 67, *caput*, LRE, deixou de prevê-la de forma clara e concisa, a fim de garantir segurança ao potencial financiador, o qual, muitas vezes, vê seu crédito classificado em uma ou outra classe de credores a depender de diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Desse modo, observa-se que o potencial financiador de uma empresa em crise, querendo conceder crédito à empresa durante a sua recuperação, se vê diante de alguns obstáculos ligados à própria interpretação do art. 67, LRE, os quais, em última análise, podem influenciar a concessão ou não do financiamento, frustrando o objetivo do legislador ao prever tal dispositivo.

O primeiro deles está ligado à abrangência da extraconcursalidade, sendo que se pode afirmar que os créditos, que são constituídos durante a recuperação judicial, independentemente de sua natureza, são extraconcursais. Assim, o financiador deve levar em consideração que qualquer crédito, concedido durante a recuperação judicial, será extraconcursal em caso de falência.

Já o segundo diz respeito à expressão “durante a recuperação judicial”. Embora se saiba que a empresa em crise possui necessidades de crédito desde a distribuição do seu pedido de recuperação judicial, visto que vários fornecedores acabam por simplesmente cortar as linhas de crédito à recuperanda assim que ficam sabendo sobre o procedimento concursal, a doutrina e a jurisprudência são majoritárias ao entender que o marco inicial, para que se analise a

⁸⁸ DIAS. **Financiamento na recuperação judicial e na falência...**, p. 180.

extraconcursalidade, deve ser a data da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial.

Outra questão é o momento que deve ser considerado como da decretação da falência. Isso é importante para que o financiador saiba a partir de qual momento possui o privilégio da extraconcursalidade. Em que pese haja posição doutrinária contrária, a corrente majoritária entende a decretação da falência como sendo o momento de convalidação da recuperação judicial em falência.

Todavia, para além da interpretação dada ao art. 67, LRE, o potencial financiador deve analisar outros fatores como a ordem de pagamento de seu crédito em uma eventual falência, por exemplo, a fim de avaliar com mais exatidão se a prioridade da extraconcursalidade, concedida pelo art. 67, *caput*, LRE, é suficiente. Da análise desses aspectos, verifica-se que o suposto benefício, concedido pelo art. 67 aos créditos extraconcursais, é limitado pela própria legislação.

São justamente os limites à concretização da extraconcursalidade como incentivo ao financiamento das empresas em recuperação judicial que serão analisados no próximo capítulo.

3 LIMITES DA EXTRAONCURSALIDADE COMO INCENTIVO AO FINANCIAMENTO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme já referido, apesar da boa intenção do legislador, o art. 67, *caput*, carece de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que há diversos motivos levantados pela doutrina para que isso ocorra.

Leonardo Ribeiro Dias⁸⁹ menciona que o incentivo proposto pelo *caput* do art. 67 é insuficiente quando analisado com o restante do ordenamento jurídico, sustentando, inclusive, que a legislação à primeira vista oferece um desincentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial.

Como principal problema à concretização do dispositivo, o autor menciona o fato de que a prioridade concedida aos créditos extraconcursais só faz sentido na falência, enquanto que na recuperação judicial o crédito acaba por ser pago nas formas originalmente contratadas, independentemente da satisfação dos créditos sujeitos à recuperação, isto é, sem que haja prioridade de pagamento a esses créditos durante a recuperação judicial⁹⁰.

Nesse sentido, Eduardo Secchi Munhoz⁹¹ sustenta que a prioridade concedida pelo art. 67 é insuficiente por dois motivos principais.

O primeiro deles se refere à extraconcursalidade no sistema falimentar brasileiro e se subdivide em dois: (a) há diversos créditos classificados como extraconcursais, de diferentes origens, sendo que alguns não são nem previstos pelo art. 84, da Lei nº 11.101/05, de forma que não há definição de ordem de preferência entre eles; e (b) há muitos créditos extraconcursais, previstos no art. 84, ocorrendo um esvaziamento na proteção que o art. 67, *caput*, conferiu ao financiamento concedido às empresas em recuperação judicial.

Já o segundo motivo está relacionado aos pedidos de restituição, previstos no art. 85, Lei 11.101/05, os quais possuem prioridade em relação aos credores extraconcursais na falência.

Ou seja, o problema é que há muitos créditos que podem ter preferência em relação aos créditos extraconcursais, ou que possuem o mesmo nível de prioridade,

⁸⁹ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.175.

⁹⁰ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.175.

⁹¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 280-281.

de modo que o dispositivo acaba por não viabilizar o financiamento de empresas em crise.

Outro empecilho, apontado por Deborah Kirschbaum, está no fato de que a lei é omissa quanto ao destino dos recursos que são obtidos por meio do financiamento extraconcursal⁹². Isto é, se o montante recebido pela recuperanda deve custear apenas despesas tidas no curso ordinário da empresa em recuperação judicial, ou se também pode servir ao custeio de planos de investimento fora do curso ordinário da empresa⁹³.

Segundo a autora, isso limitaria novos financiamentos às empresas em recuperação judicial na medida em que o credor corre o risco de ver o dinheiro que investiu ser utilizado para o pagamento de credores sujeitos à recuperação judicial⁹⁴.

Destaca-se que são apontadas pela doutrina outras dificuldades ao financiamento das empresas em recuperação judicial, como a existência de regulação restritiva, oriunda do Banco Central, por meio da Resolução n° 2.682/99 a qual classifica a operação de crédito com a devedora em recuperação judicial no *rating* H (alto risco), impondo-se provisionamento de 100% do valor financiado⁹⁵ – o que, por óbvio, desestimula a concessão de crédito pelas instituições financeiras.

Todavia, embora sejam limites relevantes, que influenciam a concessão de créditos às empresas em crise, não serão objeto do trabalho, visto que não estão diretamente relacionados à extraconcursalidade prevista no art. 67, fugindo, portanto, do escopo desta monografia.

Dessa forma, objetiva-se, neste capítulo, verificar alguns dos limites à concretização do art. 67, *caput*, da Lei n° 11.101/05, tal qual como foi pensado pelo legislador, tendo em vista que: (1) não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro de prioridade de pagamento do crédito extraconcursal durante a recuperação judicial, de forma que o benefício só é exercido em caso de falência; (2) o devedor pode utilizar o valor do financiamento recebido como quiser, de forma que podem ser utilizados tanto com finalidades que beneficiem a empresa quanto os demais credores como para fins danosos à empresa; (3) caso haja a convalidação da

⁹² KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 129.

⁹³ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 129.

⁹⁴ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 146.

⁹⁵ Para aprofundamento, ver: SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 375-377; DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 270-275; MENDES. **Rating bancário em operações celebradas com empresas em recuperação judicial...**, p. 215-227.

recuperação judicial em falência, o credor financiador também precisa esperar o pagamento dos créditos que possuem preferência na falência; e (4) há excesso de extraconcursalidade no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que o crédito do fornecedor, concedido na forma do art. 67, será o último a receber dentro desta classe, nos termos do art. 84, da Lei nº 11.101/2005.

3.1 PAGAMENTO DE OUTROS CREDORES DURANTE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Na recuperação judicial o devedor⁹⁶ poderá pagar⁹⁷ os demais credores concursais ou aqueles que não se sujeitam aos efeitos da recuperação, pois o crédito do financiador será pago nos termos da contratação havida⁹⁸, sem nenhum tipo de prioridade e sem que haja algum tipo de sanção ou ônus à recuperanda em caso de inadimplemento, a não ser a possibilidade de requerimento do credor da convocação da recuperação judicial em falência, nos termos da norma do art. 73, parágrafo único, já mencionado.

O financiador extraconcursal não quer cooperar com a falência, mas com a recuperação judicial, a fim de salvar a empresa e obter o retorno do seu investimento⁹⁹.

Dessa maneira, um dos primeiros obstáculos à extraconcursalidade, como incentivo ao financiamento de empresas em crise, é o fato de o financiador só ter

⁹⁶ Segundo o art. 64 da LRE o administrador da empresa em recuperação judicial permanece na condução da atividade empresarial, ainda que possa sofrer a fiscalização do administrador judicial ou do comitê de credores (se existente), exceto: (a) se possuir condenação penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores, ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; (b) se houver indícios veementes de ter cometido crime previsto na lei concursal; (c) se houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; ou (d) se tiver praticado algum das condutas descritas nas alíneas do inciso IV, como descapitalizar injustificadamente a empresa..

⁹⁷ Destaca-se que aqui está se considerando o pagamento por meio de qualquer disponibilidade de dinheiro em caixa, excluindo-se a possibilidade de pagamento por meio de recursos advindos do financiamento extraconcursal, visto que tal questão será analisada especificamente no próximo item do trabalho (“Destinação dos recursos provenientes do financiamento extraconcursal – 4.2)

⁹⁸ Segundo Carlos Henrique Abrão, o pagamento a esses credores será feito na medida em que a “empresa registra estabilidade e ganhos em escala [...], independente de formalidades, habilitações ou renegociações, pois terá como fonte o fluxo de caixa da empresa e os ganhos registrados durante a observação judicial”. (ABRÃO, Carlos Henrique. O sistema financeiro e a lei de recuperação empresarial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 2006, vol. 32, p. 327-332, abr./jun. 2006, p. 329).

⁹⁹ DIAMANTE, Thiago. **A par condicio creditorum e o tratamento diferenciado entre credores no plano de recuperação judicial**. 2017. 36 f. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p. 85.

prioridade em caso de falência, não havendo a previsão na legislação de qualquer tipo de privilégio do credor titular deste crédito durante a recuperação judicial.

Nesse sentido, a possível massa falida da empresa em recuperação judicial é a única garantia do credor extraconcursal¹⁰⁰.

A ausência de qualquer incentivo ao financiador extraconcursal da sociedade empresária, durante a recuperação judicial, também já foi levantada pela jurisprudência, cabendo mencionar recente julgado do TJSP¹⁰¹ em que se destaca o seguinte trecho:

O mesmo se depreende dos artigos 67 e 84, inciso V, da mesma Lei, segundo os quais os créditos constituídos durante a recuperação judicial são considerados extraconcursais, apenas e tão somente, no caso de decretação de falência. Antes disso, não se sujeitam a qualquer tipo de concurso ou preterição de pagamento.

Desse modo, diversos conflitos de interesses podem surgir entre os financiadores extraconcursais e os credores preexistentes, que se sujeitam à recuperação judicial do devedor¹⁰².

Isso porque os credores extraconcursais, embora não se sujeitem à recuperação judicial, não são totalmente alheios ao que acontece no procedimento concursal, como explica Simone Barros:

Por opção legislativa e de política pública, alguns créditos não se submetem à recuperação judicial. Mas o que isso significa? Apenas e tão somente que os contratos, as obrigações e, sobretudo, os prazos de pagamento desses créditos não serão atingidos pelo plano de recuperação judicial a ser apresentado pela devedora.

No entanto, sabemos que o processo de recuperação judicial não se resume à aprovação do plano. Ele, na essência, é um projeto de reestruturação da empresa e, como tal, interessa a todos os seus credores, sujeitos ou não ao plano.

Desse modo, quando a LRE fala em credor extraconcursal, ela apenas nos dá o limite entre credores sujeitos ou não ao concurso de credores no que diz respeito à nova proposta de pagamento da devedora. Mas isso não significa, de modo algum, que esses credores estejam, na realidade, completamente alheios ao concurso de credores¹⁰³.

¹⁰⁰ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 372.

¹⁰¹ “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Empresa submetida à recuperação judicial – Execução de crédito constituído após o deferimento da recuperação judicial – Não sujeição ao plano de recuperação judicial e seus efeitos - Inteligência do art. 49 da Lei de Falências (Lei 11.101/05)- Ressalva quanto aos atos de constrição de bens essenciais à própria atividade empresarial – Exceção ao princípio da universalidade – Prosseguimento da execução no juízo comum – Precedentes desta Corte e do STJ - Recurso improvido.”. (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, AI 2193507-96.2017.8.26.0000, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 14/12/2017).

¹⁰² DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 284.

¹⁰³ BARROS, Simone; AQUINO, Ana Carolina. Os direitos dos credores extraconcursais na recuperação judicial. **Revista Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 6, out./dez. 2017. Disponível

Assim, as tomadas de decisão pelo devedor, durante a recuperação judicial, podem influenciar a satisfação do crédito do financiador extraconcursal.

Inicialmente, a ausência de privilégio ao credor extraconcursal, durante a recuperação judicial, pode ser percebida pelo fato de os créditos contraídos pela recuperanda, antes de ajuizar o pedido de recuperação judicial ou durante o procedimento, via arrendamento mercantil ou com garantias fiduciárias, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, por força do art. 49, § 3º, da LRE¹⁰⁴.

A questão é que o credor proprietário poderá retirar bens da empresa (sendo vedada a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial)¹⁰⁵.

Nesse sentido, a retirada de bens da empresa pode ser desastrosa para o devedor. Assim, diante da necessidade de decidir pagar primeiro o credor proprietário ou o credor extraconcursal, sem garantia, o devedor escolherá pagar o credor proprietário, considerando-se que o risco para a empresa diante do inadimplemento é maior¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

¹⁰⁴ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

¹⁰⁵ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial**..., p. 285.

¹⁰⁶ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial**..., p. 285-294.

¹⁰⁷ Leonardo Adriano Ribeiro Dias comenta que a melhor solução em relação a esses créditos seria sujeitá-los aos efeitos da recuperação judicial, conferindo-lhes algum tipo de vantagem no plano de recuperação judicial. Alternativamente, menciona que esses créditos deveriam ao menos se sujeitar ao prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, para que a empresa tivesse condições de recompor o seu caixa (DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial**..., p. 294). Já Ivo Waisberg menciona que a lógica por trás do art. 49, § 3º só faz sentido no contexto falimentar, mas não na recuperação judicial, tendo em vista que o dispositivo diz respeito à posição do credor em relação ao bem, e que a diferenciação da posição jurídica só teria sentido na falência. Dessa forma, sugere o autor o fim dos créditos eventualmente não sujeitos à recuperação judicial com a criação de uma nova sistemática de classes e votação, a qual deveria abranger (i) a criação de duas novas classes, uma de credores detentores de garantias fiduciárias e outra para credores que têm direito a restituição na falência (como ACC); (ii) o estabelecimento de dinâmica de aprovação mais complexa, porém eficiente, como quóruns maiores de aprovação nessas classes; e (iii) no cômputo do cram down, deveria ser estabelecido um mínimo de quatro classes para o plano ser aprovado, sendo que ao menos um delas deveria ser uma das novas classes (WAISBERG, Ivo. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco. **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências**: reflexões sobre a reestruturação empresarial no

Destaca-se, inclusive, que o dito privilégio dos credores proprietários tem sido levantado como um dos maiores obstáculos para que a empresa em crise obtenha novos financiamentos extraconcursais¹⁰⁸⁻¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

Além dos credores proprietários, aprovado o plano de recuperação judicial, nos termos do art. 58 da LRE, o devedor deve começar a pagar os credores nos termos do plano de recuperação judicial homologado. É possível que o plano preveja um lapso temporal para que se iniciem os pagamentos (sendo que isso é o que normalmente ocorre), mas certo é que, em algum momento, os credores concursais terão que ser pagos. Caso inadimplida alguma obrigação prevista no plano de recuperação judicial, a consequência é a convolação da recuperação judicial em falência, conforme regra contida no art. 73 da LRE¹¹¹, já mencionado. Dessa

Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 199-209). Ver também: KATUDJIAN, Elias. Pela (Re)Inclusão dos Créditos Excluídos da Recuperação. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDO ANTONIO, Nilva M. **Direito recuperacional**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, vol II, 2012, p. 69-76.

¹⁰⁸ No ponto, cabe referir Ivo Waisberg: “[...] a existência desta plêiade de credores fora do ambiente negocial assemblar dificulta também a obtenção de recursos para a recuperação judicial (DIP financing), pois o privilégio estabelecido no art. 67 se torna pouco atrativo, uma vez que os financiadores que recebem o status de extraconcursais em eventual falência (esta sim uma extraconcursalidade real) terão de disputar tal posição com outros tantos credores, criando uma espécie de concurso entre extraconcursais e destes com não sujeitos. Neste cenário, torna-se difícil para os financiadores mensurar o risco real em caso de falência e, como corolário, resulta em alta na precificação ou em negativa de se financiar a recuperação judicial.”. (WAISBERG. **O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial...**, p. 201).

¹⁰⁹ Ver também: DIAMANTE, Thiago. O regime dos créditos bancários na falência e recuperação judicial. **Revista Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 7, jan./mar. 2018. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>>. Acesso em: 24 jun. 2018; DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 294; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; COLOMBO, Giuliano. Financiamento Para Empresas em Crise e o Caso Independência – Dificuldades Para Obtenção de Recursos e Oportunidades de Alto Retorno. **Newsletter da Turnaround Management Association do Brasil – TMA Brasil**, mar. 2010. Disponível em: <<https://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/financiamento-para-empresas-em-crise-e-o-caso-independencia>>. Acesso em: 12 fev. 2018: “Assim, além da ausência de normas regulatórias que estimulem, ou ao menos não criem desincentivos, a que instituições financeiras concedam novos financiamentos às empresas em recuperação judicial, a exclusão de créditos com garantia de alienação fiduciária e de ACCs têm se revelado obstáculos comuns para que o devedor obtenha novos recursos. Tudo a conspirar para que o devedor continue a se valer dos mesmos meios que utilizava na antiga concordata para tentar garantir a sobrevivência, um círculo vicioso que não contribui para uma eficaz utilização dos instrumentos de recuperação de empresas e à superação do preconceito acerca daqueles que pleiteiam a proteção de um pedido de recuperação judicial ou extrajudicial”.

¹¹⁰ Posição contrária é a de Fábio Ulhoa Coelho segundo o qual a intenção do legislador, ao prever a não sujeição desses credores à recuperação judicial, foi permitir que as instituições financeiras pratiquem juros menores, contribuindo a lei com a criação de um ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico (COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 184).

¹¹¹ Sobre a possibilidade, menciona-se recente julgado no TJRS: AGRADO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EM FALÊNCIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. DESCUMPRIMENTO DO PLANO APROVADO EM ASSEMBLEIA. INVIÁVEL A CONTINUIDADE DA ATIVIDADE

maneira, o devedor deverá preferir o pagamento dos créditos concursais em relação aos extraconcursais diante de uma situação de insuficiência de caixa¹¹².

O financiador de crédito extraconcursal, concedido durante a recuperação judicial, tem ainda de se preocupar com o passivo trabalhista e fiscal, o que, segundo Dias¹¹³, é outro fator que afasta investidores de empresas em recuperação judicial.

Os créditos trabalhistas, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, vencidos até a data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, deverão ser pagos dentro de 1 ano, segundo o art. 54, *caput*, da LRE¹¹⁴. Já os créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, até o limite de 5 salários mínimos, deverão ser pagos em até trinta dias (art. 54, parágrafo único, LRE¹¹⁵)¹¹⁶⁻¹¹⁷.

EMPRESARIAL. Preliminar afastada e recurso desprovido. (TJRS, Sexta Câmara Cível. AI n. 70073307449, Rel. Des. Elisa Carpin Corrêa, j. 23/11/2017).

¹¹² DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 287.

¹¹³ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 286.

¹¹⁴ Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

¹¹⁵ Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

¹¹⁶ Há divergência na doutrina a respeito de qual o marco inicial da contagem do tempo para o pagamento desses créditos. Segundo Bezerra Filho, o prazo deve começar a contar da data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, chegando-se a essa conclusão através de uma interpretação sistemática da Lei n. 11.101/05 e o Decreto-Lei 7.668/45. (BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 189). Já Mario Sergio Milani entende que deve ser da data da publicação da decisão que defere o processamento da recuperação judicial (MILANI. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada...**, p. 252), entendimento acompanhado por José da Silva Pacheco (PACHECO. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência...**, p. 156). Jorge Lobo, por sua vez, entende que deve ser contado o prazo para pagamento a partir da decisão que concede a recuperação judicial (LOBO, Jorge. Do plano de recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211), assim como Julio Kahan Mandel (MANDEL. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada...**, p. 123-124).

¹¹⁷ A jurisprudência também não possui entendimento consolidado. A título exemplificativo, duas decisões proferidas pelo TJSP, em 2018, com entendimentos distintos: “Recuperação judicial. Plano de recuperação. Homologação pela Assembleia Geral de Credores. Deságio aos credores quirografários de 30% e prazo de pagamento (à vista e em 24 meses a partir da homologação do plano) que não se mostram abusivos e não ultrapassam o limite do suportável, ainda considerando que a maioria reputa condizente com seus interesses e o pagamento será realizado no biênio de fiscalização. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Homologação pela Assembleia Geral de Credores. Ausência de previsão da incidência de juros e correção monetária. Juros que podem ser livremente dispensados pelos credores. Correção monetária, contudo, que representa mera recomposição do valor da moeda. Correção para a inclusão da atualização dos créditos a partir da homologação do plano e segundo a tabela prática desta Corte. Recuperação judicial. Plano. Disposição que impede o prosseguimento de ações contra coobrigados em geral, abrigando-os sob os efeitos da recuperação judicial. Ineficácia declarada de ofício. Jurisprudência consolidada nesse

Ou seja, o que se observa é que o pagamento dos créditos trabalhistas terá preferência em relação aos créditos dos financiadores, já que o pagamento dos primeiros está expressamente previsto em lei, ao passo que o dos investidores é estipulado com base em contrato entre as partes.

Já com relação aos débitos do Fisco, conforme a regra do art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005, as execuções fiscais não são suspensas com o deferimento do processamento da recuperação judicial, conforme já mencionado, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica, de forma que tais créditos não se sujeitam à recuperação judicial¹¹⁸⁻¹¹⁹.

sentido. Recuperação judicial. Previsão de prazo de pagamento aos credores trabalhistas que ultrapassa o critério mínimo estipulado no art. 54 da Lei de Recuperação e Falência. Termo inicial de um ano para o pagamento dos referidos credores que deve ser contado a partir da distribuição da recuperação judicial, não da sua concessão, como prevê o plano. Interpretação que deve ser mais benéfica ao trabalhador. Correção, de ofício, para determinar a incidência, na referida classe, de correção monetária a partir do momento em que seus créditos, segundo a lei, deveriam ser quitados, além de juros de 1% ao mês. Recurso parcialmente provido, com correção, de ofício, do plano.” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI nº 2003042-96.2018.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, j. 23/04/2018); “Recuperação judicial. Plano. Homologação. Aprovação pela maioria dos credores. Soberania. Cabimento do controle judicial no que diz respeito à legalidade, boa-fé e ordem pública. Alto deságio e longo prazo de pagamento, mas de acordo com capacidade financeira da empresa em recuperação. Validade. Precedentes. Plano aprovado que não alcança os coobrigados. Previsão de venda de UPI. Admissibilidade. Necessidade, no entanto, de fiscalização pelo juízo. Prazo de um ano da data da homologação do plano para o pagamento de créditos trabalhistas. Impossibilidade. Contagem a partir do ajuizamento do pedido de recuperação. Art. 54 da Lei nº 11.101/2005. Correção, de ofício, para determinar a incidência, na referida classe, de correção monetária e juros a partir do momento em que seus créditos, segundo a lei, deveriam ser quitados. Recurso improvido, com observações.” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI n. 2179122-46.2017.8.26.0000; Rel. Des. Augusto Rezende, j. 12/03/2018).

¹¹⁸ Toledo menciona que a Fazenda não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial diretamente, apenas indiretamente, na medida em que lhe é facultado conceder parcelamento de dívida, além de que a empresa, uma vez concedida a recuperação judicial, deve apresentar as certidões negativas de créditos tributários (ainda que haja flexibilização nesse sentido). Assim, entende o autor que, ainda que por via reflexa, a Fazenda se sujeita à recuperação judicial. (TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74). No mesmo sentido, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli comentam que embora não seja suspensa a execução fiscal pelo deferimento do processamento da recuperação judicial, a recuperação judicial pode vir a afetar o crédito tributário de duas maneiras> a primeira consiste na possibilidade de ser alienado bem imóvel da empresa na fase de processamento da recuperação, dispensando-se a apresentação de certidão negativa de débito tributário. A segunda maneira se consubstancia na possibilidade de o plano de recuperação judicial dispor sobre a venda parcial de bens ou a alienação das Unidades Produtivas Isoladas. (AYOUB; CAVALLI. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas...**, p. 51-52).

¹¹⁹ Todavia, como bem alertam Luis Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos, apesar de não haver a suspensão das execuções fiscais, o STJ entende, em alguns precedentes, que fica vedada a prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33), conforme se observa, por exemplo, no Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 120.642/RS, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha (“PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO

Nesse sentido, a não suspensão das execuções se torna um problema ao financiador na medida em que os débitos fiscais podem interferir na capacidade de pagamento do devedor, pelo fato deste escolher pagar os débitos fiscais antes dos credores extraconcursais, pois há o risco de o patrimônio ficar indisponível por força de medidas constritivas, adotadas pela Fazenda Pública nas execuções fiscais¹²⁰⁻¹²¹.

Ademais, durante a recuperação judicial pode haver o pagamento de credores que estão excluídos dos efeitos da recuperação judicial, previstos no art. 193, 194 e 199, Lei nº 11.101/05.

Os créditos, presentes no art. 193¹²² e 194¹²³ da LRE, se referem às obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviço de compensação e liquidação financeira.

As câmaras de compensação figuram como contraparte nas operações realizadas em seu âmbito¹²⁴. Realizado um negócio jurídico nessas câmaras, a relação jurídica se divide em duas já que a câmara atua como contraparte das

DA CONTROVÉRSIA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPATIBILIZAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. ATOS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL E ALIENAÇÃO DE ATIVOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Constatada a existência de jurisprudência dominante do Tribunal, nada obsta - e até se recomenda - que o relator decida, de plano, o conflito de competência. Aplicação do art. 120, parágrafo único, do CPC. 2. De acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, as execuções fiscais não se suspendem com o deferimento da recuperação judicial, ficando, todavia, definida a competência do Juízo universal para analisar e deliberar os atos constritivos ou de alienação, ainda quando em sede de execução fiscal, desde que deferido o pedido de recuperação judicial. 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, Segunda Seção, AgRg no CC n. 120.642/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, j. 22/10/2014).

¹²⁰ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 286.

¹²¹ Segundo Julio Kahan Mandel foi criada uma proteção injustificável à Fazenda com esse dispositivo, a qual seria prejudicial aos interesses da lei, visto que, na prática, o fato das execuções fiscais não se suspenderem leva à exclusão de tais créditos da recuperação judicial, sendo que o débito de natureza fiscal é, em grande parte das vezes, o maior débito da empresa em recuperação judicial. O autor ainda menciona que o fisco deveria abrir mão do seu privilégio na recuperação judicial, visto que ele é o maior interessado na manutenção da empresa, de modo que deveria se sacrificar mais para apoiar as recuperações judiciais. (MANDEL, Julio Kahan. Disposições comuns. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 134-135).

¹²² Art.193. O disposto nesta Lei não afeta as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos.

¹²³ Art. 194. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação financeira submetidos aos regimes de que trata esta Lei, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros de seus ativos objetos de compensação ou liquidação serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços.

¹²⁴ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 190.

partes originais¹²⁵. Dessa forma, havendo o inadimplemento de uma delas, isso não afetará a outra parte, na medida em que a câmara irá cumprir a obrigação e exigirá o que é devido da parte inadimplente¹²⁶.

A recuperação judicial de qualquer das partes não irá afetar o negócio jurídico celebrado nas câmaras, tendo em vista que as operações serão compensadas e liquidadas nos termos do regulamento específico de cada câmara, inclusive no tocante às garantias eventualmente dadas¹²⁷.

Cumprido dizer: a recuperação judicial de uma das partes não impedirá que a câmara cumpra a obrigação e então exija aquilo que lhe é devido da recuperanda¹²⁸, pois as obrigações estão excluídas dos efeitos da recuperação judicial¹²⁹.

Já os créditos do art. 199, §§ 1º e 2º, LRE¹³⁰, são aqueles oriundos de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves e seus componentes. Basicamente os contratos de locação, arrendamento mercantil e outros similares de aeronaves ou de suas partes serão cumpridos como disposto em suas cláusulas, independentemente da recuperação judicial da empresa atuante na navegação aérea¹³¹. Assim, se o contrato contiver cláusula que prevê a possibilidade de o arrendador rescindir o contrato e exigir a devolução da aeronave, em caso de recuperação judicial da arrendatária, esse direito não será suspenso, podendo,

¹²⁵ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 191.

¹²⁶ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 191.

¹²⁷ COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 553-554.

¹²⁸ Isso ocorre em razão da importância da preservação das operações e garantias celebradas nos âmbitos dessas câmaras, a fim de evitar riscos sistêmicos e assegurar o bom funcionamento dos mercados que operam. Para aprofundamento, ver: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Das disposições finais e transitórias. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 616-624 e DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 190-195.

¹²⁹ Sobre a não sujeição destes créditos à recuperação judicial, ver: TJMT, Primeira Câmara de Direito Privado, AI nº 74498/2009, Rel. Des. Marilsen Andrade Addario, j. 19/10/2009.

¹³⁰ Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. § 1º Na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o *caput* deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes. (Renumerado do parágrafo único com nova redação pela Lei nº 11.196, de 2005). § 2º Os créditos decorrentes dos contratos mencionados no § 1º deste artigo não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se lhes aplicando a ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

¹³¹ ADAMECK, Marcelo Von. Das disposições finais e transitórias. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 646.

portanto, haver a retirada de bens essenciais da empresa recuperanda¹³², ao contrário do que prevê, por exemplo, o art. 49, § 3º, LRE.

No ponto, cabe referir que os créditos previstos no art. 199 não irão interferir no pagamento dos credores extraconcursais na grande maioria das recuperações judiciais, visto que seria uma questão a ser analisada tão somente se a recuperanda fosse uma sociedade empresária no setor da navegação aérea.

Por fim, cabe mencionar que o financiador extraconcursal deverá avaliar, ainda, a existência de credores de adiantamento de contratos de câmbio (ACC), nos termos dos arts. 49, § 4º e 86, II, LRE, que possuem créditos, oriundos de linhas de crédito comercial destinadas a estimular as exportações¹³³, os quais não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial¹³⁴.

Conforme explica Bezerra Filho, nessas situações, o exportador brasileiro faz um contrato com um importador estrangeiro, prometendo a ele vender um determinado lote de mercadorias, por determinado valor, a ser entregue dentro de determinado prazo¹³⁵. Após, deve o exportador brasileiro “fechar” o contrato de câmbio com os bancos autorizados que nada mais é do que a promessa do exportador brasileiro de vender os dólares ao banco que receberá do importador estrangeiro¹³⁶. O autor destaca que isso é necessário porque o exportador brasileiro não é autorizado a receber moeda estrangeira diretamente do importador

¹³² COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 558.

¹³³ Nesse sentido, cabe trazer à tona julgado do TJRS: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE ADIANTAMENTO DE CÂMBIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO. 1. Os contratos de adiantamento de câmbio não se submetem ao Juízo da recuperação judicial, conforme art. 49, §4º c/c art. 86, II, da LRF. 2. Por conseguinte, descabida a determinação de liberação dos valores bloqueados nos autos da execução de título judicial proposta pelo agravante contra a recuperanda. Inteligência da Súmula 480 do STJ. RECURSO PROVIDO.”. (TJRS, Quinta Câmara Cível, AI n. 70076941251, Rel. Des. Isabel Dias Almeida, j. 25/04/18)

¹³⁴ Para Marcelo Alves Muniz a não sujeição desses créditos à recuperação judicial é uma medida necessária, de modo que uma possível alteração legislativa quanto ao ponto deve analisar dois fatores: (1) o primeiro é relativo à globalização, considerando-se que os mercados estão em permanente contato, pois diante do menor indício de desconfiança, o investidor institucional migraria para outros mercados; e (2) a necessidade de habilitação do credor de ACC ao processo de recuperação judicial provocaria o afastamento dos investidores e conseqüente desinvestimentos nas indústrias nacionais e, por conseqüência, crescimento menor ou nulo da nossa economia. Todavia, conclui o autor que esses créditos deveriam se sujeitar ao prazo de suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, tendo em vista que tal prazo foi criado justamente para que as empresas tivessem um tempo para se reorganizar. (MUNIZ, Marcelo Alves. In: COSTA. Daniel Carnio (Coord.). **Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Recuperação Judicial e Extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2015, vol. II, p. 91-92).

¹³⁵ BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 257.

¹³⁶ BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 257.

estrangeiro¹³⁷, o qual deverá fazer a remessa do valor através de um banco autorizado de seu país com quem o banco brasileiro “fechou” o contrato de câmbio¹³⁸. É comum nesses contratos que a instituição financeira adiante ao exportador importâncias que ele viria a receber do importador estrangeiro, no todo ou em parte¹³⁹.

Dizer que são créditos exigíveis de imediato significa que os contratos de ACC devem ser liquidados tão logo os recursos em moeda estrangeira sejam transferidos à recuperanda¹⁴⁰. Dessa maneira, o devedor se vê obrigado a pagar esses contratos tão logo entre a quantia em caixa, pois tem entendido a jurisprudência que é cabível o pedido de restituição dessas quantias mesmo da recuperação judicial¹⁴¹.

Contudo, a exclusão dos créditos, oriundos de ACC da recuperação judicial, é também trazida pelos autores como um dos obstáculos ao financiamento das empresas em crise¹⁴².

Mais uma vez, o devedor, diante da decisão de pagar o credor de ACC ou o credor extraconcursal, provavelmente, optará por pagar o primeiro, em razão do risco de inadimplemento do crédito de ACC ter efeitos mais prejudiciais à recuperanda¹⁴³ do que o existente em relação ao credor extranconcursal¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

¹³⁷ Conforme dispõe a Circular 3.691 de 16 de dezembro de 2016 do Banco Central do Brasil (BACEN). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Rex/legce/port/Circular3691.asp>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

¹³⁸ BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 257.

¹³⁹ CAMPINHO. **Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 409.

¹⁴⁰ SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 230.

¹⁴¹ A título exemplificativo, ver: STJ, Segunda Seção, AgRg no CC n.113.228, Rel. Min. Luís Felipe Salamão, j. 14/12/2011. Já em sentido contrário, ver: TJSP, N/A, AP n. 0081939-56.2010.8.26.0000, j. 10.08.2010. Todavia, a doutrina não é uníssona. Ver: JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. Classificação dos créditos no processo falimentar. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: doutrina e prática**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 251-252.

¹⁴² WAISBERG. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial..., p. 201; DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p. 294; PAIVA, Luiz Fernando Valente de; COLOMBO, Giuliano. Financiamento Para Empresas em Crise e o Caso Independência – Dificuldades Para Obtenção de Recursos e Oportunidades de Alto Retorno. **Newsletter da Turnaround Management Association do Brasil – TMA Brasil**, mar. 2010. Disponível em: <<https://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/financiamento-para-empresas-em-crise-e-o-caso-independencia>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁴³ Há jurisprudência no sentido de que a cobrança do crédito de ACC não se suspende durante o prazo de proteção de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, LRE, independentemente de da indispensabilidade dos recursos cobrados para à sociedade empresária. Ver: TJRS, Quinta Câmara Cível, AI n. 70067215673, Rel. Des. Leo Romi Pilau Júnior, j. 25/05/2016; TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado, AI n. 0053276-63.2011.8.26.0000, Rel. Des. Rebelho Pinho, j. 10/10/2011.

O que se pode aferir é que o problema existente em relação aos credores excluídos dos efeitos da recuperação judicial e aos credores que podem exigir de imediato os seus créditos é que isso prejudica o pagamento dos financiamentos extraconcursais concedidos, seja porque o devedor deixará de pagar o financiador extraconcursal em detrimento destes credores, seja porque o inadimplemento pode motivar a decretação da falência da recuperanda.

No contexto de ausência de prioridade ao crédito extraconcursal, durante a recuperação judicial, destaca-se, por fim, que, em que pese o crédito constituído depois de o devedor ter ingressado com o pedido de recuperação judicial esteja excluído de seus efeitos, o controle dos atos de constrição patrimonial relativos aos créditos ditos extraconcursais está vinculado às deliberações do juízo da recuperação judicial.

Assim já vem se posicionado a jurisprudência tanto dos Tribunais de Justiça¹⁴⁶ quanto do STJ¹⁴⁷.

¹⁴⁴ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial**..., p. 287.

¹⁴⁵ Destaca-se que estes créditos serão analisados novamente no tópico “Ordem de pagamento na falência” (item 3.3), quando se examinar as restituições em dinheiro.

¹⁴⁶ TJRS, Décima Câmara Cível, AI n. 70075836346, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 26/04/2018, assim decidindo: “Conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em que pese o crédito constituído depois de o devedor ter ingressado com o pedido de recuperação judicial esteja excluído do plano e de seus efeitos, a teor do art. 49, *caput*, da Lei nº. 11.101/2005, o controle dos atos de constrição patrimonial relativos aos créditos ditos extraconcursais está vinculado às deliberações do Juízo universal.”; TJRJ, Décima Quarta Câmara Cível, AI n. 0070393-52.2017.8.19.0000, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 07/03/2018, em que se entendeu: “No caso concreto, a sentença cujo cumprimento busca a parte agravada só foi proferida em maio de 2011, ou seja, quando do pedido de recuperação judicial, inexistia o crédito cuja satisfação almeja o exequente. Assim, o crédito executado sequer está sujeito à Recuperação Judicial noticiada, não havendo de se falar em suspensão do processo, tampouco em obstar o prosseguimento do cumprimento de sentença perante o Juízo a quo. Precedente do STJ. Por outro lado, a fim de preservar o direito creditório e a viabilidade do plano de recuperação judicial, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o controle dos atos de constrição patrimonial relativo aos créditos extraconcursais deve prosseguir no Juízo universal, haja vista que os atos de constrição ou de alienação devem ser submetidos àquele Juízo.”; TJSC, Segunda Câmara de Direito Comercial, AgRg nº 4021868-30.2017.8.24.0000, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 05/12/2017, julgando da seguinte forma: “Tratando-se de crédito constituído depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), está excluído do plano e de seus efeitos (art. 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005). Porém, a jurisprudência desta Corte tem entendido que, como forma de preservar tanto o direito creditório quanto a viabilidade do plano de recuperação judicial, o controle dos atos de constrição patrimonial relativos aos créditos extraconcursais deve prosseguir no Juízo universal”.

¹⁴⁷ “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MEDIDAS DE CONSTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. CRÉDITO EXTRACONCURSAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. São incompatíveis com a recuperação judicial os atos de execução proferidos por outros órgãos judiciais de forma simultânea com o curso da recuperação ou da falência das empresas devedoras, de modo a configurar conflito positivo de competência. 2. Tratando-se de crédito constituído depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), está excluído do plano e de seus efeitos (art. 49,

Ou seja, além de o financiador poder ter seu crédito pago depois dos demais credores sujeitos à recuperação judicial, este se sujeita às decisões do juízo universal, embora não faça parte do procedimento concursal.

Em suma, o que se observa é que a extraconcursalidade, prevista no art. 67 da LRE, está restrita à hipótese de convolação da recuperação judicial em falência, sendo que, durante a recuperação judicial, o financiador extraconcursal pode ter o pagamento do seu crédito postergado em relação ao pagamento dos demais credores sujeitos ou não à recuperação judicial.

Nesse cenário da recuperação judicial, é possível visualizar mais um obstáculo ao financiador: além de não possuir benefícios durante a recuperação, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, alguma regra que regule qual a destinação do dinheiro oriundo de financiamentos contraídos durante a recuperação judicial. Logo, o devedor pode utilizar o dinheiro do financiamento para pagar os demais credores sujeitos à recuperação judicial em detrimento da utilização do valor em atividades ou operações que sejam vantajosas à totalidade de credores e à própria manutenção da empresa.

É esta questão que se passará a analisar.

3.2 DESTINAÇÃO DOS RECURSOS PROVENIENTES DO FINANCIAMENTO EXTRACONCURSAL

Uma empresa em recuperação judicial precisa de dinheiro para várias finalidades.

Nesse sentido, um dos maiores problemas enfrentados por um possível investidor de empresa em crise está na possibilidade de o dinheiro que ele conceder à sociedade empresária ser usado para o pagamento de credores sujeitos à

caput, da Lei nº 11.101/2005). Porém, a jurisprudência desta Corte tem entendido que, como forma de preservar tanto o direito creditório quanto a viabilidade do plano de recuperação judicial, o controle dos atos de constrição patrimonial relativos aos créditos extraconcursais deve prosseguir no Juízo universal. 3. Franquear o pagamento dos créditos posteriores ao pedido de recuperação por meio de atos de constrição de bens sem nenhum controle de essencialidade por parte do Juízo universal acabará por inviabilizar, a um só tempo, o pagamento dos credores preferenciais, o pagamento dos credores concursais e, mais ainda, a retomada do equilíbrio financeiro da sociedade, o que terminará por ocasionar na convolação da recuperação judicial em falência, em prejuízo de todos os credores, sejam eles anteriores ou posteriores à recuperação judicial. 4. Agravo regimental improvido.” (STJ, Segunda Seção, AgRg nos EDcl no CC 136.571/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/05/17).

recuperação judicial, tendo em vista que a lei, ao prever a extraconcursalidade, não delimita a destinação dos recursos provenientes do financiamento extraconcursal.

Segundo Kischbaum, no curso da recuperação judicial, a empresa tem dois tipos de gastos¹⁴⁸: o primeiro é associado às despesas do curso ordinário da empresa, que são aqueles relacionados à continuidade do funcionamento da empresa¹⁴⁹. Já o segundo seria as despesas associadas ao curso extraordinário da empresa, como as ampliações em investimento ou novos projetos da empresa¹⁵⁰.

Nesse sentido, o dinheiro concedido pelo financiador extraconcursal deveria apenas servir somente a estas duas finalidades: a pagar despesas da empresa no curso ordinário – sendo que para saber quais são estas despesas seria necessário avaliar o histórico de custas e despesas da empresa –, e ao custeio de despesas extraordinárias, relacionadas a planos de investimento¹⁵¹.

A contratação de novos financiamentos, durante a recuperação judicial, inclusive o extraconcursal, não se submete ao mesmo juízo de legitimidade aplicável às contratações de financiamentos por sociedades solventes. Isso porque as decisões de financiamento de administradores de sociedades solventes possuem caráter discricionário dentro dos poderes que lhe são atribuídos pela Lei e pelo estatuto social¹⁵². No caso de empresas em crise econômico-financeira, o deferimento do processamento da recuperação judicial modifica os limites de alçadas e de competências dos administradores, considerando-se que o controle da sociedade adquire uma feição *sui generis*¹⁵³.

A lei concursal, entretanto, não prevê qual a destinação dos recursos.

Desse modo, há a possibilidade de a recuperanda utilizar o crédito recebido pelo financiamento extraconcursal para pagar os credores sujeitos à recuperação judicial, os quais já foram objeto de análise no subcapítulo anterior deste trabalho.

Isso ocorre porque, como regra, a primeira tarefa do gestor, na recuperação judicial, é gerar caixa suficiente para sobreviver no curto prazo, seja gerar caixa para pagar salários, seja gerenciar o capital de giro para evitar que os maiores credores da empresa, normalmente os bancos, iniciem com procedimentos formais de

¹⁴⁸ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 147.

¹⁴⁹ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 147.

¹⁵⁰ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 148.

¹⁵¹ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 148.

¹⁵² KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 127.

¹⁵³ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 127.

cobrança, o que pode acarretar, inclusive, na retomada dos bens dados em garantia, conforme já mencionado¹⁵⁴. Nesse cenário, não é difícil imaginar que o devedor, conseguindo crédito, o utilize para pagar essas despesas.

Todavia, além dessa possibilidade incorrer em tratamento não unânime entre os credores, também pode representar a existência de um conluio da recuperanda e os credores favorecidos com o financiamento, a fim de que estes apoiem a devedora quando da votação do plano de recuperação judicial¹⁵⁵. Um arranjo nesse sentido nem sempre será facilmente detectável ou evidentemente direcionado a favorecer um credor em detrimento dos demais¹⁵⁶, o que torna a prática ainda mais perigosa.

Assim, justa a preocupação do financiador extraconcursal de que o dinheiro por ele concedido não “evapore” tão logo ingresse na conta do devedor, mas sim que tais recursos sejam empregados de forma rentável¹⁵⁷, pois nenhum financiador, seja ele extraconcursal ou não, corre riscos sem que haja algum retorno, ainda mais em se tratando de uma sociedade em crise¹⁵⁸.

Uma alternativa que vem sendo adotada pelos financiadores, a fim de mitigar a possibilidade de dissipação do crédito concedido, é a imposição de cláusulas com compromissos financeiros, a fim de restringir limites de endividamento e estabelecer padrões de rentabilidade¹⁵⁹. Prevê-se também que o descumprimento de tais obrigações acarreta o vencimento antecipado da dívida¹⁶⁰.

Por fim, cumpre trazer à tona o art. 67 tal como está redigido na PL 10.220/2018, o qual, novamente, se transcreve:

Art. 67. Os créditos decorrentes de **obrigações contraídas pelo devedor no curso ordinário de seus negócios** (grifo nosso) após a distribuição do pedido de recuperação judicial, incluídos aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, na hipótese de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida nos art. 83 e art. 84.

Conforme se observa, a lei traz, em sua redação, a expressão “curso ordinário”, o que pode indicar a preocupação do legislador em delimitar qual a destinação dos recursos provenientes do financiamento extraconcursal.

¹⁵⁴ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como recuperar uma empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 123.

¹⁵⁵ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 148.

¹⁵⁶ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 148.

¹⁵⁷ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 137.

¹⁵⁸ SADDI. **Investimentos em empresas em recuperação...**, p. 78.

¹⁵⁹ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 81; 137-138.

¹⁶⁰ KIRSCHBAUM. **A recuperação judicial no Brasil...**, p. 82.

Dessa forma, a ausência de determinação, quanto à destinação dos recursos, provenientes do financiamento extraconcursal, se torna um ponto negativo a ser analisado pelo potencial financiador, visto que não possui a segurança necessária (dentro, é claro, dos riscos inerentes a uma recuperação judicial) para conceder crédito à empresa em crise, dada à incerteza quanto à finalidade do dinheiro fornecido.

Examinados os obstáculos enfrentados pelo financiador de empresas em crise, durante a recuperação judicial, é necessário verificar se a prioridade, concedida pelo art. 67, LRE, realmente pode assim ser considerada na falência.

Para tanto, passa-se à análise da ordem de pagamento na falência e, posteriormente, ao estudo dos créditos que são tidos como extraconcursais.

3.3 ORDEM DE PAGAMENTO NA FALÊNCIA

Um dos aspectos que deve ser levado em consideração, por parte de um financiador em potencial, para a concessão do crédito, é a sua situação diante de um eventual quadro de insolvência do possível financiado.

Dessa maneira, aquele que fornece crédito analisa, em primeiro lugar, se o devedor terá capacidade de pagar. Em segundo lugar, averigua-se o que acontecerá se a recuperação judicial não obtiver êxito e seja convocada a recuperação judicial em falência.

Nesse sentido, objetiva-se, nesse subcapítulo, estudar a ordem de pagamento dos créditos na falência¹⁶¹, a fim de examinar se a extraconcursalidade do crédito do financiador é realmente atrativa.

À primeira vista, no ordenamento jurídico brasileiro, o financiador teria prioridade em relação ao pagamento do seu crédito, uma vez que receberá antes de todos os credores concursais previstos no art. 83, da Lei nº 11.101/05. Assim, em um primeiro momento, a extraconcursalidade é um incentivo ao financiamento às

¹⁶¹ Cabe trazer as lições de Francisco Satiro de Souza Júnior: “A redação, entretanto, vaga e imprecisa, gera mais dúvidas que certezas no que se refere à ordem em que devem ser realizados os pagamentos. Daí a dificuldade que se vem enfrentando para estabelecer uma ordem definitiva de pagamentos a ser implementada na falência.” (SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 503). Nesse sentido, destaca-se que se optou-se por utilizar neste trabalho a ordem de pagamento que é utilizada pela maioria dos autores nas obras analisadas. Contudo, destaca-se que existem doutrinadores que entendem que a ordem seria outra, os quais serão analisados oportunamente ao longo deste subcapítulo.

empresas em recuperação judicial, dado que o crédito do financiador se enquadra na categoria de credores extraconcursais.

Ocorre que a Lei nº 11.101/05 estabelece uma ordem de pagamento dos créditos na falência, embora esta seja vaga e imprecisa¹⁶², a qual deve ser seguida pelo administrador judicial, que é o encarregado dessa atividade¹⁶³, sendo que os créditos extraconcursais, embora não se sujeitem ao concurso da falência, devem esperar e respeitar para receber o seu crédito.

Destaca-se que a ordem estabelecida pelo legislador deve ser observada obrigatoriamente, não se podendo admitir a possibilidade de credores de uma classe serem atendidos antes dos credores de uma classe pendente, assim como não se pode tolerar que credores da mesma classe recebam tratamento favorável em relação aos demais¹⁶⁴.

Conforme destacado por Francisco Satiro¹⁶⁵, em razão da ordem de pagamento ser um comando direcionado ao administrador judicial, a lei não menciona no art. 149 (que descreve a ordem de pagamento) a compensação prevista no art. 122, LRE, pois esta se opera automaticamente, nem os negócios jurídicos celebrados no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviço de compensação e liquidação (arts. 193 e 194, LRE), tendo em vista que também se dão automaticamente e fora do âmbito da falência.

Em ambos os casos, nenhum pagamento propriamente dito será realizado, pois não haverá desembolso de recursos da massa. Por isso, é possível concluir que a ordem do pagamento na falência é indiferente, pois a solução dos créditos é adstrita aos negócios jurídicos que lhe deram origem¹⁶⁶.

Contudo, é importante ter conhecimento a respeito desses créditos, visto que o financiador extraconcursal terá de esperar a solução desses valores para depois receber seus créditos.

¹⁶² SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 888.

¹⁶³ SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 888; SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 503.

¹⁶⁴ OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. **Classificação de créditos**. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências: falências, aspectos criminais e processuais penais, liquidação extrajudicial e falências transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2015, vol. III, p. 29.

¹⁶⁵ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 503-504.

¹⁶⁶ SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 738.

Para Scalzilli, Spinelli e Tellechea, após haverá a satisfação dos pedidos de restituição *in natura*, nos termos do art. 85, LRE¹⁶⁷. Conforme ensinam os autores, também não há nesse caso pagamento, uma vez que quem realiza o pedido de restituição não é credor, mas sim proprietário do bem que se encontra em posse do falido¹⁶⁸. Ademais, cronologicamente, é possível que, antes da efetivação da restituição, já tenha havido o pagamento dos créditos previstos no art. 150 e 151¹⁶⁹, a seguir mencionados.

Nos termos do art. 108, *caput*, da LRE¹⁷⁰, uma vez decretada a quebra o administrador judicial deverá promover a arrecadação dos bens e dos documentos que estão sob o poder do falido. Contudo, um bem de terceiro pode ser arrecadado conjuntamente com os demais, tendo em vista que todos os bens do falido devem ser arrecadados, mesmo que o terceiro prove no próprio ato ser o proprietário, não podendo o administrador judicial deixar de fazer a arrecadação, de forma que o proprietário deste bem deve se utilizar do pedido de restituição para reaver o bem¹⁷¹.

Os pedidos de restituição não visam salvaguardar o direito dos proprietários dos bens que não pertencem ao falido, mas sim a terceiros. Por isso, a medida não visa diminuir o patrimônio da massa, mas sim a devolver os bens que não pertencem a ela a seus legítimos proprietários, segundo Scalzilli, Spinelli e Tellechea¹⁷². Os autores concluem que se trata de “mecanismo de tutela do direito de propriedade constitucionalmente garantido¹⁷³”.

Ainda que não haja propriamente pagamento e nem retirada de bens da posse do falido, no caso das restituições *in natura*, entende-se que, assim como a compensação (art. 122, LRE) e os negócios jurídicos celebrados no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviço de compensação e liquidação (arts. 193 e 194,

¹⁶⁷ Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição. Parágrafo único. Também pode ser pedida a restituição de coisa vendida a crédito e entregue ao devedor nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento de sua falência, se ainda não alienada.

¹⁶⁸ SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 889.

¹⁶⁹ SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 889.

¹⁷⁰ Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias.

¹⁷¹ ALMEIDA, Marcus Elidius M. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 378.

¹⁷² SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 737.

¹⁷³ SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 737.

LRE), é importante para o financiador saber que haverá esse tipo de restituição antes do pagamento do seu crédito.

Após as restituições *in natura*, seguem-se as despesas pagas antecipadamente em virtude da necessidade de administrar a falência¹⁷⁴, inclusive os gastos tidos pela massa falida em razão da continuidade das atividades da empresa, tão logo exista dinheiro no caixa, nos termos do art. 150, LRE¹⁷⁵.

Conforme menciona Rachel Sztajn, há casos em que a interrupção imediata da atividade empresarial é mais prejudicial para os credores, trabalhadores e clientes do que a sua continuidade¹⁷⁶.

Nesse sentido, cabe ao juiz, ao decretar a falência, permitir ou não a continuidade da empresa, nos termos do art. 99, XI, Lei nº 11.101/05, por tempo determinado ou determinável, analisando a relação de custo e benefício da manutenção da atividade¹⁷⁷. O pedido de continuidade deve ser justificado pelo administrador judicial e aprovado pelo comitê de credores, caso existente.

Dessa forma, as despesas, que decorrerem da administração da falência ou da manutenção da atividade empresarial, devem ser pagas tão logo exista dinheiro em caixa¹⁷⁸, sob pena de não ser possível dar prosseguimento ao procedimento falimentar¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Para Marlon Tomazette, antes do pagamento dos créditos previstos no art. 150, LRE, deveriam ser pagos os créditos trabalhistas vencidos nos três meses anteriores à decretação de falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, previsto no art. 151, LRE, visto adiante. Isso porque o art. 151 menciona que o pagamento deve ser realizado tão logo haja dinheiro em caixa, além que o valor da dignidade da pessoa humana protegido pelo art. 151 deve ser melhor protegido do que a própria continuidade do processo, prevista no art. 150 (TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. 3, p. 528). No mesmo sentido: PERIN JUNIOR. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas...**, p. 189; NEGRÃO. **Manual de direito comercial e de empresa...**, vol. 3, p. 557.

¹⁷⁵ Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

¹⁷⁶ SZTAJN, Rachel. Do pagamento aos credores. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517.

¹⁷⁷ Adriana Valéria Pugliesi aduz que “[...] na hipótese de continuidade dos negócios da falida, o negócio deve mostrar-se rentável e ser separado do passivo da falência; ao contrário do que ocorre na Recuperação Judicial (em que a empresa “atividade” é preservada), pois na falência o que se pretende é possibilitar a venda em marcha do negócio.”. (PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 197)

¹⁷⁸ Sobre o significado de disponibilidade de caixa, refere Satiro: “Por fim, entenda-se por recursos disponíveis em caixa as quantias pecuniárias passíveis de utilização imediata e que não estejam vinculadas a despesas futuras indispensáveis. Nada impede, entretanto, que o administrador judicial, respeitando as demais disposições desta Lei, proceda à liquidação de ativos a fim de obter disponibilidade de recursos e assim fazer frente às despesas necessárias surgidas.”. (SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Do pagamento aos credores. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de;

Em seguida¹⁸⁰⁻¹⁸¹, vêm os créditos trabalhistas vencidos nos 3 meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 salários mínimos¹⁸²⁻¹⁸³ (art. 151, LRE¹⁸⁴).

Referido crédito constitui uma espécie de antecipação ao crédito trabalhista previsto no art. 83, I, LRE, cujo limite como privilegiado é de 150 salários mínimos¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. A mencionada antecipação será então descontada do valor devido ao empregado¹⁸⁷. Nesse sentido, o art. 151 não confere um “superprivilégio” ao crédito trabalhista, muito menos cria uma classe de credores¹⁸⁸.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 510).

¹⁷⁹ FRANCO; SZTAJN. **Falência e Recuperação de Empresas em Crise...**, p. 199.

¹⁸⁰ Observa-se que Ricardo Negrão, ao contrário do restante da doutrina, não diferencia a ordem de pagamento entre os credores do art. 150 e 151, LRE. Inclusive, nota-se que o autor, ao mencionar o pagamento desses créditos, sempre menciona primeiramente os créditos trabalhistas, e após as despesas indispensáveis da massa (NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas e falência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 3, p. 560-562).

¹⁸¹ Para Amador Paes de Almeida, os créditos trabalhistas deveriam ser pagos juntamente com os créditos extraconcursais, após as restituições em dinheiros, previstas no art. 86, LRE (ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79). No mesmo sentido: LIMA, Sérgio Morão Corrêa. Arts. 83 a 86. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 568.

¹⁸² Fábio Ulhoa Coelho adverte que a regra só se aplica aos créditos trabalhistas providos da natureza de salário. Dessa forma, se o falido não tiver pago férias, décimo terceiro salário, FGTS, etc., estes créditos não poderão ser objeto de antecipação e só serão atendidos quando do pagamento dos credores concursais (art. 83) (COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 513).

¹⁸³ Campinho e Coelho sustentam que a antecipação referida no art. 151 estará sempre condicionada à existência de recursos na massa ao pagamento das restituições em dinheiro e dos credores extraconcursais. Assim, se o administrador judicial puder calcular que os recursos da massa não serão suficientes para o pagamento desses credores, não deverá fazer a antecipação (CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 409; COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 513). Completa Francisco Satiro de Souza Júnior que nada impede que o pagamento referido no art. 151, LRE, seja parcial, na medida da capacidade da massa, diante da conclusão do administrador de que não haverá dinheiro suficiente para o rateio das restituições em dinheiro e dos credores extraconcursais (SOUZA JÚNIOR. **Do pagamento aos credores...**, p. 512).

¹⁸⁴ Art. 151. Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

¹⁸⁵ PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

¹⁸⁶ Trata-se, inclusive, de uma medida necessária para conter a crise econômica que é gerada com a declaração da falência sob ponto de vista do trabalhador, dada a natureza alimentar do salário recebido por ele (HUSNI, Alexandre. Do pagamento aos credores. In: DE LUCCA, Newton: SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 557; COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 12. ed., p. 513).

¹⁸⁷ Em sentido contrário, Ricardo Negrão ensina que: “Assim, não há que se promover o desconto do valor anteriormente recebido a título de pagamento antecipado. O trabalhador receberá até 5 salários mínimos se tiver trabalhado na empresa falida e fizer jus as verbas estritamente salariais relativas aos últimos três meses que antecederem à falência. Habilitará até 150 salários mínimos na classe trabalhista, pelo montante de qualquer natureza que lhe for devido pela legislação trabalhista [...]”

A opção do legislador em limitar a prioridade a 3 meses e o total de 5 salários mínimos serve, segundo Sztajn, para inibir uma prática comum no antigo regime da concordata: contratava-se familiares dos administradores em períodos próximos ao pedido de falência, com elevados salários que, dada a prioridade do crédito trabalhista, exauriam o caixa da empresa rapidamente, não restando dinheiro aos demais credores¹⁸⁹.

Em sequência, haverá o pagamento dos pedidos de restituições em dinheiro¹⁹⁰ que tem como fundamento alguma das hipóteses do art. 86, como o adiantamento dos contratos de câmbio (ACC), crédito que, além de poder ser exigido de imediata na recuperação judicial, possui preferência na falência¹⁹¹.

(NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas e falência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 3, p. 564-565). Ou seja, para o autor não há desconto, visto que as verbas do art. 151 são de natureza distintas das verbas do art. 83, I, LRE.

¹⁸⁸ SOUZA JÚNIOR. **Do pagamento aos credores...**, p. 511-512.

¹⁸⁹ SZTAJN. **Do pagamento aos credores**, p. 518-519.

¹⁹⁰ A respeito da preferência das restituições em dinheiro em relação aos créditos extraconcursais, há discussão na doutrina. Fábio Ulhoa Coelho menciona que “são duas as espécies de créditos extraconcursais: os relacionados à administração da falência e as restituições em dinheiro. A primeira espécie tem preferência sobre a segunda, de modo que somente são atendidos os titulares de direito às restituições em dinheiro depois do pagamento dos credores da massa caso sobre recurso” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial...**, 2. ed., p. 357). No mesmo sentido Francisco Satiro: “Já no que concerne à eventual ordem de prioridade de pagamento entre os créditos extraconcursais do art. 84 e as restituições em dinheiro do art. 86, a questão, a meu ver, não possui solução a partir de uma interpretação literal. Há quem defenda que a redação do *caput* do art. 149, ao mencionar primeiro as restituições e só depois os créditos do art. 84, determinaria assim a ordem a ser seguida. Não me parece, no entanto, que essa seja a mais apropriada solução hermenêutica. Primeiro, porque se quisesse enfatizar uma ordem a ser necessariamente seguida, o legislador o teria feito de modo expresso, como o fez nos arts. 140 e 39. Além disso, existem outros casos na Lei 11.101/2005 em que a ordem de apresentação dos itens não representa necessária prevalência de um sobre o outro, do que é exemplo claro o art. 47 (quanto aos objetivos da recuperação judicial), mas também o art. 21 (sobre aqueles que podem ser nomeados como administrador judicial), art. 24 (critérios para definição da remuneração do administrador judicial), etc. [...] Nesse sentido, sob o ponto de vista axiológico, parece incontestável que os créditos referidos no art. 84 protegem o interesse da massa, e por consequência (sic), tendem a preservar a unidade produtiva e o valor dos seus ativos em benefício da coletividade de credores, enquanto, por outro lado, a restituição em dinheiro opera somente no benefício pessoal do credor, fato esse que deve ser ponderado no momento de se estabelecer – se necessário – uma ordem de prioridade entre eles, o que fugiria ao escopo deste trabalho” (SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 505). Em sentido contrário, ver: SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 738.

¹⁹¹ Sobre o procedimento, esclarece Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn: “O pedido, da mesma forma que quaisquer outros em que a massa falida seja parte, é atuado em apartado, com a intimação do comitê de credores, se existir, dos credores, do administrador judicial e do falido para que sobre ele se manifestem em 5 dias. Uma vez contestado (qualquer manifestação contrária à restituição equivale à contestação), caso necessário, é designada audiência de instrução e julgamento. Inexistindo provas a produzir, o juiz julgará de plano o pedido, ordenando, quando procedente, a devolução dentro do prazo de 48 horas (cf. art. 88 da LRE), desde que pagos os créditos a que faz menção o art. 15 da LRE e feito o ressarcimento à massa falida ou de quem detinha a coisa reclamada das despesas de conservação (art. 92 LRE)”. Ainda mencionam as autoras que caso a ação seja julgada improcedente, só cabe ao autor habilitar seu crédito na falência, nos termos do art. 89, LRE. Ademais, o recurso cabível é o de apelação, sem efeito suspensivo (art. 90,

As hipóteses de restituição em dinheiro estão previstas no art. 86 da LRE¹⁹² e correspondem a situações em que a coisa arrecada, em poder do falido, não pode ser restituída ao seu proprietário, em razão da massa já ter alienado referido bem. Desse modo, a fim de garantir que o proprietário não fique no prejuízo, a lei permite que a restituição do valor da coisa se dê em dinheiro.

Para parte da doutrina, tal medida deveria ser vista como exceção à regra geral, sob pena de generalizar toda e qualquer circunstância e reduzir o capital da massa falida¹⁹³, de forma que não sobraria dinheiro para o pagamento dos demais credores, dentre eles o financiador extraconcursal.

O inciso I traz a primeira possibilidade de restituição em dinheiro, caso a coisa não mais existir à época do pedido de restituição, seja porque foi vendida, seja porque se perdeu, ou porque inexistente por qualquer outra razão, desde que ela tenha sido inicialmente arrecada ou estivesse em poder do devedor na data de decretação da falência.

Ou seja, trata-se de hipótese em que a coisa deveria ser restituída pela via ordinária, nos termos da regra do art. 85, *caput*, LRE. E, diante da impossibilidade de isso ocorrer, a solução é que haja a restituição em dinheiro. Porém, destaca-se que não é possível que haja a restituição em dinheiro de coisa que deveria ter sido restituída pela via extraordinária¹⁹⁴⁻¹⁹⁵ conforme o art. 85, parágrafo único, LRE¹⁹⁶.

LRE). Por fim, caso não haja dinheiro para restituir todos os reivindicantes, em caso de restituições em dinheiro, deve ser feito o rateio, nos termos do art. 91, LRE” (FRANCO; SZTAJN. **Falência e Recuperação de Empresas em Crise...**, p. 165-166).

¹⁹² Art. 86. Proceder-se-á à restituição em dinheiro: I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado; II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente; III – dos valores entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé na hipótese de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136 desta Lei. Parágrafo único. As restituições de que trata este artigo somente serão efetuadas após o pagamento previsto no art. 151 desta Lei.

¹⁹³ ABRÃO, Carlos Henrique. Do pedido de restituição. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314.

¹⁹⁴ Os requisitos apontados pela doutrina para esse pedido de restituição, de forma sistemática, são: (1) ter ocorrido a venda a crédito, uma vez que se a venda for à vista não há o que restituir; (2) a entrega da coisa tenha se dado no período compreendido nos 15 (quinze) dias anteriores ao pedido de falência (o prazo de 15 dias deve ser contado da efetiva entrega da coisa ao falido e não do ato de remessa, nos termos da súmula 193 do STF); e (3) que a coisa ainda não tenha sido alienada quando da decretação da quebra ou que o pedido de restituição seja realizado junto ao juízo falimentar antes da venda judicial do bem (SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 746-747; ALMEIDA. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências...**, p. 378).

A segunda hipótese trata da restituição dos valores entregues ao devedor a título de adiantamento de contratos de câmbio (ACC), cuja caracterização já foi estudada no item 3.1 deste trabalho.

Destaca-se que há uma limitação ao final do inciso, quanto ao prazo total da operação em ACC para legitimar o pedido de restituição, o qual não pode exceder o previsto nas normas específicas da autoridade competente, inclusive com as prorrogações. Caso não houvesse essa limitação, o ACC passaria a ter a conotação de uma operação financeira e não mais de um adiantamento sobre uma promessa de venda de moeda estrangeira¹⁹⁷.

Para Campinho¹⁹⁸, o objetivo da lei é ampliar a exportação de produtos nacionais, com o barateamento do financiamento respectivo. A possibilidade de restituição visaria então a contribuir para a redução do risco de não recebimento do valor pela instituição financeira das importâncias adiantadas, de forma que o banco poderia cobrar taxas de juros reduzidas em relação àquela que seria necessária caso não tivesse essa previsão legislativa¹⁹⁹.

Já o inciso III, do art. 86, traz a terceira hipótese de restituição em dinheiro e trata da restituição dos valores²⁰⁰ entregues ao devedor pelo contratante de boa-fé no caso de revogação ou ineficácia do contrato, conforme disposto no art. 136, LRE²⁰¹.

É oportuno mencionar ainda o parágrafo único do art. 86 da LRE. Este artigo deixa explícito que as restituições em dinheiro deverão ser pagas após os créditos

¹⁹⁵ Já quanto ao objetivo do dispositivo, Fábio Ulhoa Coelho leciona que é a proteção da boa-fé, a qual deve estar presente nas práticas empresariais. Isso porque na véspera da quebra, os representantes da empresa já saberiam que dificilmente poderão honrar novos compromissos, de forma que ao aceitar remessas de mais mercadorias de fornecedores, estariam agindo presumivelmente de má-fé (COELHO. **Comentários à Lei de Falências...**, 2. ed., p. 337).

¹⁹⁶ Scalzilli, Spinelli e Tellechea asseveram que caso o bem já tenha sido vendido antes da falência ou tenha sido alienado judicialmente na falência, caberá ao credor se habilitar na falência, já que não se aplica o inciso I do art. 86, LRE ao parágrafo único do art. 85. (SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 746-747).

¹⁹⁷ SALLES. **Do pedido de restituição...**, p. 388.

¹⁹⁸ CAMPINHO. **Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 409.

¹⁹⁹ CAMPINHO. **Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 409.

²⁰⁰ Entende-se que a abrangência do termo valores abarcaria, além do dinheiro, também bens (SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 752).

²⁰¹ Sobre a hipótese do inciso III, complementa Salles: “Neste inc. III deste art. 86, o legislador traz à colação um dos efeitos da sentença na ação revocatória que, determinando o retorno das partes à situação anterior, fará com que o contratante de boa-fé passe a ser então terceiro proprietário, quer do bem que possa haver utilizado como meio de pagamento do fato revogado, quer credor de importância em dinheiro entregue ao devedor pela mesma razão; à primeira hipótese, aplica-se o pedido de restituição de coisa em poder do falido, se ali ela ainda estiver, caso não esteja em poder do falido, o credor passa à restituição em dinheiro” (SALLES. **Do pedido de restituição...**, p. 389).

trabalhistas previstos no art. 151, LRE, já examinados. Com isso, acabou-se com as divergências jurisprudenciais²⁰² existentes até a edição da lei, uma vez que havia várias decisões sedimentando o entendimento de que as restituições deveriam ser pagas antes de qualquer crédito, até mesmo daqueles de natureza trabalhista²⁰³.

Destaca-se, por fim, que, se os bens da massa não forem suficientes para pagar os créditos ora examinados, estes simplesmente não serão plenamente satisfeitos, uma vez que não se permite, mesmo na situação de continuação do negócio a que se refere o inc. XI do art. 99, LRE²⁰⁴, a responsabilização subsidiária pelo pagamento do falido, administrador judicial, comitê de credores, etc., salvo o caso de responsabilização pessoal explícita²⁰⁵. Se o ativo realizado acabar quando das restituições em dinheiro, por exemplo, os credores extraconcursais não receberão, dentre eles o financiador.

Os créditos extraconcursais seriam pagos após as restituições em dinheiro.

O que pode ser observado é que o privilégio da extraconcursalidade, previsto no art. 67, LRE, não é efetivo, visto que sofre sérias mitigações quando confrontado com as demais regras da legislação concursal que dispõem sobre a ordem de pagamento dos credores na falência.

Logo, nota-se que a extraconcursalidade do credor financiador não é absoluta, quando analisada juntamente com os demais dispositivos na legislação que determinam a ordem de pagamento na falência. O credor financiador terá de esperar a solução de diversos créditos antes de receber o seu – sendo que, muitas vezes, o ativo do falido não será suficiente para o pagamento.

Todavia, o financiador extraconcursal se vê diante de mais um obstáculo ao pagamento do seu crédito na falência: a própria ordem de pagamento existente dentro da classe dos credores concursais, a qual será analisada em seguida.

²⁰² A título exemplificativo, julgado do STJ assim ementado: “COMERCIAL. CONCORDATA. CONTRATO DE CÂMBIO. RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS ADIANTADAS. SÚMULA Nº 133/STJ. PREFERÊNCIA COM RELAÇÃO AO CRÉDITO TRABALHISTA. PRECEDENTES. - “A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.” (Súmula nº 133/STJ). - Os valores devidos a título de restituição de adiantamento de contrato de câmbio devem ser pagos antes dos créditos trabalhistas. - Recursos especiais não conhecidos.” (STJ, Quarta Turma, REsp 227.708/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21/03/2000).

²⁰³ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas:** confrontada e breves anotações. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 99.

²⁰⁴ Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: XI – pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art. 109 desta Lei.

²⁰⁵ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 370.

3.4 EXCESSO DE EXTRAONCURSALIDADE

Passada a análise da ordem de pagamento do crédito, é preciso então averiguar como o pagamento do credor extraconcursal, que financia a empresa em crise, será feito dentro da própria classe dos credores extraconcursais. Desse modo, o que se objetiva neste ponto é examinar se a extraconcursalidade, quando estudada dentro da classe de credores extraconcursais, oferece incentivos adequados sob o ponto de vista do financiador.

Da simples leitura do art. 84 já é possível notar que o crédito, resultante do financiamento contraído pelo devedor, durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 da Lei nº 11.101/05, é, de acordo com o art. 84, aquele de mais baixa prioridade de recebimento dentro da classe dos extraconcursais, estando no inciso V do dispositivo:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – **obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei**, (grifo nosso) ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Desse modo, antes de serem pagos os financiamento extraconcursais, concedidos ao falido, enquanto ele estava em recuperação judicial, serão pagos: (1) remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares²⁰⁶⁻²⁰⁷⁻²⁰⁸ e créditos

²⁰⁶ Para Carlos Henrique Abrão, a extraconcursalidade desses créditos se dá em razão do papel de relevo desempenhado pelo administrador judicial e seus auxiliares para o bom andamento do procedimento (ABRÃO. **Do pedido de restituição...**, p. 310). Julio Kahan Mandel complementa, referindo que a Lei nº 11.101/05 veio para consertar uma injustiça existente no regime concursal anterior, em que o síndico trabalhava de graça por muitos anos, muitas vezes não recebendo sua remuneração nem mesmo ao final do processo (MANDEL. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada...**, p. 163). Todavia, como bem alerta José da Silva Pacheco, só se incluem nessa hipótese os auxiliares que prestarem serviços para a massa, excluindo-se aqueles que tiverem sido contratados pelo administrador judicial para a defesa de seus interesses, ainda que relacionados à falência (PACHECO. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência...**, p. 370).

derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, relativos a serviços prestados após a decretação da falência²⁰⁹; (2) quantias fornecidas à massa pelos credores²¹⁰⁻²¹¹⁻²¹²; (3) despesas com a arrecadação, administração e realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo falimentar²¹³⁻²¹⁴; e (4) custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida foi vencida²¹⁵.

A respeito do rol mencionado, há divergência na doutrina sobre se é exemplificativo ou exaustivo.

²⁰⁷ A remuneração do administrador judicial pode ser adiantada, na forma daquilo que for determinado e fixado pelo juiz, sempre em atenção à capacidade da massa (CAMPINHO. **Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 433).

²⁰⁸ Ademais, vale lembrar que a remuneração do administrador judicial só será feita por completo quando houver a aprovação de suas contas e do relatório final da falência. Até lá, 40% do total de sua remuneração deverá ficar reservado (SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência...**, p. 894, nota 3042; SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 372).

²⁰⁹ Embora sejam créditos de natureza trabalhista, não se aplica o limite de 150 salários mínimos, visto que tal limitação é aplicável somente aos créditos concursais, na forma do art. 83, I, LRE (BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 247).

²¹⁰ Segundo Bezerra Filho, neste inciso a lei disse menos do que pretendia. Nesse sentido, refere o autor que qualquer pessoa que fornecer dinheiro à massa, inclusive um financiador não credor, por exemplo, terá direito de ver seu crédito classificado no inciso II (BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 247).

²¹¹ Jorge Lobo entende que “as quantias fornecidas às empresas em recuperação a título de mútuo financeiro, financiamento, abertura de crédito em conta corrente, empréstimo de capital de giro ou qualquer outro título terão prioridade sobre os créditos mencionados no art. 84, III a V [...]” (LOBO. Do plano de recuperação judicial. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, p. 242). Nota-se que o autor equipara as obrigações contraídas pela empresa em recuperação judicial, nos termos do art. 67, caput, LRE, às quantias fornecidas à massa pelos credores. Contudo, como salientar Leonardo Adriano Ribeiro Dias, o inciso II do art. 84 é claro que referir que estão incluídas apenas as quantias fornecidas à massa falida, e não à recuperanda (DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.185).

²¹² Ademais, os valores referidos no inciso II do art. 84 não devem ser confundidos com aqueles despendidos pelos credores para ingressar no processo falimentar, como custas de habilitação de crédito, tendo em vista que não são despesas reclamáveis (SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 374).

²¹³ Entende-se que a extraconcursalidade dessas despesas se faz necessária para o regular prosseguimento do procedimento falimentar, visto que sem a extraconcursalidade não haveria como prosseguir da quebra até a liquidação. (ABRÃO. **Do pedido de restituição...**, p. 311).

²¹⁴ Para Campinho, o conceito de “custas do processo de falência” deve ser o mais amplo possível, a fim de abranger todos os gastos com os atos do processo falimentar, tais como publicações de editais em jornais, além das despesas que o credor que requereu a falência tiver despendido, já que realizadas em proveito da totalidade de credores. (CAMPINHO. **Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 433).

²¹⁵ De acordo com Bezerra Filho, o administrador judicial não deve pedir a concessão da gratuidade da justiça alegando que a massa falida não possui dinheiro para arcar com as despesas processuais, bastando referir que não está juntando guia de custas, pois estão serão recolhidas se ocorrer a situação do inciso IV do art. 84, LRE. (BEZERRA FILHO. **Lei de Recuperação de Empresas...**, p. 247-249). Carlos Henrique Abrão complementa, ao referir que a falência por si só não presume a hipossuficiência da massa falida em arcar com as custas processuais (ABRÃO. **Do pedido de restituição...**, p. 312). Já Gladston Mamede entende que a própria condição da massa falida demonstra a necessidade e a conveniência da concessão da gratuidade da justiça (MAMEDE. **Direito empresarial brasileiro...**, p. 433).

Fábio Ulhoa Coelho²¹⁶ assevera que é exemplificativo, listando outras despesas que não estão previstas no art. 84, que também seria extraconcursais, tais como gastos com a organização e a realização da assembleia geral de credores, publicação de aviso em jornal de grande circulação, etc.

Já Francisco Satiro de Souza Júnior²¹⁷ e Scalziili, Spinelli e Tellechea²¹⁸ entendem que se trata de um rol fechado, posicionamento que parece ser também o da jurisprudência²¹⁹ (e que, sob o ponto de vista do financiador extraconcursal, é mais benéfico).

A despeito disso, não há dúvidas quanto à necessidade de seguir a ordem de pagamento prevista no artigo, conforme se observa no comando contido no *caput* do art. 84, LRE (“na ordem a seguir”).

A doutrina²²⁰ menciona que a ordem legal não foi estabelecida por acaso e deve ser seguida independentemente de interpretações diversas. Assim, os créditos de uma classe extraconcursal só podem ser satisfeitos se não houver créditos da classe anterior para pagar²²¹.

Há, portanto, classes preferenciais de créditos extraconcursais²²².

Sobre o assunto, são as lições de Francisco Satiro:

A classificação como extraconcursal, entretanto, não autoriza o pagamento indiscriminado desses créditos na medida em que vão surgindo. Como visto, o legislador explicitou que existe, sim, uma ordem de prioridade para pagamento das despesas extraconcursais relacionadas neste artigo. Assim, a não ser que haja certeza de sobra de recursos para satisfação de todos os créditos extraconcursais, deve o administrador realizar os pagamentos todos num único momento, aplicando as regras de rateio, prioridade e respeitando eventuais reservas (se cabíveis).²²³

Percebe-se que não há, como regra, rateio entre os credores de cada inciso, mas sim rateio dentro de cada inciso, isto é, entre os credores que estão incluídos

²¹⁶ COELHO. **Comentários à Lei de Falências**..., 12. ed., p. 330-331.

²¹⁷ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos**..., p. 367.

²¹⁸ SPINELLI; TELLECHEA; SCALZILLI. **Recuperação de Empresas e Falência**..., p. 894, nota 3041.

²¹⁹ A título exemplificativo, ver: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI n. 2024650-53.2018.8.26.0000; Rel. Des. Hamid Bdine, j. 30/05/2018; TJPR, 18ª C.Cível, AI n. 1469419-2, Rel. Des. Espedito Reis do Amaral, j. 07/12/2016.

²²⁰ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial**..., p.184.

²²¹ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos**..., p. 371.

²²² MAMEDE. **Direito empresarial brasileiro**..., p. 432. No mesmo sentido: OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Recuperação empresarial: nova lei de falências e novo direito penal falimentar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93.

²²³ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos**..., p. 372.

dentro de determinado inciso. Todavia, haverá rateio proporcional entre os credores extraconcursais se os recursos forem insuficientes para pagamento integral dos créditos²²⁴.

Logo, observa-se que existem “concursos paralelos para os créditos extraconcursais”²²⁵ e que, embora sejam créditos denominados extraconcursais, são créditos sujeitos a um concurso dentro da sua própria classe, pois o legislador estabeleceu taxativamente uma ordem de preleção para pagamento²²⁶.

Ainda conforme parte final do inciso V, do art. 84, serão apurados todos os créditos negociais surgidos durante a recuperação judicial, juntamente com os derivados de atos jurídicos praticados após a falência e os créditos fiscais relativos a fatos geradores ocorridos após a quebra²²⁷. Após a verificação desses créditos, eles serão classificados de acordo com a ordem estabelecida pelo art. 83, para só então serem pagos.

Desse modo, caso haja dois credores que financiaram a empresa em recuperação judicial, mas um deles possuía garantia real enquanto o outro era quirografário, o primeiro será pago antes do segundo²²⁸.

Aqui se mostra relevante, portanto, a discussão para saber qual a abrangência da extraconcursalidade, abordada no item 2.2 deste trabalho, na medida em que, a depender do tipo de crédito constituído, durante a recuperação judicial, este terá preferência de recebimento em relação ao financiador extraconcursal.

²²⁴ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 372.

²²⁵ FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência...**, p. 454.

²²⁶ SOUZA JÚNIOR. **Da classificação dos créditos...**, p. 380.

²²⁷ Para Mandel, o pagamento dos créditos fiscais de fatos geradores ocorridos após a decretação da quebra tem sentido de ser por dois motivos: o primeiro é que não seria justo com as demais empresas concorrentes no mercado, visto que, enquanto estariam tendo de se preocupar com o pagamento de alta carga tributária, a massa falida estaria operando, quando assim determinasse o juiz d=na decisão da quebra, com isenção de impostos. Já a segunda razão é que se a falida não consegue gerar recursos suficientes para pagar as obrigações fiscais, as quais são elementares para qualquer tipo de sociedade, talvez seja o caso de fechar a empresa por completo, não mantê-la funcionando (MANDEL. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada...**, p. 163). A dúvida surge quando se analisa tal dispositivo em relação aos créditos fiscais. A doutrina tem sustentado que no pagamento com preferência dos créditos tributários primeiro deverá ser pago o crédito propriamente dito, e depois as multas, assim como preconiza o art. 83, incisos III e VII, LRE. (JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. **Classificação dos créditos no processo falimentar**. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: doutrina e prática**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 251). Todavia, para Lima estão excluídos do pagamento na forma desse dispositivo as multas e as penas pecuniárias decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias (LIMA. Arts. 83 a 86. **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas...**, p. 580).

²²⁸ DIAS. **Financiamento na Recuperação Judicial...**, p.185.

Nota-se que há, dessa forma, uma ordem de classificação dos créditos extraconcursais nos mesmos moldes dos créditos concursais, previstos no art. 83²²⁹.

Observa-se que a extraconcursalidade do financiador extraconcursal não é atrativa, mesmo se analisada dentro da sua própria classe.

Dessa forma, averiguando-se tão somente a classe de credores extraconcursais na qual o financiador da empresa em crise está incluído, é possível perceber que a extraconcursalidade, conferida pela lei, não é, por si só, um incentivo à concessão de crédito. Isso porque o financiador extraconcursal será o último a receber dentro da sua classe, tendo de esperar o pagamento de outros 4 (quatro) tipos de credores extraconcursais – e, muitas vezes, não há dinheiro suficiente para o pagamento de todos.

Mostra-se evidente que existem obstáculos à efetividade do art. 67 como incentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial tal como foi pensado pelo legislador.

Na recuperação judicial não existe nenhum benefício ao financiador extraconcursal de forma que, mesmo que não faça parte do procedimento recuperacional, o financiador fica adstrito às decisões tomadas pelo devedor. Isso acontece porque há créditos que, embora alguns não se sujeitem à recuperação, caso inadimplidos são mais prejudiciais à recuperanda do que o não pagamento do financiamento extraconcursal. Assim, diante da ausência de caixa, a recuperanda optará, provavelmente, por pagar outros créditos que não o do financiador.

Além disso, não há na legislação concursal regras sobre qual a destinação do valor do crédito concedido pelo financiador. O devedor pode optar tanto por pagar outros credores quanto pagar despesas tidas ao longo do procedimento e investir a quantia em alguma atividade rentável que traga benefícios tanto à sociedade como aos credores.

A falta de segurança sobre qual a escolha do devedor, isto é, qual a destinação dos recursos havidos com o financiamento, pode afugentar potenciais financiadores.

Já na falência os obstáculos da extraconcursalidade podem ser observados em dois aspectos: em relação à ordem de pagamento na falência, em que há vários outros credores a serem pagos antes dos extraconcursais, e o excesso de

²²⁹ FONSECA. **Comentários à nova lei de Falência...**, p. 454.

extraconcursalidade, visto acima, na medida em que dentro da classe dos credores extraconcursais o financiador possui a prioridade mais baixa, sendo o último a receber dentro de sua classe.

Desse modo, é possível aferir que a extraconcursalidade, prevista pelo legislador no *caput* do art. 67, carece de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro, diante dos vários obstáculos impostos pelos demais dispositivos da Lei nº 11.101/2005, não sendo verdadeiramente um incentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Empresas em recuperação judicial necessitam de recursos não só para conduzirem regularmente suas atividades, mas também para implementarem o plano de recuperação judicial e reestruturarem suas finanças. Todavia, devido à situação de crise economia-financeira na qual elas se encontram, as empresas não conseguem obter recursos.

Tentando melhorar este cenário, o legislador previu o *caput* do art. 67, na Lei nº 11.101/05, a extraconcursalidade do crédito contraído durante a recuperação judicial pelo devedor, visando assegurar a possibilidade de a recuperanda ter acesso a financiamento durante o processamento da recuperação, o que, como analisado, é fundamental para que se alcance o objetivo primordial do instituto da recuperação judicial, que é a preservação da empresa.

Entretanto, algumas expressões utilizadas pelo legislador, quando da redação do art. 67, LRE, precisam ser interpretadas para melhor compreensão da extraconcursalidade prevista no dispositivo, as quais, em última análise, se tornam importantes de serem analisadas pelo financiador, visto que podem afetar o recebimento do seu crédito.

O primeiro aspecto é a abrangência da extraconcursalidade, isto é, quais créditos que, quando constituídos durante a recuperação judicial, podem ser considerados extraconcursais. Apesar de existirem posições doutrinárias contrárias, nota-se que a maioria dos autores não faz qualquer distinção entre os créditos contraídos durante o processo de recuperação judicial, de forma que todos os créditos, que são constituídos durante esse período, independentemente da sua natureza, isto é, se fiscais, trabalhistas, negociais, etc., seriam extraconcursais.

Já no que concerne ao alcance da expressão “durante a recuperação judicial”, nota-se que a doutrina e jurisprudência são majoritárias ao entender que os créditos são considerados extraconcursais a partir da decisão que defere o processamento da recuperação judicial. O entendimento é baseado na premissa de que o ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento, de modo que deve ser utilizado como marco inicial para a constituição dos créditos extraconcursais.

Outra questão é o momento que deve ser considerado como da decretação da falência, o que se mostra de suma importância para o financiador, a fim de que

ele saiba a partir de qual momento possui o privilégio da extraconcursalidade. A corrente majoritária entende a decretação da falência como sendo o momento de convalidação da recuperação judicial em falência.

Não obstante a boa intenção do legislador, viu-se que existem obstáculos à efetividade da extraconcursalidade como incentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial.

Percebe-se que a extraconcursalidade prevista no art. 67 da LRE é um benefício restrito à hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência, sendo que, durante a recuperação judicial, o financiador extraconcursal pode ter o pagamento do seu crédito postergado em relação ao pagamento dos demais credores – sujeitos ou não à recuperação judicial.

Nesse cenário da recuperação judicial, é possível visualizar ainda mais um obstáculo ao financiador: além de não possuir benefícios durante a recuperação, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, alguma regra que regule qual a destinação do dinheiro oriundo de financiamentos contraídos durante a recuperação judicial. Isso é um ponto negativo a ser analisado pelo potencial financiador, visto que não possui a segurança necessária para conceder crédito à empresa em crise, dada à incerteza quanto à finalidade do dinheiro fornecido, pois o dinheiro pode simplesmente “evaporar” quando entrar no caixa da recuperanda.

Analisando-se a extraconcursalidade já na falência, nota-se que esta não é absoluta quando confrontada com a ordem de pagamento dos credores no procedimento falimentar, visto que o credor financiador terá de esperar a solução de diversos créditos antes de o seu crédito satisfeito.

Ademais, quando se examina o art. 84, LRE, que prevê a forma de pagamento dos credores extraconcursais, constata-se que o financiador extraconcursal será o último a receber dentro da sua classe, tendo de esperar o pagamento de outros 4 (quatro) tipos de credores extraconcursais.

Não há dúvidas que o advento da Lei nº 11.101/05 trouxe uma grande evolução para o ambiente de reestruturação de empresas, principalmente no que tange à regulação de um procedimento organizado de negociação entre devedor e credores.

Contudo, do ponto de vista do financiamento para empresas em recuperação judicial, o que se observa é que a lei pode – e aqui se arrisca afirmar que deve –

evoluir, no sentido de ser mais específica e clara ao definir os contornos da concessão de crédito às empresas em crise.

Conclui-se que a extraconcursalidade prevista no art. 67, *caput*, da LRE não confere um incentivo ao financiamento de empresas em recuperação judicial.

Deve-se destacar que há possibilidade de mudança deste quadro. O projeto de lei nº 10.220/2018, já referido, que está à espera de ser votado no Congresso Nacional, tenta resolver essa questão – não apenas ao conferir nova escrita ao art. 67, mas principalmente ao trazer uma seção destinada exclusivamente ao financiamento do devedor durante a recuperação judicial (Seção IV – A – Do financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial).

Em tal seção, há a previsão, por exemplo, da possibilidade de se onerar bens em garantia dos já onerados, contanto que seja respeitada a prioridade da garantia que lhe é antecedente à apresentação de determinados documentos para que o juízo possa avaliar a proposta de financiamento, além de o financiamento poder ser realizado por qualquer um, inclusive credores sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor.

Não há, contudo, como resolver o problema de financiamento às empresas em recuperação judicial alterando-se tão somente a Lei nº 11.101/05. É preciso analisar as diversas normas que afetam as empresas em crise e verificar se entre elas não há conflitos ou incentivos contraditórios. Não basta a legislação concursal conferir benefícios ao financiador extraconcursal durante a recuperação judicial e absoluta prioridade no pagamento do crédito na falência se não forem modificadas as normas regulatórias do mercado, editadas pelo Banco Central do Brasil que exigem provisionamento integral desse tipo de crédito em caso de financiamento feito por instituição financeira, por exemplo.

Por tudo isso, entende-se que, a despeito da intenção do legislador, ao prever a extraconcursalidade no art. 67, *caput*, LRE, tal benefício é demasiadamente limitado pelas demais regras da legislação concursal.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. O sistema financeiro e a lei de recuperação empresarial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 2006, vol. 32, p. 327-332, abr. jun. 2006.

_____. Do pedido de restituição. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADAMECK, Marcelo Von. Das disposições finais e transitórias. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**: confrontada e breves anotações. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência**: lei nº 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROS, Simone; Aquino, Ana Carolina. O direito dos credores extraconcursais na recuperação judicial. **Revista Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 6, out. – dez. 2017. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

BARUFLADI, Wilson Alexandre. **Recuperação Judicial**: estrutura e aplicação dos seus princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIOLCHI, Osvaldo. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autonomia dos credores na recuperação judicial e autonomia privada: primeiras observações sobre um estudo comparativo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 09, p. 207-222, dez. 2016.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convolação da recuperação em falência. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COVAS, Silvânio. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CRUZ, Sérgio Lúcio de Oliveira e. Classificação dos créditos na falência. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei nº 11.101/05**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAMANTE, Thiago. **A par condicio creditorum e o tratamento diferenciado entre credores no plano de recuperação judicial**. 2017. 36 f. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

_____. O regime dos créditos bancários na falência e recuperação judicial. **Revista Direito Recuperacional e Empresa**, vol. 7, jan. – mar. 2018. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na Recuperação Judicial e na Falência**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DOS REIS, Renato Azevedo. O Financiamento a Empresas em Recuperação Judicial. In: ELIAS, Luis Vasco. **10 anos da lei de recuperação de empresas e**

falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da. Arts. 64 a 69. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas:** Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação de Empresas em Crise:** comparação com as disposições do direito europeu. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HUSNI, Alexandre. Do pagamento aos credores. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JUNQUEIRA, Palmyrita Sammarco. Classificação dos créditos no processo falimentar. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas:** doutrina e prática. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

KATUDJIAN, Elias. Pela (Re)Inclusão dos Créditos Excluídos da Recuperação. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDO ANTONIO, Nilva M. **Direito recuperacional:** aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, vol II, 2012.

KIRSCHBAUM, Deborah. **A recuperação judicial no Brasil:** governança, financiamento extraconcursal e votação do plano. 2009. 213 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEMOS, Eduardo. Viabilizando a recuperação sem ou além da lei. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles; SATIRO, Francisco (Coord.). **Direito das Empresas em Crise:** problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Arts. 83 a 86. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Comentários à nova lei de Falência e Recuperação de Empresas:** Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOBO, Jorge. Do plano de recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.) **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** falência e recuperação de empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MANDEL, Julio Kahan. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Disposições comuns. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANGE, Renato Luiz de Macedo. Classificação dos créditos na falência. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano. XXV, n. 83, set. 2005.

MENDES, Luís Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da LRE. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, ano XXIX, n. 105, p. 93-100, set. 2009.

_____. Rating bancário em operações celebradas com empresas em recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos de Salles; SATIRO, Francisco (coord.). **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 215-227.

MILANI, Mario Sergio. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada**. São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

MUNIZ, Marcelo Alves. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). **Comentários Completos à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Recuperação Judicial e Extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2015, vol. II.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Financiamento e Investimento na Recuperação Judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). **Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.

OCHOA, Roberto Ozelame; WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Recuperação empresarial: nova lei de falências e novo direito penal falimentar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. Classificação de créditos. In: COSTA, Daniel Carnio (Coord.). **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências: falências, aspectos criminais e processuais penais, liquidação extrajudicial e falências transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2015, vol. III.

PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de; COLOMBO, Giuliano. Financiamento Para Empresas em Crise e o Caso Independência – Dificuldades Para Obtenção de Recursos e Oportunidades de Alto Retorno. **Newsletter da Turnaround**

Management Association do Brasil – TMA Brasil, mar. 2010. Disponível em: <<https://www.tmabrasil.org/materias/artigos-de-associados/financiamento-para-empresas-em-crise-e-o-caso-independencia>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Dez anos de vigência da Lei nº 11.101/2005: é hora de mudar? In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidney (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: lei nº 11.101/2005**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito falimentar e preservação da empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

REIS, Renato Azevedo Dantes dos. O financiamento a empresas em recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco. **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de recuperação de empresas**. São Paulo: Ícone, 2005.

SADDI, Jairo. Investimentos em empresas em recuperação: o olhar do investidor e a experiência da nova Lei de Falências. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, ano XXIX, n. 105, p. 75-83, set. 2009.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance**. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. Da classificação dos créditos. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Do pagamento aos credores. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Das disposições finais e transitórias. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, vol. 3.

TROVO, Beatriz Villas Boas Pimentel. **Captação de recursos por empresas em recuperação judicial e Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC)**. 2013. 162 f. Tese (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei nº 11.101/05**. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2008.

WAISBERG, Ivo. O necessário fim dos credores não sujeitos à recuperação judicial. In: ELIAS, Luis Vasco. **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.