

# JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DO CIDP

(17 A 19 DE JANEIRO DE 2018)

## CRÉDITOS CONCURSAIS E EXTRACONCURSAIS NO MODELO BRASILEIRO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO TEMPORAL DE “CRÉDITOS EXISTENTES NA DATA DO PEDIDO”

André Fernandes Estevez<sup>1</sup>

Diego Fernandes Estevez<sup>2</sup>

Caroline Pastro Klóss<sup>3</sup>

Sumário: 1. Considerações introdutórias; 2. Breves apontamentos sobre o procedimento recuperatório; 2.1. Efeitos da distinção entre créditos concursais e extraconcursais; 3. Definição de critérios para a aplicação do art. 49, caput da LREF; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito Empresarial na PUCRS. Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Advogado.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Advogada.



lógica geral dos procedimentos concursais centra-se em permitir o pagamento ordenado de credores pressupondo a inviabilidade do adimplemento de todos os créditos na forma originalmente prevista. Por essa razão, o legislador criou a classificação de créditos concursais (LREF, art. 83<sup>4</sup>), bem como os créditos extraconcursais (LREF, art. 84), instituindo preferências para o pagamento conforme certa ordem preestabelecida.

Com a finalidade de fornecer tratamento igualitário entre os credores (*par conditio creditorum*)<sup>5</sup>, a Lei exige que os créditos anteriores ao procedimento recuperatório sejam submetidos ao concurso<sup>6</sup>. Assim, exemplificativamente, todos os créditos trabalhistas já existentes ao tempo da propositura do pedido de recuperação judicial precisam constar na relação de credores (LREF, art. 51, III)<sup>7</sup>.

Diversas são as controvérsias sobre os créditos concursais, desde problemas de classificação<sup>8</sup>, de exclusão do procedimento em razão da natureza da relação jurídica<sup>9</sup>, cláusulas

---

<sup>4</sup> “LREF” ou “Lei de Recuperação de Empresas e Falência designa a Lei n.º 11.101/2005.

<sup>5</sup> Pode-se afirmar que *esta é a máxima de qualquer processo concursal*, como é o caso do Direito Falimentar (BUZÁID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 282).

<sup>6</sup> Ressalvados certos casos, como os créditos com alienação fiduciária e outras hipóteses que não precisam de detalhamento para os fins deste estudo.

<sup>7</sup> Caso não sejam incluídos na relação original, compete aos credores promover a respectiva habilitação (LREF, art. 7º e seguintes).

<sup>8</sup> Existe problema de classificação, exemplificativamente, em relação aos honorários advocatícios, os quais já receberam múltiplas respostas do STJ, com a posição atual de que se trata de crédito equiparado ao trabalhista (STJ, Corte Especial, REsp n.º 1.152.218/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 07/05/2014)

<sup>9</sup> Encaixam-se nesta controvérsia as pensões alimentícias, observando a distinção entre as pensões decorrentes de ilícito e de parentesco. Mauro Rodrigues Penteado sustenta que tanto as pensões alimentícias derivadas de parentesco, quanto as decorrentes de ato ilícito, concorrem igualmente nos processos de falência e recuperação judicial (PENTEADO, Mauro Rodrigues *in* SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 132). Sustentam Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn que a obrigação de alimentos cessa com a declaração

negociais que excluam o crédito do concurso<sup>10</sup>, entre outras hipóteses. No entanto, o enfoque que aqui interessa debater encontra-se no art. 49, *caput*, que informa que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Embora a redação pareça simples, gerou margem para interpretações divergentes e que podem importar em relevantes efeitos práticos aos credores e devedor, de forma que receberá análise mais detalhada nos capítulos subsequentes.

## 2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROCEDIMENTO RECUPERATÓRIO

---

de insolvência (FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 23-24). No tocante às prestações alimentícias, Fábio Ulhoa Coelho reprovou a inclusão de tais valores na falência<sup>9</sup>. Na sua ótica, o pressuposto da legislação anterior era de que a falência “devia ser suportada por todos os seus dependentes, para que se dispensasse tanto àquele que havia cumprido suas obrigações com os familiares como o que havia fugido delas de modo igual”. Assim, ao se admitir na Lei n.º 11.101/2005 que o credor de alimentos concorra na falência “acaba incorrendo numa inversão de valores” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33); Sobre outro tema, há destoante julgado do TJRJ que afirma que créditos derivados de relação de consumo não podem ser submetidos ao concurso de credores em razão da sua hipossuficiência, eis que o princípio da preservação da empresa “não autoriza o desrespeito às normas constitucionais e ao consumidor, que, em razão de sua vulnerabilidade, além de, como já dito, não possuir condições de avaliar a higidez de fornecedores, não participou do negócio com intenção de lucro, não estando sujeitos aos riscos do empreendimento. Tampouco tem, como no caso, condições de se organizar, participar e interferir na assembleia geral de credores, dominada por fornecedores profissionais e instituições financeiras” (TJRJ, 9ª Câmara Cível, CC n.º 0044873-61.2015.8.19.0000, Rel. Des. José Roberto Portugal Compasso, julgado em 20/10/2015).

<sup>10</sup> Essa é a hipótese sustentada, exemplificativamente, por Fábio Ulhoa Coelho, em especial nos casos de acordo de leniência em que há uma obrigação de “completa indenização da responsabilidade civil da signatária pelos danos causados pela corrupção”, visto que há preceitos de ordem pública como a “moralidade administrativa” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Acordo de leniência e a recuperação judicial da corruptora in CERZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Dez anos da Lei n.º 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 293-297).

A Recuperação Judicial tem por objetivo oferecer aos empresários e às sociedades empresárias<sup>11</sup> em crise econômico-financeira a oportunidade de solução jurídica estruturada através da vontade da maioria dos credores<sup>12</sup> para pagamento dos débitos, através de repactuações e alterações das condições originalmente previstas.

Após a propositura do pedido de recuperação judicial<sup>13</sup>, caso seja deferido o processamento<sup>14</sup>, compete à recuperanda apresentar, no prazo de até 60 dias<sup>15</sup>, um plano para pagamento dos credores, contendo a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, a demonstração da viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada<sup>16</sup>. No entanto, nem todos os credores da recuperanda ficarão submetidos ao procedimento e, conseqüentemente, às condições de pagamento previstas no plano.

Diversas são as hipóteses de credores que não se submetem à recuperação judicial, como ocorre com dívidas que envolvam alienação fiduciária, arrendamento mercantil<sup>17</sup>, adiantamento a contrato de câmbio para exportação<sup>18</sup>, de natureza

---

<sup>11</sup> Esta distinção subjetiva encontra-se presente no Decreto-Lei n.º 7.661/1945, bem como na atual LREF. No entanto, já foi objeto de controvérsia nos tribunais, como se verifica exemplificativamente em STJ, 4ª Turma, REsp n.º 244.497/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 20/06/2006.

<sup>12</sup> LREF, arts. 45 e 58.

<sup>13</sup> Observados os requisitos subjetivos e objetivos previstos nos arts. 48 e 51 da LREF.

<sup>14</sup> LREF, art. 52.

<sup>15</sup> Ainda que a norma trate como improrrogável o prazo de 60 dias para apresentação do plano e parte da jurisprudência aplique a pena de convalidação em falência quando da apresentação intempestiva do plano, destaca-se decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a qual dispõe sobre o “insustentável rigorismo formal no que se refere ao prazo para apresentação do plano de recuperação judicial em detrimento da preservação da empresa em dificuldades” (STJ, 3ª Turma, MC n.º 17.837, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/04/2011).

<sup>16</sup> LREF, art. 53.

<sup>17</sup> LREF, art. 49, §3º.

<sup>18</sup> LREF, arts. 49, §4º e 86, II.

fiscal<sup>19</sup>, entre outras hipóteses.

Do disposto no art. 49 da LREF, infere-se, como regra geral, que estão sujeitos à recuperação judicial *todos os créditos existentes na data do pedido*, ainda que não vencidos<sup>20</sup>. Isto é, o credor concursal poderá ter suas condições de pagamento alteradas pelo plano<sup>21</sup>.

Por outro lado, de acordo com o art. 67 da LREF os créditos decorrentes de *obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial*, serão considerados extraconcursais e, portanto, não sujeitos ao regime recuperatório<sup>22</sup>.

Os marcos temporais mencionados nos arts. 49 e 67 da LREF<sup>23</sup>, que dividem créditos entre concursais e extraconcursais, possuem enorme relevância. Isso porque não se trata apenas de definir se determinado credor estará submetido à recuperação judicial, à suspensão de execuções e ao plano de pagamento ou se poderá prosseguir normalmente com a sua execução individual. Isso também importa em saber se o crédito receberá preferência no pagamento, sobre outros similares, em caso de falência<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> LREF, art. 6º, §7º e CTN, art. 187.

<sup>20</sup> Vanessa Finch informa que no Reino Unido os créditos concursais não recebem prioridade, salvo que consigam justificar por critérios de justiça e equidade que mereçam aceitação geral (*Corporate insolvency law: perspectives and principles*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 611).

<sup>21</sup> SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 241.

<sup>22</sup> Fátima Nancy Andriighi afirma que o art. 84, V da LREF, que é relacionado ao art. 67, refere que são extraconcursais os atos jurídicos válidos, assim entendidos como os negócios jurídicos, contraídos posteriormente ao deferimento do processamento da recuperação judicial, de forma que seriam excluídas da extraconcursalidade as obrigações indenizatórias decorrentes de ilícitos extracontratuais (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial *in* ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (Coord). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 39).

<sup>23</sup> Afirma-se no plural, pois não coincidem plenamente os períodos designados nos arts. 49 e 67 da LREF, fato este que será adiante esclarecido.

<sup>24</sup> Anota-se que os créditos extraconcursais são pagos antes dos créditos concursais,

Ocorre que existe substancial controvérsia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre o *critério* que deverá ser considerado para aferir que o crédito é *existente* ao tempo do pedido de recuperação judicial. Encontram-se posições que sustentam que deverá ser considerada a data da *geração* da obrigação para determinar se o crédito submete-se ao procedimento, mas há, igualmente, quem sustente como critério, por exemplo, a data (a) da propositura da ação, (b) da sentença ou até (c) do trânsito em julgado da ação proposta pelo credor. Todas as posições decorrem de formas diversas de compreensão da data da *constituição* do crédito.

## 2.1. EFEITOS DA DISTINÇÃO ENTRE CRÉDITOS CONCURSAIS E EXTRACONCURSAIS

A propositura de pedido de recuperação judicial gera o negativo efeito de publicizar uma crise econômico-financeira que, por vezes, passou oculta, além de significar uma confissão dos administradores da recuperanda acerca da incapacidade de superar, por forças próprias, as dificuldades financeiras que envolvem a devedora.

Com o fim de auxiliar a recuperanda a obter linhas de crédito e insumos<sup>25</sup>, a LREF incentiva trabalhadores, fornecedores e instituições de fomento com a qualificação de serem extraconcurais<sup>26</sup>, sob pena de provavelmente inviabilizar-se a

---

conforme LREF, arts. 83 e 84.

<sup>25</sup> MENDES, Luis Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da lei n° 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa. *Revista do Advogado*, n.º 105, set. 2009, p. 98.

<sup>26</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 317; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial in ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (Coord). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.

continuidade da atividade produtiva<sup>27</sup>. Por esta razão, após o deferimento do processamento os novos créditos derivados de fornecimento de produtos e serviços, por exemplo, passam a ser classificados como extraconcursais, enquanto que os gerados entre a distribuição do pedido e o deferimento do processamento não são imediatamente submetidos a concurso<sup>28</sup>, nem recebem os privilégios próprios dos créditos extraconcursais<sup>29</sup>. Parte da doutrina sustentava que o marco temporal inicial para considerar um crédito como extraconcursal seria a distribuição do pedido

---

51; MENDES, Luis Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da lei nº 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa. *Revista do Advogado*, n.º 105, set. 2009. p. 98; Também podem ser classificados como extraconcursais outros créditos, como os honorários do administrador judicial, bem como as demais hipóteses do art. 84 da LREF. No entanto, o que interessa debater aqui são as hipóteses do art. 84, V da LREF, o que delimita o enfoque deste estudo.

<sup>27</sup> Neste ponto, a doutrina enfatiza que a LREF se destacou das suas predecessoras por ser aquela que positivou o princípio da preservação da empresa e criou mecanismos tendentes a “viabilizar a superação da crise empresarial, afastando-se de institutos como a concordata e a moratória” (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 79).

<sup>28</sup> Observando-se possível submissão em caso de convalidação da recuperação judicial em falência.

<sup>29</sup> SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 242; “O art. 49 da Lei 11.101/2005 delimita o universo de credores atingidos pela recuperação judicial, instituto que possui abrangência bem maior que a antiga concordata, a qual obrigava somente os credores quirografários (DL n. 7.661/45, art. 147). A recuperação judicial atinge “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, ou seja, grosso modo, além dos quirografários, os credores trabalhistas, acidentários, com direitos reais de garantia, com privilégio especial, com privilégio geral, por multas contratuais e os dos sócios ou acionistas.

4. O artigo 49 da LFR tem como objetivo, também, especificar quais os créditos, desde que não pagos e não inseridos nas exceções apontadas pela própria lei, que se submeterão ao regime da recuperação judicial e aqueles que estarão fora dele. Isso, porque, como se sabe, na recuperação judicial, a sociedade empresária continua funcionando normalmente e, portanto, negociando com bancos, fornecedores e clientes. Nesse contexto, se, após o pedido de recuperação judicial, os débitos contraídos pela sociedade empresária se submetessem a seu regime, não haveria quem com ela quisesse negociar.” (STJ, 2ª Seção, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC 105.345/DF, Rel. Min. Raul Araújo, publicado em 25/11/2011).

de recuperação judicial<sup>30</sup>, mas o STJ firmou como termo para a formação dos créditos extraconcursais a data do deferimento do processamento<sup>31</sup>.

O crédito extraconcursal não está sujeito ao regime de recuperação judicial e em caso de falência terá preferência na ordem de recebimento. Portanto, um crédito trabalhista ou quirográfario extraconcursal será recebido, em tese<sup>32</sup>, antes do crédito trabalhista concursal, fato este que demonstra a enorme utilidade desta posição para os credores interessados. Conforme exposto, tais benefícios foram criados com o intuito de servirem como incentivos aos que colaborarem para a superação da crise da empresa.

Considerando a enorme diferença de direitos conferidos aos credores, conforme a respectiva classificação, ao longo da LREF observa-se a tentativa de separar por critério temporal as distintas hipóteses ora narradas. Por exemplo, no art. 49, *caput*, que dispõe que as “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes *na data do pedido*”, ou no art. 59 que afirma

---

<sup>30</sup> Neste sentido: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 181; COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 131.

<sup>31</sup> Esta é a definição do Superior Tribunal de Justiça: STJ, 3ª Turma, REsp n.º 1.398.092/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/05/2014; STJ, 4ª Turma, REsp n.º 1.399.853/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 10/02/2015; Fátima Nancy Andrighi sustenta que a posição tomada pelo STJ em contraponto à doutrina se justifica na medida em que “o ato de que defere o pedido de processamento da recuperação judicial é responsável por conferir publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade” (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial *in* ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (Coord). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45). Em contraponto, cumpre anotar que diversas recuperações judiciais recebem ampla publicidade com a simples distribuição do pedido de recuperatório, como ocorreu, exemplificativamente, com a companhia OI, embora esta tenha a particularidade de ser o maior caso já registrado no país.

<sup>32</sup> Há exceções, inclusive atinentes às habilitações retardatárias, por exemplo, que podem inviabilizar a regra geral por perda dos rateios já efetivados (LREF, art. 10, §3º).



que o “plano de recuperação judicial implica novação dos *créditos anteriores ao pedido*”, no art. 67 que consta que “os créditos decorrentes de obrigações *contraídas* pelo devedor *durante* a recuperação judicial”, ou ainda, no art. 84, V, que dispõe que “obrigações resultantes de *atos jurídicos válidos* praticados *durante* a recuperação judicial” serão extraconcursais. Sem dúvidas, há marcos temporais a dividir créditos em concursais e extraconcursais<sup>33</sup>.

Dessa forma, se o credor que não teve seu crédito constituído *durante* a recuperação judicial receber os benefícios e preferências de um credor extraconcursal, não haverá tratamento igualitário entre os credores (*par conditio creditorum*) e, ao mesmo tempo, haverá uma completa subversão a uma regra de incentivo, que decorre, essencialmente, de um benefício para que, exemplificativamente, um fornecedor queira aceitar *novos* fornecimentos assumindo *novos* riscos. Não haverá qualquer sentido em conferir-se esta vantagem para alguém que já forneceu o produto antes do pedido recuperatório e teve ou terá seu crédito inadimplido, mesmo que a quantia venha a ser consolidada posteriormente mediante ação judicial, porquanto não há assunção de *novos* riscos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> E que, como visto anteriormente em nota de rodapé, a doutrina especializada encaminhava-se por assinalar que eram os lados opostos de um mesmo marco, entendimento este que veio a ser firmado diferentemente pelo STJ.

<sup>34</sup> Resposta similar é encontrada no Direito italiano como instrumento de proteção àquele que financia as atividades de sociedade que já se encontra em concordata como forma de estimular o crédito, embora, naquele caso, haja maior relevância no papel dos credores em aceitar a hipótese para sofrer os eventuais efeitos negativos (PANZANI, Luciano in DI MARZIO, Fabricio. *La crisi d'impresa: questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*. Milão: CEDAM, 2010. p. 347-352). Posição similar é traçada no Direito falimentar francês. Corine Saint-Alary-Houin retrata que nos debates legislativos que originaram a reforma de 1985 que instituiu o benefício similar aos créditos extraconcursais ora debatidos acusou-se a proposta de ser exageradamente benéfica a certos credores, em detrimento daqueles já submetidos ao concurso de credores. No entanto, resumiu que “não é por influência da generosidade, mas é a lei da necessidade que inspira este artigo” (SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 353); Fátima Nancy Andrighi relembra a preocupação acerca do escopo fraudulento, porquanto uma

Embora as premissas mencionadas constituam a lógica de todo o raciocínio a ser empregado na distinção entre os créditos concursais e extraconcursais previstos nos arts. 67 e 84, V<sup>35</sup>, observa-se que a jurisprudência tem apresentado critérios não uniformes de *eventos* para inserir dentro da linha temporal antes narrada.

### 3. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 49, *CAPUT* DA LREF

A jurisprudência já se manifestou em diversas oportunidades acerca do critério para considerar que um crédito foi *constituído* até a data do pedido de recuperação judicial, o que é fundamental para considerar um crédito como concursal ou extraconcursal e proteger toda a lógica de tratamento igualitário a ser concedido aos credores.

Em lista meramente exemplificativa localizou-se julgados que sustentaram que determinado crédito não poderia ser submetido à recuperação judicial porque: (a) a execução individual iniciou após o deferimento da recuperação judicial<sup>36</sup>; (b) a sentença foi proferida em data posterior ao pedido de

---

recuperação judicial pode ser proposta justamente para buscar o esvaziamento dos ativos através de formação de negócios jurídicos que serão acobertados pela proteção da extraconcursalidade. A fiscalização do procedimento e a evolução da doutrina e da jurisprudência serão extremamente importantes para que se reduza a margem de conluio e se ofereça adequada proteção aos casos legítimos (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do caráter extraconcursal dos créditos falimentares decorrentes de obrigações contrárias pelo devedor durante a recuperação judicial *in* ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (Coord). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49); Idêntica preocupação com conluio fraudulento é sustentada por Luis Cláudio Montoro Mendes (O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da lei nº 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa. *Revista do Advogado*, n.º 105, set. 2009. p. 99).

<sup>35</sup> Relembra-se que há outras hipóteses de créditos extraconcursais que não são objeto de análise neste estudo.

<sup>36</sup> STJ, CC nº 136079 RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 09/03/2015.

recuperação judicial<sup>37</sup>; (c) a data da homologação do acordo é posterior ao pedido de recuperação judicial<sup>38</sup>; (d) o acordo foi homologado após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial<sup>39</sup>; (e) o trânsito em julgado da ação individual ocorreu após o plano de recuperação judicial ser homologado<sup>40</sup>; (f) o trânsito em julgado da ação individual ocorreu após o pedido de recuperação judicial, mesmo que sentença e acórdão sejam anteriores<sup>41</sup>.

O problema que surge nos exemplos ora elencados se centra na ausência de critério, muito menos algum sensível aos fundamentos descritos no capítulo anterior. Exemplifica-se com um caso: suponha-se que determinada sociedade empresária tenha demitido dois empregados (“A” e “B”), os quais moveram as respectivas reclamações trabalhistas. Meses após a demissão, a sociedade propõe pedido de recuperação judicial e busca a conciliação com ambos os reclamantes. Caso o reclamante “A” obtenha acordo dez dias antes da recuperação ser ajuizada, seu crédito provavelmente será considerado concursal, salvo o

---

<sup>37</sup> TJSP, 19ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.º 2224922-68.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, julgado em 07/03/2016; TJRJ, 18ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0012284-79.2016.8.19.0000, Rel. Des. Cláudio Luiz Braga Dell’orto, julgado em 18/05/2016; TJRS, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70058861220, Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 18/05/2015; TJRS, 6ª Câmara Cível n.º 70067048108, Agravo de Instrumento n.º 70067048108, Rel. Desª Elisa Carpim Corrêa, Redator Des. Ney Wiedemann Neto, julgado em 01/07/2016.

<sup>38</sup> TJRS, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70068743178, Rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, julgado em 29/06/2016; TJRS, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70069088896, Rel. Desª Isabel Dias Almeida, julgado em 29/06/2016.

<sup>39</sup> STJ, 2º Seção, RCDESP n.º 126.879-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 13/03/2013.

<sup>40</sup> TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.º 2036797-82.2006.8.26.0000, Rel. Des. Israel Góes dos Anjos, julgado em 07/06/2016.

<sup>41</sup> TJSP, 37ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.º 2165710-48.2017.8.26.0000, Rel. Des. Pedro Kodama, julgado em 07/11/2017; TJRS, 5ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70065230377, Rel. Desª Isabel Dias Almeida, julgado em 26/08/2015.

entendimento que considere a data do trânsito em julgado. Por sua vez, o reclamante “B” obteve conciliação apenas dez dias após o pedido de recuperação judicial e cinco dias após o deferimento do processamento. Neste caso, por vários dos critérios mencionados, provavelmente não será considerado como detentor de crédito concursal e poderá mover, imediatamente, a sua execução individual. Caso ocorra a falência da recuperanda e supondo que “A” e “B” não tenham recebido seus créditos até o momento, o provável efeito será classificar “B” como extraconcursal, de forma que receberá seus créditos antes de “A”, pois este é mero credor concursal. Por teratologia, surgirá privilégio a um dos trabalhadores em detrimento do outro, mesmo que tenham trabalhado na mesma época e tenham sido demitidos na mesma data pelo simples fato de que a data do acordo dos seus respectivos processos diferiu em apenas 20 dias. Ademais, apenas um credor será privilegiado sem que tenha colaborado para o soerguimento da recuperanda ou assumido novos riscos.

Afora o exemplo já mencionado, admitir o trânsito em julgado como marco distintivo de um crédito como concursal ou extraconcursal gera problemas igualmente graves: (a) imagine-se que um credor, em razão de eventual demora na prestação jurisdicional, poderia acabar obtendo vantagem de seu crédito não se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial, sendo, portanto, privilegiado, em detrimento de outro credor que, em idêntica situação, obteve prestação jurisdicional mais célere; (b) poderia ocorrer que a judicialização passasse a ser vista como vantagem mesmo sem pretensão resistida, visto que o crédito oriundo de relação comercial não judicializada estaria, nos termos da lei, dentro do quadro geral de credores, enquanto que a relação comercial idêntica, porém judicializada, poderia vir a se transformar em crédito extraconcursal<sup>42</sup>; (c) a autorização para que prosigam execuções como crédito extraconcursal com base na data

---

<sup>42</sup> Este ponto se aplica a qualquer um dos cinco critérios jurisprudenciais antes mencionados.

do trânsito em julgado inviabilizaria substancialmente o procedimento, visto que, com o prosseguimento de execuções durante o período da recuperação, a recuperanda provavelmente não teria condições de manter a sua atividade econômica apenas observando restrições oriundas de ações individuais transitadas em julgado<sup>43</sup>. Aliás, esse é o motivo que rege a suspensão das ações e execuções durante o período de recuperação (*stay period*)<sup>44</sup>.

Além de ilógicas as proposições narradas, olvidam de expressa referência constante no art. 6º, §3º da LREF que informa que “o juiz competente para as ações referidas nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência”. A função deste dispositivo é de permitir a *reserva de crédito* nas *recuperações judiciais* e nas *falências*<sup>45</sup> para evitar prejuízo ao credor que dependa de sentença ou liquidação, de forma que o magistrado que conduz determinada causa individual poderá determinar ao juízo da recuperação que reserve certos valores provisoriamente arbitrados para assegurar o recebimento caso haja confirmação posterior do crédito<sup>46</sup>. Desta forma, ao credor que ajuizou posteriormente a sua ação individual, não teve sentença, nem firmou acordo, tem à sua disposição a possibilidade legal de solicitar reserva de crédito, já que não tem condições ainda

---

<sup>43</sup> Observa-se que o art. 6º, §2º da LREF permite o prosseguimento de ações individuais até a apuração do respectivo crédito, momento em que deve ser promovida a habilitação. Com a delimitação do trânsito em julgado, apenas seria aplicável aos casos em que ainda não houve liquidação da sentença transitada em julgado, afastando-se a incidência sobre todos os demais casos.

<sup>44</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125.

<sup>45</sup> Cumpre assinalar que o critério para distinguir se um crédito é concursal ou extracursal é, do ponto de vista lógico, o mesmo na recuperação judicial e na falência. Assim, também não faz sentido que um crédito não seja concursal na falência porque, exemplificativamente, o acordo trabalhista foi firmado e homologado na Justiça do Trabalho dias após a decretação da falência, se todo o crédito devido ao trabalhador se refere integralmente a serviços prestados e devidos muitos meses antes da quebra.

<sup>46</sup> PENTEADO, Mauro Rodrigues in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PI-TOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord). *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 138.

de promover o pedido de habilitação. Assim, não serve como justificativa jurídica a utilização de nenhum dos cinco critérios jurisprudenciais mencionados neste capítulo como subterfúgio ao resguardo de direito do credor, pois há instrumento legal previsto e eficaz para a tutela dos direitos individuais.

Frente aos problemas já mencionados, a doutrina passou a enfrentar o tema com acerto. De acordo com João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, o crédito concursal pode ser de natureza contratual, extracontratual ou cambiário, bastando que tenha sido originado por *fato anterior* ao pedido de recuperação judicial. Dispõem ainda que desimporta se a eventual sentença condenatória é posterior ao pedido. Igualmente, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli afirmam que está sujeito a concurso o crédito que “tenha nascido por *fato anterior* ao pedido de recuperação judicial, pouco importando que eventual sentença condenatória seja posterior ao pedido”<sup>47</sup>. No mesmo sentido, Marlon Tomazette dispõe que a aferição da existência ou não do crédito na data do pedido levará em consideração o fato gerador do crédito, a data da fonte da obrigação. Deverão ser consideradas as datas de emissão de títulos de crédito, de conclusão dos contratos e da prestação de serviços pelos empregados. Francisco Satiro de Souza Júnior leciona no mesmo sentido ao utilizar o conceito de “*dinheiro novo*”<sup>48</sup>. Em todos os casos ora mencionados, a *data do fato gerador* da obrigação foi considerada o critério distintivo para enquadrar dentro do marco temporal como concursal ou extraconcursal<sup>49</sup>.

O STJ se pronunciou no ano de 2013<sup>50</sup> e dispôs que “na

---

<sup>47</sup> AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 48.

<sup>48</sup> SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro. O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial. In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017. p. 350-370.

<sup>49</sup> TOMAZETTE, Marlon, *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 69.

<sup>50</sup> STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 153.820/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha,

hipótese de existir crédito proveniente de responsabilidade civil por fato preexistente ao momento do deferimento da recuperação judicial, é necessária a habilitação e inclusão do crédito em questão no plano de recuperação da empresa correspondente”. O Ministro Luis Felipe Salomão retomou o tema em 2016<sup>51</sup>, dispondo que é fundamental uma análise conjunta e sistemática de dispositivos previstos na LREF para definir o critério que deverá ser considerado como marco temporal para *constituição* do crédito. Destaca que a LREF prevê, no inciso III do art. 51, que o pedido de recuperação judicial deverá ser instruído com a relação nominal dos credores, com indicação do valor, natureza e classificação, e que o inciso IX do referido artigo prevê que o requerimento deverá conter a relação de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. Ainda, ressalta que o art. 6º regula a suspensão de todas as ações em face do devedor em recuperação judicial ou em processo de falência, determinando a suspensão do curso de ações e execuções individuais, não alcançando apenas as demandas que versarem sobre quantia ilíquida<sup>52</sup>. Dessa forma, concluiu que “se essas ações propostas antes do pedido de recuperação judicial - ainda que ilíquidas em momento anterior - não fossem contempladas no plano de recuperação, inexistiria razão para a lei determinar que o pedido de soerguimento apresentasse a relação de todas as demandas ajuizadas, com a explicitação da estimativa dos valores discutidos em juízo”. Ainda, acrescenta que “o crédito constituído depois de iniciado o processo de recuperação, mas decorrente de sentença ilíquida anterior, deve mesmo constar do plano. É por tal razão, vale gizar novamente, que, durante o trâmite do processo de recuperação judicial, haverá o

---

julgado em 10/09/2013.

<sup>51</sup> STJ, 4ª Turma, REsp nº 1.447.918-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 07/04/2016.

<sup>52</sup> Anota-se que há outras hipóteses em que execuções não são suspensas, como ocorre com as de natureza fiscal (CTN, art. 187).

prosseguimento da ação na qual se busca indenização por dano moral. Após, sendo determinado o valor, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade devedora”.

O julgado relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão apresenta adesão aos pressupostos que fundamentam a matéria e que foram trazidos no capítulo 2 deste estudo. No entanto, na página 16 do mesmo julgado há uma comparação com o Conflito de Competência n.º 129.720/SP, julgado em 2015<sup>53</sup>, em que considerou tratar-se de “créditos trabalhista constituído depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial”, de forma a considerá-lo afastado do concurso de credores. Para extrair as “notórias diferenças”, sustenta que (a) “o crédito é oriundo de reclamação trabalhista”; (b) “a própria ação judicial foi proposta anos após o pedido de recuperação judicial”, o que gerou o registro de divergências entre os colegas de sessão.

Sobre a distinção traçada pelo Ministro Luís Felipe Salomão, observa-se que o fato de ter-se de um lado uma ação indenizatória e de outro uma reclamatória trabalhista em nada deve modificar a forma de tratamento a ser atribuída para a classificação do crédito como concursal ou extraconcursal. Basta que os fatos que geram a pretensão tenham ocorrido anteriormente ao pedido de recuperação judicial. Ademais, a menção sobre a data do ajuizamento da ação individual é totalmente irrelevante e contrária à lógica de todo o resto do próprio julgado proferido<sup>54</sup>. Assim, soam mais adequadas as palavras da Ministra Maria Isabel Gallotti, para quem “pode haver um trabalhador que continue trabalhando para a empresa em recuperação, e aí os salários anteriores ao pedido de recuperação, a meu ver, têm que integrar o plano, mas os salários pertinentes ao trabalho feito

---

<sup>53</sup> STJ, Segunda Seção, CC n.º 129.720/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Relator para o acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 14/10/2015.

<sup>54</sup> Acredita-se que uma reclamatória trabalhista ajuizada após muitos anos deve, provavelmente, referir-se a labor posterior ao pedido de recuperação judicial. No entanto, a referência expressamente feita é que permite causar confusão àqueles que buscam orientação na Corte Superior.



após o pedido de recuperação, esses, sim, estariam fora do pedido de recuperação”<sup>55</sup>.

Os caminhos jurisprudenciais traçados demonstram-se instáveis e podem importar em substanciais prejuízos ao tratamento igualitário que deve ser concedido aos credores, de forma que é essencial retomar os fundamentos da concursabilidade e da extraconcursabilidade para não se desvirtuar o tratamento igualitário a ser concedido aos credores, bem como o sistema de incentivo concedido aos credores que colaboram para o soerguimento da atividade empresária, assumindo novos riscos.

#### 4. CONCLUSÃO

A definição dos créditos que devem submetidos à recuperação judicial é tema que interessa a qualquer procedimento concursal, em especial porque esta submissão importa em efeitos concretos sobre a percepção dos valores devidos.

O art. 49 da LREF informa, como regra geral, que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”, mas há controvérsia jurisprudencial sensível acerca do critério a ser utilizado para demarcar que o crédito é *anterior* ao pedido de recuperação judicial.

Observou-se que a confusão conceitual gera afetações relevantes, inclusive por permitir que o credor seja indevidamente classificado como extraconcursal, não se submeta ao concurso de credores, bem como receba privilégio na ordem de pagamento em caso de convalidação da recuperação em falência.

Foram refutados os critérios vinculados a momentos de processos individuais para demarcar temporalmente se o crédito é concursal, como data da sentença ou do trânsito em julgado, reafirmando-se a necessidade de se observar se a obrigação

---

<sup>55</sup> STJ, 4ª Turma, REsp nº 1.447.918-SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 07/04/2016.

nasce até a data do pedido de recuperação, independentemente de qualquer vinculação com ação judicial que venha a ser proposta.



## 5. BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENNETI, Sidnei (Coord). *10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)*. São Paulo: Saraiva, 2015
- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013
- BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952
- CAIAFA, Antonio. *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*. Turim: UTET, 2009
- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na lei de recuperação e falência*. São Paulo: Malheiros, 2012
- \_\_\_\_\_; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. *Dez anos da Lei n.º 11.101/2005*. São Paulo: Almedina, 2015
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- DI MARZIO, Fabricio. *La crisi d'impresa: questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*. Milão: CEDAM, 2010

- FINCH, Vanessa. *Corporate insolvency law: perspectives and principles*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009
- FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008
- JACQUEMONT, André. *Droit des entreprises en difficulté*. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013
- MENDES, Luis Cláudio Montoro. O crédito extraconcursal previsto no art. 67 da lei nº 11.101/2005: as características do crédito extraconcursal e sua importância como elemento incentivador da continuidade da empresa. *Revista do Advogado*, n.º 105, set. 2009
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2009
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2016
- SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007
- \_\_\_\_\_. O “dinheiro novo” como elemento de interpretação do conceito de “crédito existente” na recuperação judicial. In: Ivo Waisberg. (Org.). *Temas em Direito da Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra*. São Paulo: IASP, 2017. p. 350-370
- TOMAZETTE, Marlon, *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Atlas, 2016