

A NOVAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DAS PECULIARIDADES DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DE DIREITO CIVIL AO DIREITO FALIMENTAR

NOVATION IN CORPORATE RECEIVERSHIP: ANALYSIS OF THE CHARACTERISTICS OF THE APPLICATION OF THE INSTITUTE OF CIVIL LAW TO BANKRUPTCY LAW

LA NOVACIÓN EN LA RECUPERACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE LAS PECULIARIDADES DE LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO CIVIL AL DERECHO DE QUIEBRAS

Uinie Caminha¹

Sarah Morganna Matos Marinho²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar as características da novação prevista na Lei nº 11.101/2005, em contraposição às regras do Código Civil. O trabalho é dividido em três tópicos, nos quais se explicam a novação no direito civil, sua natureza jurídica e suas características, seguindo-se à análise do instituto no regime da Lei nº 11.101/2005 e suas especificidades e, por fim, exploram-se seus principais efeitos na recuperação judicial, especialmente sua reversibilidade e a manutenção das garantias. Para definir o que é a novação no novo regime falimentar e suas principais consequências, o instituto é analisado nos limites teleológicos da nova Lei de Falências e por meio de casos práticos em que o objeto de estudo é enfrentado. Em relação aos aspectos metodológicos, a investigação é realizada por meio de pesquisa bibliográfica. A tipologia da pesquisa é pura, a abordagem é quantitativa e qualitativa e os objetivos são exploratórios e descritivos.

PALAVRAS-CHAVES: Novação. Recuperação Judicial. Garantias.

ABSTRACT

This article analyzes the characteristics of novation provided for in Law 11,101/2005, as opposed to the rules of the Civil Code. It is divided into three topics, in which novation in civil law, its legal nature, and its characteristics are explained, followed by an analysis of the institute in the regime of Law 11,101/2005 and its particularities, and finally, it explores its main effects on receivership, especially its reversibility and the maintenance of guarantees. To define what novation is in the new bankruptcy system, and its main consequences, the institute is analyzed within the teleological limits of the new bankruptcy law, and through practical cases that address the object under study. In terms of methodological aspects, the research is carried out through a literature search. The type of research is pure, the approach is quantitative and qualitative, and goals are exploratory and descriptive.

KEYWORDS: Novation. Receivership. Guarantees.

1 Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora Adjunta da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza - CE, Brasil. ucaminha@gmail.com.

2 Pesquisadora da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza - CE, Brasil. sarah.momm@gmail.com.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar las características de la novación prevista en la Ley nº 11.101/2005, en contraposición a las reglas del Código Civil. El trabajo está dividido en tres tópicos, en los cuales se explica la novación en el Derecho Civil, su naturaleza jurídica y sus características; continúa con el análisis del instituto en el régimen de la Ley nº 11.101/2005 y sus especificidades y, por último, se exploran sus principales efectos en la recuperación judicial, especialmente su reversibilidad y la manutención de las garantías. Para definir lo que es la novación en el nuevo régimen de quiebras y sus principales consecuencias, el instituto es analizado dentro de los límites teleológicos de la nueva Ley de Quiebras y por medio de casos prácticos en los que se confronta el objeto de estudio. En relación a los aspectos metodológicos, la investigación fue realizada por medio de investigación bibliográfica. La tipología de la investigación es pura, el abordaje es cuantitativo y cualitativo y los objetivos son exploratorios y descriptivos.

PALABRAS CLAVE: Novación. Recuperación Judicial. Garantías.

INTRODUÇÃO

A utilização de instrumentos clássicos do Direito Civil em estruturas tipicamente mercantis requer cuidado e observância das peculiaridades do sistema empresarial. Com efeito, o Direito da Empresa tem a tradição de se mostrar mais flexível e dinâmico, até porque tem como objeto de regulação as atividades de mercado.

O objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação do instituto da novação ao procedimento de recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/05, apontando suas peculiaridades em relação à sua utilização no Direito Civil.

Uma legislação falimentar moderna e condizente com a atual situação econômica brasileira era necessária e urgente, tendo em vista que o Decreto Lei nº 7.661/45, apesar de espelhar a ideologia da época em que foi promulgado, há muito já estava desatualizado em relação à evolução das relações comerciais.

Nesse contexto, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, foi um marco na evolução do direito brasileiro, trazendo um regime falimentar que se propõe mais ágil e eficiente na liquidação concursal de atividades empresárias inadequadas do ponto de vista mercadológico ou jurídico, bem como na recuperação judicial e extrajudicial de empresas viáveis, regimes novos e essencialmente distintos da antiga concordata, que propõe uma intervenção estrutural na atividade empresarial, de modo a mantê-la produtiva.

A recuperação judicial é conduzida pelo Poder Judiciário, mas as decisões substanciais a ela referentes, como a aprovação do plano apresentado pelo devedor, com os meios de recuperação propostos, e a própria aferição da viabilidade da atividade exercida pelo empresário ou sociedade empresária, são tomadas em conjunto pelos credores e pelos devedores submetidos ao regime.

Como forma de dar maior segurança jurídica ao plano de recuperação aprovado, tanto para credores quanto para o devedor, a nova lei viu por bem determinar que, aprovado e homologado, o plano operaria a novação dos créditos submetidos ao regime. Ou seja, os créditos originários restam extintos diante da constituição de créditos novos, destinados a viabilizar a reestruturação da empresa em crise.

A novação prevista para o regime de recuperação judicial, apesar de possuir os mesmos elementos essenciais da novação disciplinada no Código Civil de 2002, tem o condão de gerar efeitos diversos desta, sendo os principais a possibilidade de reconstituição dos créditos na forma originariamente pactuada, mesmo diante da aparente extinção operada no momento da homologação do plano, o que ocorre quando a recuperação judicial é convalidada em falência, e a manutenção das garantias, também nos moldes anteriormente pactuados, sendo este o efeito mais polêmico da novação objeto deste trabalho.

Primeiramente, define-se o que é a novação no direito civil, sua natureza jurídica, seus requisitos essenciais e seus efeitos. Num segundo momento, a novação prevista para o regime da recuperação judicial é contextualizada, tratando-se de sua natureza, requisitos e efeitos especificados. Por fim, são analisadas as principais consequências dessa novação, com a exposição das soluções mais adequadas para os possíveis impasses por ela ocasionados.

A análise desses efeitos é realizada por meio do confronto da doutrina especializada e da análise de casos práticos, assim como do entendimento dos tribunais acerca dos problemas levantados, de modo a obter-se, como resultado, a caracterização da novação prevista no novo regime concursal e quais as consequências dos seus principais efeitos.

Justifica-se a pesquisa tendo em vista a necessidade de segurança jurídica nas relações operadas no âmbito da recuperação judicial para que tanto credores como devedores sintam-se seguros com relação aos resultados do sucesso ou do fracasso da execução do plano de recuperação.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas por meio de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, é quantitativa, pela pesquisa de fatos e dados objetivos, e qualitativa, com a observação intensiva de determinados fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, causas e relações com outros fatos.

A NOVAÇÃO NO DIREITO CIVIL

São vários os modos de cessação da relação obrigacional, sendo essencial diferenciar a extinção de uma obrigação da extinção de um crédito. Esta ocorre quando certa contraprestação devida ao credor é satisfeita, independentemente de ter subsistido ou não a relação obrigacional existente entre as partes; e aquela ocorre quando a própria relação chega ao fim, mesmo que não tenha ocorrido a satisfação do credor.

É certo que esses dois momentos podem coincidir, mas existem casos em que a relação obrigacional chegará ao fim sem que se tenha extinguido o crédito dela decorrente, por isso os modos de extinção das obrigações são definidos em satisfatórios e não satisfatórios. Naqueles, o credor sempre receberá a prestação, seja direta ou indiretamente, sendo o pagamento o modo de extinção das obrigações com satisfação do credor por excelência. Outros exemplos são a compensação e a confusão, pois extinguem o crédito indiretamente. Nos modos de cessação não satisfatórios a relação obrigacional se extingue, sempre permanecendo o crédito. Exemplos destes são a remissão, a prescrição e a novação.

Assim, a novação é modo de extinção das obrigações não satisfatório no qual uma obrigação originária é substituída por outra criada para extinguir a anterior. No direito romano clássico, a novação já era utilizada. Nessa época, o instituto da cessão de crédito era desconhecido, uma vez que até então as obrigações eram consideradas personalíssimas, apenas sendo possível alterar uma obrigação por meio da extinção da original e constituição de uma nova. Até a instituição da "Poetelia Papiria" (326 A.C), portanto, quando o devedor deixou de responder pelas dívidas com seu corpo e passou a ter vinculado ao cumprimento da obrigação apenas seu patrimônio, a novação tinha características distintas da conhecida no direito moderno. Àquele tempo não era necessária a declaração de vontade das partes, sendo suficiente a ocorrência de algo novo na obrigação e a permanência do mesmo valor do débito original³.

No direito pós-clássico o instituto evoluiu, e a declaração de vontade das partes tornou-se indispensável para que restasse caracterizada a novação. Como esse modo de extinção das obrigações passou a decorrer de acordo de vontades, não é mais necessário que ocorra equivalência patrimonial entre a obrigação originária e a novada.

Com o desenvolvimento do princípio da transmissibilidade no direito moderno e a evolução do instituto da cessão de crédito, no entanto, a novação foi perdendo importância, visto que a

3 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70-71.

transmissão da obrigação é mais proveitosa ao credor em alguns aspectos, como a manutenção das garantias da obrigação transmitida, e a sua vinculação ao mesmo negócio jurídico que lhe deu base, o que não ocorre com a novação, já que não é mero meio de transmissão, mas modo de extinção das obrigações sem pagamento.

A novação é, ao mesmo tempo, modo de extinção e de criação de obrigações. Acontece por ato de vontade das partes, por meio da criação de uma obrigação com o objetivo de extinguir outra. É, assim, modo extintivo não satisfatório.

Tem natureza contratual, uma vez que, além de decorrer do encontro de vontades, as partes precisam observar os requisitos necessários à validade do ato praticado, que são os gerais, em conjunto com os específicos do modo de extinção das obrigações em estudo. A respeito da natureza jurídica da novação, Orlando Gomes assim preleciona⁴:

A extinção da dívida por novação opera-se em consequência de ato de vontade dos interessados; jamais por força da lei. Diz-se, por isso, que a novação tem natureza contratual. Resulta, efetivamente, do concurso de vontades. Exige-se, por essa razão, que as partes observem os requisitos necessários à validade dos contratos em geral. Seria, em suma, um contrato liberatório.

A novação não é um contrato em sentido técnico, como doutrina Caio Mário da Silva Pereira⁵, mas deve obedecer aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral e decorrer de acordo com as vontades, sendo por isso definida sua natureza jurídica contratual.

ELEMENTOS ESSENCIAIS

Além dos elementos de validade previstos para realização dos atos jurídicos em geral, a novação possui três requisitos próprios, também indispensáveis para sua perfeita existência.

O primeiro deles é a obrigação antiga, que deve ser válida para que possa ser extinta, não importando se é exigível ou não. A obrigação anulável pode ser novada, sendo impossível, no entanto, que a obrigação nula o seja. Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁶:

Não comporta discussão o requisito da *eficácia*: se é possível que uma *obrigação anulável* se confirme por novação (Código Civil de 2002 art. 367), o que nada tem de estranho, por ser da própria natureza da anulabilidade a sua confirmação ou ratificação, é contudo impossível que uma obrigação *nula* ou *perempta* se nove.

O segundo requisito é a criação de obrigação nova, que extingue a anterior no momento em que é criada. Também tem que ser válida, não atingindo o fim de extinguir a obrigação originária se for nula.

Por fim, é essencial o "*animus novandi*" para que se complete a novação. Se as partes não tiverem a intenção de novar a obrigação originária, esta terá sido apenas confirmada pela posteriormente criada. A declaração de vontade pode ser expressa ou tácita, existindo dificuldade prática de auferir se realmente ocorreu no último caso.

O mesmo autor anteriormente citado⁷ utiliza o critério da incompatibilidade para os casos de novação tácita: "Há novação, quando a segunda obrigação é incompatível com a primeira, isto é, quando a vontade das partes milita no sentido de que a criação da segunda resultou na extinção da primeira. Ao contrário, não há se elas podem coexistir." O importante é que o "*animus novandi*" seja inequívoco, independentemente de ter sido explícito ou implícito. Inexistindo a declaração de vontade das partes, não há novação.

4 GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 136.

5 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 283.

6 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**, p. 276.

7 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**, p. 279.

O primeiro e principal efeito da novação é a extinção da obrigação originária sem pagamento. Desse decorrem outros efeitos lógicos, quais sejam, a igual extinção das obrigações acessórias e das garantias existentes sobre a obrigação novada. Os privilégios e as garantias da obrigação anterior só subsistirão se ocorrer ajuste expresso de todas as partes interessadas.

As exceções e os vícios da antiga também não subsistem na nova. Assim, ocorrendo novação, o credor perderá as ações pertinentes à velha relação, ficando apenas com as exceções e os vícios que ocasionalmente ocorram na nova.

Tais efeitos foram essenciais para que a novação perdesse seu valor no direito moderno, sendo pouco utilizada na atualidade, frente aos modos de transmissão das obrigações, que ocasionam a mera sucessão do crédito, não operando a extinção, o que é mais interessante para o credor.

De fato, levando-se em consideração que até as exceções e os vícios da obrigação originária se extinguem na novação, a cessão de crédito pode ser mais interessante até mesmo para o devedor, que poderá valer-se dos defeitos do negócio jurídico transmitido para eximir-se do adimplemento, se for o caso.

A novação perdeu tanto sua importância no direito civil, que alguns diplomas legais modernos não chegaram sequer a prevê-la especificamente, a exemplo do Código Alemão e do Código Suíço das Obrigações. No primeiro, as regras pertinentes à novação estão previstas nos capítulos da cessão de crédito e da dação em pagamento, e no segundo também não há regras específicas a respeito do tema⁸.

Apesar da tendência do Direito Moderno, entretanto, não se pode dizer que o instituto da novação entrou em desuso, até porque se encontra expressamente disciplinado no Código Civil de 2002, e ainda possui utilização prática, como na renegociação de dívidas, por exemplo. Nesse contexto, nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, com algumas peculiaridades que serão a seguir tratadas, previu expressamente que, após a aprovação e a homologação do plano de recuperação no âmbito da recuperação judicial, ocorrerá a novação dos créditos originários, o que trouxe ao instituto nova importância no direito brasileiro.

A NOVAÇÃO NA LEI DE FALÊNCIA E A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Para contextualizar o instituto da novação na sistemática da recuperação judicial, é indispensável estabelecer quais os objetivos da Lei nº 11.101/2005 para a reestruturação das empresas em crise.

A nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas foi importante para incentivar o investimento e o crédito no Brasil, uma vez que o regime anterior, regulamentado pelo Decreto Lei nº 7.661/45, não propiciava a negociação entre devedor e credores, com um sistema inflexível que gerava processos demorados e infrutíferos. Na nova sistemática, é buscado o equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas, para que a atividade possa subsistir, ou para que a empresa seja liquidada da forma mais eficiente possível.

Ao contrário da antiga concordata⁹, a recuperação judicial não se trata de mero favor legal, no qual era concedido um alargamento de prazo para que o empresário ou a sociedade empresária postergasse no tempo o adimplemento de suas dívidas, consistindo em verdadeiro mecanismo de manutenção da atividade empresarial viável.

O sistema de recuperação de empresas instituído pela nova lei, seguindo a tendência do direito estrangeiro, especialmente do francês e do norte-americano, nos quais são amplas as possibilidades de recuperação da empresa em crise, mediante a direta participação e a fiscalização dos credores¹⁰,

8 MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil**, vol. 4: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

9 Decreto Lei n. 7.661/45, art. 139 e seguintes.

10 LISBOA, Marcos de Barros; DAMASO, Otávio Ribeiro; SANTOS, Bruno Carazza dos; COSTA, Ana Carla Abrão. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação**

e pautado pelas atuais necessidades econômicas, tem como principal foco exatamente a continuação da atividade exercida pelo empresário ou sociedade empresária em crise.

Assim, o próprio texto legal é explícito ao determinar, em seu artigo 47, os objetivos da recuperação judicial como sendo:

(...) viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Justifica-se a preocupação do legislador tendo em vista a importância das atividades empresariais para a manutenção econômica das pessoas, de outras empresas e do próprio estado, por meio da arrecadação de impostos.

A recuperação judicial terá lugar quando o devedor demonstrar que, apesar da crise financeira que enfrenta, sua atividade ainda é viável, sendo importante para a coletividade, gerando empregos, arrecadação tributária e atendendo todas as finalidades a que se presta.

O novo diploma legal se preocupa também com a satisfação dos credores, por mais que não seja seu foco principal, uma vez que são estes, e não o Poder Judiciário, que decidem, a partir de uma proposta do devedor, se a atividade merece subsistir. Não existe também uma ordem de preferência para o pagamento dos créditos, mas sim um plano de recuperação, proposto pelo devedor, e aprovado por acordo de vontade da maioria dos credores, no qual, além de outros meios de recuperação, ficará estabelecido de que forma e até que valor as dívidas serão quitadas.

O sistema de recuperação judicial é flexível, uma vez que a Lei nº 11.101/2005 não estabelece um rol taxativo de meios de recuperação para a empresa, mas sim possibilidades de reestruturação, que podem ser extrapoladas pelo devedor ao apresentar o plano de recuperação. São os próprios credores, no entanto, que decidem se a atividade empresarial ainda é viável, por meio da aprovação ou não do plano de recuperação proposto pelo devedor. A lei determina apenas algumas diretrizes e limitações, como o prazo para pagamento de créditos derivados da legislação trabalhista, mas, de maneira geral, fica livre às partes (credores e devedores) estabelecer os parâmetros da recuperação ou decidir por sua inviabilidade.

Após a homologação judicial do plano aprovado pela assembleia de credores, opera-se a novação dos créditos a ele submetidos, de acordo com o que preceitua o art. 59 da nova lei falimentar, transcrito "*ipsis literis*": "O plano de recuperação judicial implica a novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei".

Tal previsão legal é diametralmente oposta à da legislação anterior prevista para a concordata, que determinava expressamente não haver novação dos créditos a ela submetidos¹¹. No novo sistema legal, todavia, a novação dos créditos é essencial, pois a extinção do crédito originário garante que o plano de recuperação seja cumprido e exigido nos exatos moldes estabelecidos.

CARACTERÍSTICAS DA NOVAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Não é tarefa simples definir qual seria a natureza jurídica da novação prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005, já que ela variará de acordo com o que se considera a natureza jurídica da própria recuperação judicial e do plano de recuperação dela decorrente.

Para Jorge Lobo¹², "A recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*".

Segundo o citado doutrinador, seria ato coletivo processual, pois as vontades partes convergem até formarem uma única vontade, sob a direção e a fiscalização do Poder Judiciário. Seria também **de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

11 Decreto Lei n. 7.661/45, art. 148. "A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores dêste e os responsáveis por via de regresso".

12 LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Co-mentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172.

um favor legal, posto que, mediante o atendimento de alguns requisitos, garante ao devedor o saneamento da situação de crise financeira por meio da concessão de benefícios legais. Por fim, seria uma obrigação *ex lege*, uma vez que, homologado o plano de recuperação, ocorre a novação dos créditos submetidos ao regime de recuperação judicial¹⁰.

Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn¹³ analisam a natureza jurídica da recuperação judicial, chegando à conclusão de que se trata de regime contratual, por mais que seja necessária a homologação pelo Poder Judiciário:

Poder-se-á dizer que o plano é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, com o que se reduzem custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta.

Deve-se considerar que a recuperação judicial é, de fato, um ato complexo, no qual a formação da vontade das partes envolvidas é supervisionada pelo Poder Judiciário. É certo, contudo, que todas as decisões de mérito que ocorrem no decurso do processo de recuperação judicial são tomadas pelos credores, cabendo ao juiz e ao Ministério Público somente a fiscalização formal do trâmite, de modo a evitar eventuais nulidades. O processo de recuperação judicial, portanto, é de jurisdição voluntária; e o plano dela decorrente tem natureza contratual, por mais que seja necessária sua homologação judicial.

Dessa forma, a novação prevista no art. 59 da nova lei terá, assim como no direito civil, natureza contratual, decorrente da vontade das partes, com a ressalva de que, no âmbito do regime concursal, ocorrerá se verificada a vontade da maioria, e não a vontade individual como seria necessário no caso de um ato isolado.

Identifica-se, nesse caso, que um dos mais relevantes princípios do direito societário, o princípio majoritário, o qual traduz o poder da maioria de decidir sobre a forma de condução dos negócios sociais e reavaliar estratégias e características da sociedade durante toda a vida social, foi utilizado na aplicação da novação no âmbito da recuperação judicial de empresas.

Como se observa, a novação dos créditos derivada da aprovação do plano de recuperação judicial da empresa, devidamente homologada pelo juízo falimentar, apresenta-se de forma "*sui generis*". Na contramão da recuperação judicial, encontra-se a própria segurança jurídica dos contratos, motivo pelo qual o legislador fez importante ressalva com relação à conservação de determinados direitos do credor. Neste sentido, Jorge Lobo¹⁴ se manifesta:

Os credores do devedor, embora sujeitos aos efeitos da decisão proferida na ação de recuperação judicial (art. 59), manterão intocados os direitos e privilégios que possuam contra: a) os coobrigados ou co-devedores solidários (p. ex., avalistas e endossantes de títulos de créditos emitidos pelo devedor); b) os fiadores; e c) os obrigados de regresso (art. 49, §1º), podendo deles cobrar, no juízo competente, o que lhes for devido e abater dos créditos habilitados e julgados o que houverem recebido dos coobrigados.

Assim, o instituto da novação, aplicado na recuperação judicial de empresas, apresenta-se de forma "*sui generis*", porquanto, apesar de advir de manifestação de vontade das partes, não decorre de vontade individual, e sim da palicação do princípio majoritário. Esse fato apenas não lhe retira a natureza contratual, assim como não a retira dos atos societários das sociedades contratuais.

Decorrem, daí, diversos aspectos únicos disponíveis a esta figura jurídica no escopo da interpretação teleológica da lei em comento com o ordenamento jurídico pátrio, como será abordado nos tópicos posteriores.

Entende-se dessa maneira, pois, no pertinente à Lei nº 11.101/2005, deve ser interpretada à luz das diretrizes do direito e da economia, de modo a buscar uma solução eficiente para o momento de crise financeira da empresa, e que beneficie a coletividade uniformemente, o que pode ocasionar algum prejuízo às partes envolvidas, individualmente. Assim, o plano de recuperação, que novará

13 FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 233.

14 LOBO, Jorge. Arts. 34 a 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Co-mentários à lei de recuperação de empresas e falências**. São Paulo: Saraiva, 2005, p 136.

todos os créditos anteriores à recuperação, já que a ele submetidos, valerá igualmente para todos os credores envolvidos, por mais que tenham sido a este contrários.

Com relação aos requisitos da novação da recuperação de empresas, levando-se em consideração que sua natureza jurídica é essencialmente a mesma daquela prevista para o direito civil, seus requisitos também serão similares com breves ressalvas.

No âmbito da recuperação judicial, também é essencial que exista uma obrigação originária, anterior ao pedido realizado pelo devedor¹⁵. Da mesma forma, é necessária a obrigação nova, criada com o objetivo de extinguir o crédito originário. No caso, esta será proposta pelo devedor, ao apresentar o plano de recuperação e só operará a novação dos créditos após a homologação judicial¹⁶.

Por fim, a manifestação de vontade das partes também é elemento essencial nesta modalidade de novação e ocorre com a aprovação do plano de recuperação. O detalhe, neste ponto, é que não é necessária a anuência da unanimidade de credores, ficando todos os submetidos ao regime de recuperação judicial vinculado ao plano em caso de aprovação, por mais que tenham sido a ele contrários.

EFEITOS

No âmbito do regime concursal, a novação também tem o efeito de operar a extinção do crédito anterior ao pedido de recuperação, resultado também presente na novação do direito civil, porém esse efeito não se estende às garantias originais do crédito, ao contrário do observado no regime civilista.

Mesmo a extinção da obrigação por novação no regimento da Lei nº 11.101/2005 é precária, uma vez que a lei prevê a possibilidade de restituição dos direitos e das garantias dos credores nos moldes originariamente contratados, caso a recuperação judicial seja convolada em falência. Isso ocorrerá se, no prazo de dois anos em que o devedor passa em estado de recuperação, este venha a descumprir alguma das obrigações previstas no plano¹⁷.

Tal efeito da convalidação em falência seria inconcebível na novação prevista no Código Civil de 2002, uma vez que, naquela disciplina legal, sendo a obrigação nova plenamente válida, não existirá hipótese de reconstituição da obrigação novada. Apesar de tal possibilidade, não há dúvidas de que se opera a extinção do crédito originário com a aprovação e a homologação do plano de recuperação judicial, tendo em vista que o instituto da novação é modo de extinção de obrigações por excelência, por mais que sem pagamento.

O efeito mais polêmico da novação na recuperação judicial, todavia, é a manutenção das garantias das obrigações nos moldes e no valor originariamente pactuados. Assim, mesmo diante da extinção do crédito anterior para o devedor em situação de recuperação judicial, seus eventuais garantidos, como fiadores e avalistas, assim como outros tipos de garantias, serão mantidos e poderão ser executados pelo credor no valor originário do crédito.

Os eventuais garantidores e coobrigados permanecerão com direito de regresso, mas, para isso, terão que se habilitar na recuperação judicial, no estado em que se encontrar.

Note-se que a doutrina não é pacífica com relação à manutenção das garantias pessoais no caso da novação prevista na Lei 11.101/05. Assim, Jorge Lobo¹⁸ sustenta da seguinte maneira:

Manutenção das garantias reais e pessoais: arts. 59 e 49, § 1º. O plano de recuperação, aprovado pela assembléia geral e homologado pelo juízo, altera o objeto da obrigação ou substitui o sujeito passivo ou ambos, mas, atente-se, não modifica as garantias originais das obrigações novadas, quer as reais, quer as pessoais, que se mantêm íntegras, conforme dispõe o art. 49, § 1º e é reafirmado pelo art. 59 "caput".

15 Lei n. 11.101/2005, art. 49. "Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos".

16 Lei n. 11.101/2005, art. 59. "O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei".

17 Lei n. 11.101/2005, art. 61, § 2º. "Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial".

18 Op. Cit. pp 156-9.

Observe-se, por oportuno, que o Código Civil, no art. 364, estabelece, taxativamente, que a “novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário”, ficando, portanto, acentua Orlando Gomes¹⁹, exonerado o fiador se a novação for concluída sem o seu consentimento.

“*In casu*”, embora não tenha havido acordo entre o devedor principal, seu fiador e o credor quanto à subsistência da garantia fidejussória na hipótese de novação da obrigação ou dívida afiançada, as normas que devem prevalecer são as dos arts. 49, § 1º e 59 ‘caput’, da LRE, e não as do art. 364 do CC, a primeira, porque, não obstante a doutrina, ao tratar do período “sempre que não houver estipulação em contrário”, enfatizada pelo art. 364, costume trabalhar com a hipótese de cláusula acordada, por mútuo consenso, em contrato sinalagmático, pelo devedor, credor e fiador, é legítimo entendê-la como estipulação prevista em lei, e somente o é a constante dos arts. 49, § 1º e 59, “caput”, da LRE; a segunda, porque, como é curial, a solução corriqueira do conflito de leis deriva da aplicação do critério hierárquico e/ou cronológico e/ou da especialização, os quais, no caso em tela, levam à conclusão de que, desprezado o da hierarquia, pois ambas as leis - o CC e a LRE - têm igual hierarquia, os outros dois penderiam para a LRE, porque ela é posterior e trata especificamente da subsistência da fiança na hipótese de novação da obrigação afiançada; a terceira, porque a LRE é de ordem pública, devendo prevalecer o seu comando; a quarta, porque, “*ex vi*” do art. 61, § 2º, se convolada em falência a recuperação judicial, “os credores terão reconstituídos os direitos e garantias nas condições originalmente contratadas”, o que seria defeso se houvesse perecido na forma do art. 364 do CC.

Manoel Justino Bezerra Filho²⁰ segue a mesma linha de entendimento:

O credor com garantia de terceiro (v.g. aval, fiança etc), mesmo sujeitando-se aos efeitos da recuperação, pode executar o garantidor. Um exemplo facilitará o entendimento: suponha-se uma limitada que emitiu uma nota promissória em favor de qualquer credor, tendo o sócio dessa limitada (ou qualquer terceiro) avalizado o título. Mesmo que o crédito esteja sujeito aos efeitos da recuperação, o credor pode executar o avalista. Deverá cuidar para, recebendo qualquer valor em qualquer das ações, comunicar nos autos da outra tal recebimento. Neste caso (aval pleno), não há, por óbvio, qualquer limite ao valor em execução, ante a autonomia das relações cambiais.

Mais adiante, prossegue o mesmo doutrinador²¹, ao tratar do art. 50:

O artigo prevê que a aprovação do plano de recuperação implica novação dos créditos anteriores ao pedido, novação que ocorre conforme previsto no art. 360 do Código Civil. Todos os credores sujeitos ao plano estão obrigados a ele, mantendo-se, porém, intocadas as garantias reais anteriormente existentes sobre bens, bens estes que somente poderão ser liberados ou substituídos com expressa anuência do titular da garantia (§ 1º do art. 50).

Portanto se concedida a recuperação na forma do art. 58, fica automaticamente sustada a previsão do § 4º do art. 6º, de tal forma que permanecerão suspensas as ações e as execuções contra o devedor. Porém as execuções contra os coobrigados não sofrem qualquer interferência, na forma do que dispõe o § 1º do art. 49, reiterada tal posição no art. 59, que faz ressalva expressa ao mencionar que a novação se dá “sem prejuízo das garantias”. Este, aliás, é o sistema de nossa legislação, repetindo-se aqui o que já vinha previsto no art. 148 do Decreto-Lei nº 7.661/45 para a concordata no que tange à manutenção dos coobrigados, dos fiadores e dos obrigados de regresso.

Em sentido contrário, Rachel Sztajn²² aduz:

O art. 59, que faz remissão ao art. 50, § 1º, reproduz a norma em comento pelo que se deve considerar que interessa saber da possibilidade de exigir ou executar as garantias relativamente a tais créditos. Mantendo-se alguma coerência entre o sistema jurídico e o objetivo da nova Lei,

19 GOMES, Orlando. **Obrigações**. p. 140.

20 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 146-147.

21 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo. p. 183-184.

22 SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 229.

sugere-se interpretar o parágrafo no sentido de que as garantias, como acessório, seguem o principal, o crédito. Em assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os créditos garantidos, ou seja, não podem ser executadas de imediato.

No mesmo esteio é a posição de Eduardo Secchi Munhoz²³, ao afirmar:

A parte final do “caput” do dispositivo estabelece que a novação decorrente da aprovação do plano de recuperação ocorre sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50. Uma interpretação possível seria a de que a lei pretendeu ressaltar dos efeitos da novação todas as garantias, permanecendo obrigados perante os credores, por exemplo, os fiadores ou quaisquer terceiros que tenham oferecido bens de sua propriedade em garantia da dívida. Essa, porém, não parece constituir a interpretação adequada da norma, por conflitar com a disciplina da novação, tal como regulada no Código Civil. Em regra, segundo a lei civil, a novação extingue os acessórios e garantias da dívida novada, admitindo-se que as partes estipulem em contrário...

Apesar do entendimento de parte da doutrina acerca da subordinação das garantias contratuais à novação imposta no plano de recuperação judicial, este não parece ser o entendimento mais acertado acerca da temática, uma vez que a imposição legal apresentada visa trazer ao procedimento maior segurança jurídica. Esta novação decorre de uma legislação que se aplica a empresários em situações muito específicas e não faria sentido aproveitar regras pertinentes a outros casos que não se encontram nas mesmas circunstâncias. Se ocorre a manutenção da fiança, nos moldes contratados, o que dizer do aval, que sequer é garantia acessória, sendo autônomo com relação à obrigação avalizada?

Muitos contratos firmados entre as empresas e os seus credores têm a figura das garantias como mecanismo de viabilidade na celebração, pois o risco do negócio faz com que a empresa devedora necessite de outrem para garantir, em caso de insucesso, o acerto das contas.

Se, no momento da recuperação judicial, a empresa credora não mais puder exigir do garantidor, que, destaque-se, não está passando pela dificuldade econômico-financeira em questão, o cumprimento da dívida, melhor seria não haver contratado com o devedor, pois de nada valeu a garantia para salvaguardar a negociação.

Fundamental lembrar que a importância maior da recuperação da empresa é a de manter a cadeia produtiva, em que também está inserido o credor, numa verdadeira simbiose com o devedor e seus negócios. A satisfação do crédito pela via dos garantidores se mostra medida adequada para a resolução da crise, pois soluciona o desfalque causado ao credor, mantendo honrada a dívida, além de trazer novo impulso aos demais envolvidos na crise.

A EXTINÇÃO DO CRÉDITO ANTERIOR E A MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS: ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Diante da possibilidade de reconstituição dos créditos novados pelo plano de recuperação nos casos em que a recuperação judicial é convalidada em falência, chega-se à conclusão de que a extinção dos créditos originários está condicionada a tal evento futuro e incerto de maneira resolutiva.

Nesse sentido, a 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 990102534391, determinou a mera suspensão da execução então movida por credor que teve seu crédito novado, alegando não ser possível extinguir o feito, uma vez que a novação operada em decorrência da aprovação e da homologação do plano de recuperação judicial não seria definitiva²⁴.

23 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 293.

24 “Execução - Duplicatas - Aprovado pela Assembléia Geral de Credores o plano de recuperação judicial da agravante - Ação que foi ajuizada, exclusivamente, em face da agravante - Arts. 58, “caput”, 59, “caput”, e 61, §§ 1o e 2o, da Lei 11.101/2005 - Aprovado e homologado o plano de recuperação judicial, os créditos devem ser cumpridos de acordo com as condições nele estabelecidas. Suspensão do processo - Execução - Aprovação do plano de recuperação judicial da agravante - Descumprimento de obrigações assumidas nesse plano que enseja a decretação da falência da empresa - Direitos e garantias dos credores que, com a decretação de falência, são reconduzidos às condições em que

Em seu voto, o relator do recurso explicou que “a novação, efetivada na esfera da recuperação judicial, é sempre condicional”, e que por isso não seria prudente a extinção do processo de execução movido contra o devedor, pois durante o prazo de dois anos em que permanecesse em recuperação existiria a possibilidade de reconstituição do crédito executado.

Esse entendimento, no entanto, não condiz com os objetivos da LRE. Primeiramente porque a novação sempre operará a extinção, por meio da constituição de uma obrigação nova. O crédito anterior ao plano não pode subsistir em conjunto com o estipulado no plano de recuperação, sob pena de ser possível ao credor executar tanto o crédito novo como o novado.

Em segundo lugar, operando-se a convalidação da recuperação judicial em falência, a extinção da ação de execução do crédito originário também ocorrerá, uma vez que este entrará no juízo universal do processo falimentar.

Portanto, aprovado o plano de recuperação, com a homologação judicial e a concessão do estado de recuperação judicial do devedor, as execuções decorrentes dos créditos novados contra este movidas deverão ser extintas, pois o pagamento daqueles não pode mais ser exigido do devedor.

Como a sentença homologatória é título executivo judicial, restará ao credor buscar a satisfação do crédito nela constante. Em caso de descumprimento do plano de recuperação, se esgotado o período de recuperação, o titular do crédito poderá ingressar com ação executória para obter o valor nos moldes ali estipulados ou pedir a falência do devedor ou, ainda, se o descumprimento ocorrer durante esse período, pode ser requerida a convalidação da recuperação judicial em falência, restando impossibilitada a execução individual na forma originalmente pactuada.

Em contrapartida, se o crédito novado estiver garantido, os efeitos serão diversos, posto que as garantias são mantidas nos exatos termos anteriores. Essa é a principal peculiaridade da novação no âmbito da recuperação judicial, por ser efeito diverso do previsto no regime do direito civil, sendo, portanto, efeito novo e, até a promulgação da nova lei falimentar, desconhecido no direito brasileiro.

Nesse caso, o credor não poderá ingressar com ação executória contra o devedor, muito menos continuar a que estiver em curso, mas certamente poderá movê-la contra os eventuais garantes e coobrigados da obrigação originária, dos quais são exemplo o fiador e o avalista. Como a novação do regime concursal não tem como efeito a extinção das eventuais garantias, a ação executória será movida contra os coobrigados de acordo com os termos originalmente pactuados. Gadston Mamede²⁵ é didático ao explicar que:

(...) se o plano aprovado e objeto de decisão concessiva previu a redução em 30% do valor dos créditos contra o empresário ou sociedade empresária, o credor conservará o direito de cobrar 100% dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso; igualmente, se o plano previu um alargamento de seis meses no prazo de vencimento do crédito, o direito de cobrança e execução contra coobrigados, fiadores ou obrigados de regresso se fará conforme o tempo original da obrigação (...).

É indubitável que as execuções existentes contra coobrigados do devedor não serão suspensas após deferido o processamento do pedido de recuperação judicial, também não sendo extintas após a aprovação do plano, já que os efeitos da novação no regime concursal são limitados à pessoa do devedor, podendo ser estendido aos garantes somente mediante manifestação de vontade dos credores. O mesmo autor²³ explica que o direito de cobrança contra os coobrigados permanece, sendo direito, no entanto, disponível do credor:

(...) a autonomia das relações jurídicas vinculadas ao crédito sujeito à recuperação judicial, haja vinculação por acessoriedade (como na garantia fidejussória) ou haja vinculação por colateralidade (como na hipótese de coobrigação fruto, por exemplo, de solidariedade passiva), tem por efeito direto não beneficiar o terceiro (coobrigado, fiador ou obrigado de regresso) com eventual

foram originariamente contratadas, descontadas eventuais quantias pagas - Novação, efetivada na esfera da recuperação judicial, que é sempre condicional - Prematuro o pedido de extinção do processo executivo - Extinção que não se harmoniza com a sistemática da Lei 11.101/2005 - Viabilidade da suspensão da execução até o efetivo cumprimento, pela agravante, das obrigações previstas no plano de recuperação judicial - Agravo provido em parte.” (TJSP Ag. Instr. 990102534391 Rel. José Marcos Marrone 23^aCC DJU 19/10/2010).

25 MAMEDE, Gladson. **Direito Empresarial Brasileiro: Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 195.

alteração relativa ao *quantum* (valor do crédito), modo ou tempo de adimplemento, ainda que constante do plano de recuperação devidamente aprovado e objeto de decisão concessiva, na forma do art. 58 da Lei 11.101/05: salvo qualquer concessão de sua parte, o credor conservará integral direito contra o coobrigado, fiador ou obrigado de regresso (...)

Ao julgar o agravo de instrumento nº 0322490-94.2010.8.26.0000²⁶, a Câmara reservada à Falência e Recuperação Judicial do TJSP entendeu que, caso o plano de recuperação estendesse os efeitos da novação às garantias do crédito a ele sujeito, tal cláusula seria eficaz apenas àqueles que assim votaram na assembleia, não sendo aplicável aos credores que aprovaram o plano com ressalva da respectiva cláusula, se abstiveram, ou não compareceram. O entendimento, encontrado em vários outros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁷, contudo, não é compatível com os pressupostos e os objetivos da nova Lei de Falência e Recuperação Judicial.

Conforme bem explica Jorge Lobo²⁸, homologado pelo juízo o plano de recuperação judicial, “implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral”.

O autor é influenciado por George Ripert²⁹, que à época em que ainda era vigente no direito francês a concordata preventiva, assim doutrinou:

Les créanciers qui n'ont pas produit, ceux qui n'ont pas été présents à l'assemblée de concordat, ceux qui ont voté contre le concordat, sont *obligés de subir l'effet du concordat*. Leur droit se trouve modifié par une décision majoritaire. La protection des minorités se trouve dans l'observation des trois grandes principes qui dominent la conclusion du concordat: 1° impossibilité d'un sacrifice total; 2° interdiction de modifier la nature du droit; 3° respect de l'égalité entre les créanciers.

A doutrina de Ripert, por mais que pensada para o sistema da concordata, se aplica perfeitamente à recuperação judicial da nova lei brasileira, pois resume de maneira clara e objetiva que, para os credores representantes da minoria, ocorre sacrifício da vontade pessoal em favor da coletividade. Assim, todos os titulares de créditos habilitados na recuperação judicial ficarão uniformemente obrigados aos termos do plano de recuperação.

O julgamento mencionado, portanto, está em desacordo com os princípios regedores dos regimes concursais, pois aplica o plano de recuperação de maneira diferente entre os credores envolvidos, tendo como fundamento a maneira como votaram na assembleia de aprovação deste. A exegese do art. 59, § 1º da Lei nº 11.101/2005 não permite tal interpretação, uma vez que dá ao plano homologado *status* de título executivo judicial, e não seria possível executar os coobrigados se o respectivo título expressamente prevê o oposto.

Dessa maneira, caso a maioria dos credores entenda pela extensão dos efeitos da novação às garantias do crédito sujeito à recuperação judicial, com a aprovação e a homologação do plano, que, repita-se, é título executivo judicial, não será possível aos titulares da minoria contrária ao ali consignado executar os coobrigados.

26 AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO QUE CONTÉM CLÁUSULA QUE ESTENDE OS EFEITOS DA NOVAÇÃO AOS COOBIGADOS, DEVEDORES SOLIDÁRIOS, FIADORES E AVALISTAS. CREDOR QUE VOTA PELA APROVAÇÃO DO PLANO, RESSALVADA A CLÁUSULA EXTENSIVA DA NOVAÇÃO AOS GARANTIDORES E AVALISTAS. A NOVAÇÃO PREVISTA COMO EFEITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO TEM A MESMA NATUREZA JURÍDICA DA NOVAÇÃO DISCIPLINADA PELO CÓDIGO CIVIL. Validade e eficácia da cláusula extensiva da novação aos garantidores em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, sem ressalvar aludida cláusula. Ineficácia da cláusula extensiva em relação aos credores que aprovaram o plano com ressalva expressa objetando indigitada cláusula. Reconhecimento do direito dos credores impugnantes da cláusula extensiva de intentar ou prosseguir nas ações contra avalistas e demais garantidores. Agravo provido. (TJSP; AI 0322490-94.2010.8.26.0000; Ac. 4926056; São Paulo; Câmara Reservada À Falência e Recuperação; Rel. Des. Pereira Calças; Julg. 01/02/2011; DJESP 01/04/2011).

27 Agravos de Instrumento n.s 0394992-31.2010.8.26.0000, 0098863-45.2010.8.26.0000, 0397254 51.2010.8.26.0000.

28 LOBO, Jorge. Arts. 34 a 69. In: TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Co-mentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. p. 172.

29 RIPERT, George. **Traité élémentaire de droit commercial**. 9. ed. atual. por René Roblot. Paris: LGDJ, 1981, p. 897.

A jurisprudência, com efeito, tem se manifestado pela aplicação dos termos da lei. Tome-se como exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem entendimento predominante no sentido de que a concessão da recuperação judicial para empresa devedora não afeta as garantias dos débitos sujeitos ao plano, podendo os credores cobrarem as dívidas dos coobrigados, fiadores ou avalistas, pelo valor integral a partir dos respectivos vencimentos.

Na mesma linha interpretativa, a Corte paulista não aplica a causa suspensiva do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, às execuções promovidas contra a empresa em recuperação e aos seus avalistas ou fiadores, ordenando-se a suspensão exclusivamente em relação à recuperanda, com o prosseguimento da execução em face dos coobrigados, conforme se vê:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO CONTRA FIADOR DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO PELO FIADOR. MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 6º, 40 E 59 DA LEI Nº II. 101/2005, A NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA. A semelhança do que ocorria na lei anterior com a concordata preventiva deferida, o deferimento do processamento da recuperação judicial (art. 52) não interfere nas relações do credor da empresa afiançada com os fiadores, contra os quais a execução deve prosseguir normalmente, pois a "novação" do artigo 59 ressalva expressamente as garantias, que não são atingidas pela recuperação. Os direitos contra os coobrigados são conservados íntegros, na forma do que prevê o § 1º do art. 49 e a suspensão prevista no art. 6º apenas beneficia o "devedor" (sociedade empresária) e não os garantes (sócios quotistas da limitada). A execução deve prosseguir normalmente, cuidando o credor para informar na recuperação, eventual valor recebido na execução e informar na execução, eventual valor recebido na recuperação. (Agravo de Instrumento nº 7.067.494-5, Rei. Des. Sampaio Pontes, julgado em 24.10.2006).

Especificamente acerca da fiança, o entendimento de que a novação, tal como se apresenta na recuperação judicial de empresas, não exonera as garantias, também deve ser aplicado, por mais que, sob a ótica do Código Civil, em se tratar de figura acessória, deva seguir a sorte da obrigação principal e ser extinta. Neste sentido, verifica-se:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE CONTÉM CLÁUSULA QUE ESTENDE OS EFEITOS DA NOVAÇÃO AOS COOBIGADOS, DEVEDORES SOLIDÁRIOS, FIADORES E AVALISTAS. CONCESSÃO DO PLANO COM APLICAÇÃO DO "ERAM DOWN" DO ART. 58, § 1º E INCISOS DA LRF. A novação prevista como efeito da recuperação judicial não tem a mesma natureza jurídica da novação disciplinada pelo Código Civil. Pretensão de credor de acolhimento de sua objeção colimando a nulidade da cláusula extensiva da novação aos garantidores fidejussórios (fiadores e avalistas). Nulidade não reconhecida. Validade e eficácia da cláusula em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, por se tratar de direito disponível, que ao assim votarem, renunciaram ao direito de executar fiadores/avalistas durante o prazo bienal da "supervisão judicial". Ineficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados pessoais (fiadores/avalistas) em relação aos credores presentes à Assembléia-Geral que se abstiveram de votar, bem como aos ausentes do conclave assemblear. Evidente ineficácia da cláusula no que se refere aos credores que votaram contra o plano e, "a fortiori", aos credores que formularam objeção relacionada com a ilegalidade da cláusula extensiva da novação. Agravo provido, em parte, para reconhecer a ineficácia da novação aos coobrigados por débitos da recuperanda, dos quais a agravante é a credora. Extensão dos efeitos deste julgamento aos credores ausentes, abstinentes e aos que formularam objeção à cláusula hostilizada. (Agravo de Instrumento nº 7.180.757-7, julgado em 27/11/2007, relatado pelo Des. Roberto Bedaque).

A aplicação da novação não extingue as garantias, conservando o credor de devedor em recuperação judicial seus direitos e privilégios contra os coobrigados, os fiadores e os obrigados de regresso. O que se verifica, pela interpretação teleológica da LRE, é que a obrigação firmada antes da recuperação não chega a ser propriamente extinta, como forçosamente uma análise sob a visão da Carta Civil possa conduzir, mas é, tão-somente, substituída condicionalmente pela obrigação originária da aprovação e da posterior homologação do plano de recuperação judicial.

A substituição é condicional resolutiva, no sentido de que só existe se forem efetivamente pagas as dívidas durante o prazo da recuperação. Fracassado o plano e decretada a quebra, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos durante a vigência do plano, havendo um verdadeiro retorno ao "*status quo ante*".

Ora, mais uma vez se constata a natureza "*sui generis*" do instituto da novação na recuperação judicial de empresas. Dessa forma, a concepção tradicional da fiança de que, por ser figura acessória, implicaria ao fiador responder apenas no caso do afiançado não cumprir com a sua obrigação, pois

estaria vinculada ao contrato principal de dívida de um obrigado e, no caso de novação, esta se extinguiria, aqui não se aplica. Tanto é que a própria lei, expressamente, emprega esta acepção quando não faz distinção entre os diversos tipos de garantia que um crédito pode possuir.

Em suma, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido de que, concedida a recuperação judicial, a novação não atinge os coobrigados, os fiadores, os obrigados de regresso e, especialmente, os avalistas, haja vista a autonomia do aval.

Por fim, acerca das garantias reais, o posicionamento da nova Lei Falimentar é de que estes créditos devam ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial, como justifica o Senador Ramez Tebet³⁰ na exposição de motivos da lei:

Segundo as regras estabelecidas para a recuperação judicial, o deferimento de seu processamento implica suspensão das ações e execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias. No entanto, a redação dada ao art. 48, § 3º, do PLC nº 71, de 2003, prevê a prevalência, na recuperação judicial, das condições contratuais originais quanto a créditos garantidos por alienação fiduciária ou decorrentes de arrendamento mercantil (leasing). Com isso, faculta-se a esses credores a busca e apreensão de bens de sua propriedade que se encontrem em poder do devedor. Essa situação prejudica as chances de recuperação de empresas que dependam desses bens para a continuação de suas atividades. Tome-se como exemplo uma indústria gráfica que tenha arrendado as máquinas impressoras com as quais trabalha. Se se der o direito ao arrendador de retirar essas máquinas durante o período de suspensão que caracteriza o início da recuperação judicial, fica inviabilizado o soerguimento da empresa, pois nenhum plano de recuperação será viável se a empresa não contar nem mesmo com a maquinaria indispensável à sua produção. Por outro lado, não se pode negar aos credores proprietários o direito de reaver seus bens, sob pena de se comprometer a segurança que caracteriza esses contratos e, assim, reduzir a efetividade de instrumentos que, reconheça-se, têm proporcionado, nas modalidades de crédito com garantia mais segura, como a alienação fiduciária, taxas de juros bastante inferiores à média praticada no País. Do ponto de vista prático, essa conciliação de interesses exige do legislador parcimônia na utilização de remédios extremos. No caso da alienação fiduciária e de outras formas de negócio jurídico em que a propriedade não é do devedor, mas do credor, é preciso sopesar a proteção ao direito de propriedade e a exigência social de proporcionar meios efetivos de recuperação às empresas em dificuldades. Por isso, propomos uma solução de equilíbrio: não se suspendem as ações relativas aos direitos dos credores proprietários, mas elimina-se a possibilidade de venda ou retirada dos bens durante os 180 dias de suspensão, para que haja tempo hábil para a formulação e a aprovação do plano de recuperação judicial. Encerrado o período de suspensão, todos os direitos relativos à propriedade são devolvidos ao seu titular. Como essas obrigações não se sujeitam à recuperação judicial, naturalmente o plano aprovado deverá prever o pagamento desses credores em condições satisfatórias, sob pena de estes exercerem o direito de retirada dos bens e inviabilizarem a empresa. A inspiração para essa solução decorre do disposto no art. 170 da Constituição, que tutela, como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social.

Tem-se, então, que os créditos com garantia de natureza real (em geral em poder de instituições financeiras) receberam tratamento diferenciado pela lei, não sendo novados, uma vez que não participam do plano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a enfrentar a conceituação da novação prevista no sistema de recuperação judicial brasileiro com a sua caracterização jurídica e suas principais consequências. A pesquisa não se mostra simples, uma vez que a doutrina especializada no estudo dos regimes concursais não costuma se aprofundar sobre o tema, e a construção jurisprudencial referente à matéria ainda é tímida. Na realidade, nos julgados encontrados, percebeu-se que o Poder Judiciário nem sempre tem resolvido de maneira uniforme as discussões geradas pela novação da nova lei de acordo com as diretrizes do direito econômico, que devem conduzir sua aplicação e interpretação.

A novação no regime de recuperação judicial tem similaridades com a prevista no direito civil, ou o legislador não a teria elegido como meio de garantir a plena aplicação do plano de recuperação, e apresenta natureza "*sui generis*". O objetivo no regime concursal também é a criação de um crédito

30 TEBET, Ramez. **Lei de recuperação de empresas**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7%E3o%20de%20empresas.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2011, p. 36-37.

novo para extinguir um anterior e os requisitos para que essa novação ocorra são substancialmente os mesmos da disciplinada no Código Civil de 2002.

O que se mostra diferente na previsão da Lei nº 11.101/2005 são os efeitos do instituto. O principal deles, a extinção da obrigação - no caso da recuperação judicial, do crédito - ocorrerá em qualquer das hipóteses, sendo apenas passível de reversão no regime concursal no caso de convalidação da recuperação judicial em falência, o que jamais seria aceito no regime civil.

O mais polêmico dos efeitos, a manutenção das garantias, não tem semelhança alguma com a disciplina do direito civil, que só o admite com inequívoca e unânime manifestação das partes envolvidas. No que tange à recuperação judicial, por sua vez, é efeito que decorre da lei, podendo, em contrapartida, ser extinto em conjunto com o crédito principal em caso de manifestação de vontade da maioria dos credores, não sendo necessária, nesse caso, a unanimidade. Do concessor da garantia não é preciso nem mesmo manifestação.

A natureza jurídica da novação no sistema da recuperação judicial certamente é contratual, pois, por mais que seja determinada por lei, sua verificação não decorre dela, mas da vontade da maioria dos credores. O Poder Judiciário tem papel meramente fiscalizatório no processo.

A manutenção das garantias nos moldes originalmente contratados, esta sim decorre da lei, podendo, no entanto, o plano de recuperação conter previsão diversa, já que se trata de direito disponível. Extinta a garantia, por sua vez, tal regra se aplicará para todos os créditos listados no plano, já que este se trata de título executivo judicial, válido uniformemente para todos os credores, sendo obrigatório diante da manifestação de vontade da maioria. A única possibilidade de que as garantias subsistam para uns créditos e para outros não é se o plano assim prever, o que não deixa de ser hipótese de aplicação uniforme. O que é inadmissível é a não aplicação de uma cláusula homologada pelo simples fato de que o credor, ao votar, foi a ela contrário. No regime concursal há verdadeira imposição da vontade da maioria.

Por ser a Lei nº 11.101/2005 recente, seus pontos polêmicos e contraditórios ainda não foram suficientemente tratados pela doutrina e pelos tribunais, mas, levando-se em consideração a razão que levou à sua promulgação, qual seja, a necessidade de uma disciplina legal moderna, que fosse compatível com a rapidez e a complexidade com que as transações comerciais ocorrem, os princípios norteadores da aplicação, da interpretação e da integração dessa nova lei devem ser os do direito econômico, de modo a que ela alcance, na prática, os objetivos para os quais foi criada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas** - Confrontada e Breves Anotações. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. O Processo da Recuperação Judicial. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005: comentário artigo por artigo**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Ana Carla Abrão. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HART, Oliver. **Different approaches to bankruptcy**. Harvard Institute of Economic Research, September 2000. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w7921>>. Acesso em: 18 de abril de 2011.

LISBOA, Marcos de Barros. DAMASO, Otávio Ribeiro. SANTOS, Bruno Carazza dos.

LOBO, Jorge. Arts. 34 a 69. *In*: TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Prática de Processo Falencial**. V 2. Do processo de concordata. 3. ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977.

MAMEDE, Gladson. **Direito Empresarial Brasileiro: Falências e Recuperação de Empresas**. V.4. São Paulo. Atlas, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, vol. 4: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da Recuperação Judicial *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**: em conformidade com a Lei nº 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de Empresas**: caracterização, avanços e limites. Revista DireitoGV 3, jan-jun 2006. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publicação/RDGV_03_p151_166.pdf. Acesso em: 18 de abril de 2011.

RIPERT, George. **Traité élémentaire de droit commercial**. 9. ed. atual. por René Roblot. Paris: LGDJ, 1981, tome II.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito e Economia. São Paulo. Quartier Latim, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de, PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.) **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falências**: Lei 11.101/2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel. Da Recuperação Judicial *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TEBET, Ramez. **Lei de recuperação de empresas**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/ramez/lei%20de%20recupera%E7%E3o%20de%20empresas.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. **A reforma da lei de falências e a experiência do direito estrangeiro**. Revista do Advogado n. 32. AASP