

Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros

Pedro Rebello Bortolini¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Renata Mota Maciel M. Dezem²

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial (a suspensão das ações e execuções contra o devedor por 180 dias). 2.1. A fiança. 2.2. O aval. 3. Efeitos da concessão da recuperação judicial (novação recuperacional?). 4. O descumprimento do plano de recuperação. 5. A extinção das garantias pelo plano de recuperação (oponibilidade aos credores dissidentes). 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

As questões versadas neste trabalho são das mais polêmicas envolvendo a nova lei de recuperação de empresas e falências (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, doravante referida apenas por LRF). Dizem respeito aos efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas em benefício do devedor por terceiros (muitas vezes seus sócios e/ou administradores).

Acerca desse tema, porém, é preciso fazer algumas distinções, nem sempre observadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Em primeiro lugar, as questões envolvendo as garantias na recuperação judicial devem ser estudadas a partir de duas situações distintas, relacionadas a eventos processuais diferentes, que não se confundem, sobretudo quanto aos seus efeitos.

A primeira situação diz respeito ao deferimento do *processamento* da recuperação judicial, que gera a suspensão das execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias (LRF, art. 6º, § 4º)³. Debate-se se essa suspensão também favoreceria os garantidores do devedor, ou se contra eles os credores do devedor poderão iniciar ou prosseguir suas execuções graças ao disposto no art. 49, § 1º, da LRF⁴.

¹ Mestre em Direito Comercial pela USP. Especialista em Direito Societário pela GVLAW. Graduado em Direito pela PUC-SP.

² Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Doutoranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo.

³ Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 4º. Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

⁴ Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

A segunda situação envolve a *concessão da recuperação* pelo juiz, que importa na novação das dívidas do devedor (LRF, art. 59, *caput*)⁵. Aqui se discute se essa novação, imposta pela lei, tem o condão de extinguir as garantias anteriormente prestadas, ou então de impedir que os credores as exijam.

Em segundo lugar, também é preciso atentar para a modalidade da garantia prestada: à fiança, por exemplo, não se podem aplicar, pelo menos sem nenhuma distinção, as mesmas razões que valem para o aval, como inadvertidamente têm feito alguns autores e juízes.

Sem a pretensão de, ao menos neste momento, formular soluções às matérias aqui debatidas, a presente exposição cuidará de apresentar as controvérsias de modo sistematizado, a fim de fomentar a discussão a partir de premissas que permitam o desenvolvimento dos raciocínios propostos.

2. Efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial (a suspensão das ações e execuções contra o devedor por 180 dias)

O art. 6º, *caput*, da LRF estabelece que a decretação da falência ou o deferimento do *processamento* da recuperação judicial suspende⁶ o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Conquanto referido artigo estabeleça, sem distinção, a suspensão das ações e execuções tanto na falência quanto na recuperação judicial, é preciso observar que a norma tem finalidade e funções distintas relativamente a um e outro instituto.

Na falência, a suspensão das ações (por prazo indeterminado) tem finalidade precipuamente processual, visando a organizar a execução coletiva contra o devedor comum e garantir a paridade (formal) entre os credores.

Aqui, o sobrestamento das ações e execuções não suspende a exigibilidade dos créditos; pelo contrário, na falência, mesmo as dívidas ainda não vencidas passam a ser imediatamente exigíveis (LRF, art. 77), conquanto submetidas ao procedimento de execução coletiva ou concursal.

Já na recuperação judicial, a suspensão das ações e execução (agora pelo prazo limitado de 180 dias) concede ao devedor um “fôlego” para organizar a sua atividade e discutir o plano de recuperação com os credores em posição um pouco mais confortável. Vale dizer, obsta a própria exigibilidade das suas dívidas⁷.

⁵ 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.

⁶ Cuida-se da chamada *automatic stay*, em referência ao instituto equivalente do direito norte-americano: “A *order for relief* produz, como efeito imediato, a paralisação automática de toda providência, judicial ou extrajudicial, que estiver sendo tomada por um credor e para receber seu crédito. Dá-se ao fenômeno, que não se restringe aos procedimentos em curso, vedando também a instauração de novos (desde que se refiram a créditos anteriores), o nome de *automatic stay*”. (PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987, p. 22).

⁷ A propósito da distinção, FÁBIO ULHOA COELHO leciona: “Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores” (*Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74).

Daí que, sendo inexigível do devedor a prestação à que se obrigou, indaga-se se, ainda assim, seria possível demandar os garantidores dessa obrigação, sobretudo porque o art. 49, § 1º, da LRF dispõe que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso⁸.

Ou seja: estando suspensa a exigibilidade da obrigação do devedor (por conta do processamento da recuperação), também estará a daquele que lhe garante o cumprimento (muitas vezes, ou quase sempre os sócios e administradores)?

A questão é complexa e sobre ela divergem a doutrina e a jurisprudência, embora nos últimos anos tenha se sedimentado o entendimento de que a suspensão das ações e execuções em face do devedor não atinge os garantidores, independentemente da natureza da garantia (e.g., fiança ou aval).

A propósito do tema, confira-se a lição de JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA⁹:

Em regra, a suspensão disposta pelo caput do art. 6º atinge somente o devedor, em regime de falência, de recuperação judicial ou de liquidação extrajudicial. Portanto, a prescrição e as ações e execuções contra os coobrigados continuam em curso (art. 49, § 1º). É o caso, por exemplo, de execução de nota promissória emitida por devedor principal e avalizada por dois garantidores. Declarada a falência do emitente, o processo executivo será suspenso contra falido, prosseguindo normalmente contra os avalistas.

Nesse exato sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça¹⁰, na esteira de inúmeros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. CABIMENTO. RECUPERAÇÃO

⁸ De forma semelhante, o art. 148 da antiga lei de falências (Decreto-lei nº 7.661/45) dispunha que “a concordata ... não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso”. Ressalte-se, porém, que à concordata não se sujeitavam os créditos privilegiados, mas apenas os quirografários (art. 147).

⁹ In: CORRÊA LIMA, Osmar Brina [et. al.] (Coords.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 88. No mesmo sentido leciona FÁBIO ULHOA COELHO: “A recuperação judicial do garantido (avalizado ou afiançado) não importa nenhuma consequência relativamente ao direito do credor exercitável contra o garante (avalista ou fiador). Por isso, a recuperação judicial daquele não importa a suspensão da execução contra este”. (*Comentários à Lei de Falências*. 9 ed. São Paulo Saraiva: 2013. p. 181).

¹⁰ STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1191297-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.6.2013. No mesmo sentido, confira-se: STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 170.672/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05/02/2013; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1268682/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, j. 20/11/2012; STJ, 4ª T., REsp 1269703/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 13/11/2012; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 116.173/AL, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 10/04/2013; STJ, 3ª T., REsp 1.095.352/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 9.11.2010. Em sentido contrário, localizou-se um único precedente do Superior Tribunal de Justiça, fundado em decisão monocrática proferida no Ag nº 1077960/SP, rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 30.6.2009.

¹¹ TJSP, 23ª Câmara. Dir. Priv., Al 7.117.360-1, rel. Des. José Marcos Marrone, j. 7.3.2007; TJSP, 20ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 7.158.895-5, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 16.10.2007; TJSP, 23ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 7.277.615-1, rel. Des. Oseas Davi Viana, j. 31.7.2008; TJSP, 13ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0080644-52.2008.8.26.0000, rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 26.11.2008; TJSP, 21ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0065879-08.2010.8.26.0000, rel. des. Mauricio Ferreira Leite, j. 11.3.2010; TJSP, 14ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0432511-40.2010.8.26.0000, rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 23.2.2011; TJSP, 16ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 0047669-69.2011.8.26.0000, rel. Des. Miguel Petroni Neto, j. 13.12.2011; TJSP, Al nº 0285928-52.2011.8.26.0000, 21ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 7.3.2012; TJSP, 14ª Câmara. Dir. Priv., Al nº 2089483-22.2014.8.26.0000, rel. Des. Melo Colombi, j. 28.8.2014. Em sentido contrário: TJSP, 21ª Câmara. Dir. Priv., Embargos infringentes nº 9087774-71.2007.8.26.0000, rel. Des. Antonio Marson, j. 3.12.2008.

JUDICIAL. ART. 6, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005. EXECUÇÃO CONTRA COBRIGADOS, FIADORESE OBRIGADOS DE REGRESSO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. É cabível a aplicação do art. 557, § 1º, do CPC quando manifesto que o acórdão recorrido encontra-se em confronto com a jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunais superiores. 2. A suspensão prevista no art. 6º, caput, da Lei n. 11.101/2005 atinge somente a empresa devedora em regime de falência, recuperação judicial ou liquidação extrajudicial, não impedindo o curso das execuções contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da citada lei), com ressalva dos sócios com responsabilidade ilimitada e solidária. 3. Agravo regimental desprovido. (...) Com efeito, a suspensão prevista no referido dispositivo atinge somente a empresa devedora em regime de falência, recuperação judicial ou liquidação extrajudicial, não impedindo o curso das execuções contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da citada lei), com ressalva dos sócios com responsabilidade ilimitada e solidária.

A partir dessa orientação dominante foi elaborado o Enunciado nº 43 da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”.

É preciso levar em conta, porém, que as decisões e opiniões doutrinárias até aqui proferidas estão intimamente ligadas à tradição positivista do nosso direito, apegando-se à independência formal entre o devedor e seus garantes, à autonomia da garantia (no caso do aval) e à experiência da concordata, mas sem maiores reflexões sobre os impactos dessa posição sobre negociação do plano de recuperação, sobre a coletividade de credores ou sobre a consecução dos princípios informadores da lei falimentar, notadamente da preservação da empresa (paradoxalmente invocado para justificar todo tipo de transgressão do texto da norma¹²).

Isso talvez possa ser explicado porque, no mais das vezes, essa matéria não é apreciada pelo juízo da falência, mas pelos vários juízos em que se processam as execuções individuais contra os garantidores, as quais não se sujeitam à *vis attractiva*¹³ do juízo universal¹⁴.

¹² Confira-se, por exemplo, o Enunciado nº 42 da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em outubro de 2012: “O prazo de suspensão previsto no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”. Esse enunciado, que traduz a jurisprudência que vem se formando a respeito do tema, contraria a disposição literal do § 4º do art. 6º da LRF, que prevê, com meridiana clareza, que “a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação” (destacou-se).

¹³ Nesse sentido, confira-se: “não incide a vis attractiva do artigo 76 da Lei nº. 11.101/05, que institui o juízo universal apenas na falência. Da mesma forma que ocorria quando da vigência do Decreto-lei nº. 7.661/1945, a atual Lei nº. 11.101/05 não instituiu o ‘juízo universal da recuperação judicial’ (TJSP, 2ª Câmara de Direito Empresarial, AI nº 0109144-55.2013.8.26.0000, Rel. Tasso Duarte de Melo, j. 4.11.2013). Até porque os juízes da recuperação são renitentes em apreciar pedido de extensão dos efeitos da suspensão aos garantidores, por entenderem que falece ao devedor legitimidade para postular na defesa de interesses de terceiros. Nesse sentido, confira-se: TJSP, 1ª Câmara Empresarial, Apelação nº 0053960-08.2013.8.26.0100, rel. Des. Teixeira Leite, j. 20.3.2014.

¹⁴ Ainda assim, nas poucas vezes em que se debruçaram sobre a questão (incidentalmente), as Câmaras Empresariais do Tribunal de Justiça de São Paulo, com competência para o julgamento dos recursos advindos dos processos de recuperação

Não se advoga que a jurisprudência e doutrina estejam equivocadas, mas é imperioso salientar que a discussão do tema ainda não gravitou em torno da repercussão que produz sobre a própria recuperação, nem cogitou dos seus reflexos sobre o modelo de “negociação estruturada” à que se filiou a nova lei concursal¹⁵.

Nesse sistema de negociação estruturada (*structured bargaining*), concebe-se o processo de recuperação judicial como mecanismo para solucionar a crise da empresa de forma eficiente, segundo a ideia de que a negociação entre os credores e com o devedor, quando realizada de acordo com a estrutura legal, tende a produzir comportamentos cooperativos, de convergência de interesses, em lugar do comportamento individualista: “Confia-se que desse processo de negociação estruturada (regulada pela lei) possa resultar a solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável”¹⁶, de modo que o processo se coloca a serviço daqueles objetivos dispostos nos arts. 47 e 75 da LRF e que se traduzem no princípio da preservação da empresa.

Ocorre que, em determinados casos, esse equilíbrio de forças entre o devedor e seus credores, ou entre os próprios credores, poderá ser rompido caso determinadas partes envolvidas puderem, individualmente e em prejuízo da coletividade, exigir o pagamento do crédito diretamente dos garantidores, sobretudo quando estes forem os próprios sócios ou administradores do devedor, como sói ocorrer.

Poucas vozes levantaram o potencial problema gerado pela falta de uniformidade de tratamento entre o devedor e os garantidores.

JULIO KAHAN MANDEL¹⁷, logo por ocasião da edição da lei, lembrou que os créditos garantidos por fiança ou aval são normalmente aqueles titulados pelos bancos, de sorte que o prosseguimento das suas execuções contra os garantidores (sócios ou parentes) equivalia a mais uma das várias vantagens de que gozam as instituições financeiras, a ensejar de desequilíbrio entre os credores e tumultuar o andamento da recuperação.

Por sua vez, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO¹⁸ ponderou o desestímulo à recuperação judicial e às finalidades da lei caso o devedor possa, a despeito da aprovação do plano, ser acionado regressivamente pelos garantidores demandados individualmente.

judicial e falência, comungaram do mesmo entendimento majoritário das Câmaras de Direito Privado, que julgam os recursos advindos dos processos de execução: “Recuperação judicial Pretensão de exclusão dos apontamentos existentes nos cadastros de inadimplentes e suspensão dos efeitos dos protestos. Indeferimento. Admissibilidade. Suspensão do art. 6º da Lei 11.101/05 que não atinge e nem suprime o direito material dos credores, tanto que não impede o prosseguimento das ações e execuções contra os coobrigados do devedor Enunciado 54 da I Jornada de Direito Comercial” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Empresarial, AI nº 2032842-48.2013.8.26.0000, rel. Des. Enio Zuliani, j. 6.2.2014).

¹⁵ “Os §§ 2º e 3º do art. 56 (além de outros dispositivos) revelam que a Lei, embora tenha claramente se filiado ao sistema da negociação entre devedor e credores (*structured bargaining*), afastando-se do modelo de índole fortemente processualista adotado pelo Dec.-Lei de 1995, mantém um *processualismo* ingênuo ao regular o processo de negociação, olvidando os aspectos econômicos que o envolvem.” (EDUARDO SECCHI MUNHOZ. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 275).

¹⁶ EDUARDO SECCHI MUNHOZ. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 36, 2007, p. 191.

¹⁷ *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102.

¹⁸ “Esse credor, após receber o valor menor do devedor original em recuperação, voltar-se-ia contra o garantidor, que não teria como se livrar do pagamento, até porque sempre poderia valer-se do direito de regresso contra o garantido. No entanto, nesse caso, estaria frustrado o próprio espírito da lei, que pretende dar oportunidade de recuperação ao devedor em crise. É que, embora o devedor fizesse um acordo com seu credor para pagar um valor em condições mais favoráveis (no caso, em valor menor do que o original), ainda assim viria a responder, em regresso, pelo abatimento que teria conseguido com o

Nos Estados Unidos, cujo sistema falimentar inspirou fortemente a Lei nº 11.101/2005, o problema da extensão da suspensão aos garantidores é debatido desde longa data, sobretudo em razão dos efeitos econômicos que essa suspensão (ou a falta dela) produz sobre o sucesso da reorganização e a coletividade de credores.

Assim como ocorre aqui, o pedido de reorganização fundado no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code* não implica a suspensão automática das ações contra os coobrigados e garantidores do devedor¹⁹.

Porém, essa suspensão pode ser excepcionalmente deferida *pele juízo da reorganização* se demonstrado que o prosseguimento das ações contra os coobrigados será capaz de comprometer a aprovação do plano ou os objetivos da reorganização. Até aqui, desde logo se observam duas distinções importantes: primeiro, confere-se legitimidade ao próprio devedor para requerer a extensão da *automatic stay* aos coobrigados; segundo, reconhece-se a competência do próprio juízo concursal para determinar a suspensão.

Embora não exista previsão específica a esse respeito no *Bankruptcy Code*²⁰, atribui-se essa prerrogativa ao juízo da reorganização à vista do disposto no §105(a) desse diploma²¹, que lhe confere autoridade geral (e genérica) para emitir ordens ou proferir julgamentos destinados a impor a execução da lei ou das próprias determinações, ou para evitar o abuso do processo²².

credor. Com certeza, em tal situação, não estaria sendo atendida a finalidade da lei, pois haveria apenas simples postergação do pagamento, tornando-se inócuo qualquer acordo que fosse feito entre devedor em crise e credor. Em consequência, a sociedade empresária estaria desestimulada de se socorrer da recuperação judicial que a lei lhe oferece” (“A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido”. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 105, set./2009, p. 131).

¹⁹ “Actions against surety, co-debtor, or guarantor are not stayed. See e.g. *Reliant Energy Services, Inc. v. Enron Canada Corp.*, 349 F.3d 816, 825 (5th Cir. 2003) (“[by its terms the automatic stay applies only to the debtor, not to co-debtors under Chapter 7 or Chapter 11]”) (MICHAEL COOK [et. al.]. *The Bankruptcy Code’s automatic stay*. N. Iorque: 2008. Disponível em: <http://www.srz.com>. Acesso em: 10.09.2014).

²⁰ Exceto nos procedimentos de reorganização fundados no *Chapter 13*, destinados a pessoas físicas que possuam renda regular ou dívidas até certo montante. Nesse caso a suspensão é automática em relação a terceiros coobrigados, observadas as disposições do § 1301 do *Bankruptcy Code* (*Stay of action against codebtor*).

²¹ *Bankruptcy Code*, §105(a): “The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte, taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process”.

²² “The automatic stay protects the debtor and its property from claims that are asserted or that could have been asserted against the debtor or its property pre-petition. However, situations arise where a debtor attempts to extend this automatic protection to certain nondebtor parties who have some relationship to the debtor and whose participation in or impact on the Chapter 11 process will affect the debtor’s reorganization. Parties who might have this type of relationship include non-bankrupt co-debtors, officers, directors, guarantors, sureties and insurers. As a result, the benefit of the automatic stay has been applied to nondebtors against whom a creditor may also have claims. The United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §§101-1330, provides a fundamental significant benefit to a debtor by automatically staying litigation upon the filing of a bankruptcy petition under 11 U.S.C. §362(a). That benefit is statutorily reserved solely for the debtor and only under special circumstances defined by the bankruptcy courts over recent years. Relief in instances where a debtor attempts to extend this automatic protection to nondebtor parties is afforded under 11 U.S.C. §105(a) (procedurally, the relief is sought by way of the commencement of an adversary proceeding by the debtor under Fed. R. Bankr. P. 7001(9), seeking injunctive relief). Section 105(a) grants bankruptcy courts broad equitable power and authority to act in furtherance of the Bankruptcy Code and provides that: The court may issue any order, process or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title [11 U.S.C. §§101-1330]. Notwithstanding this seemingly limitless power, §105 does have its boundaries. While it may not be used to affect the substantive rights and remedies of a party that can be specifically asserted under the Bankruptcy Code or the Federal Rules of Bankruptcy Procedure, §105 is a debtor’s tool of last (and sometimes first) resort to stop litigation between nondebtors dead in its tracks. Hence, §105 may be used, and has been used, to provide injunctive relief where creditors are attempting to assert claims outside of the bankruptcy proceeding against nondebtor parties or where the litigation by the creditors will impact negatively on the bankruptcy process unless it is stopped” (MICHAEL S. ETKIN; e IRA M. LEVEE. “Automatic Stay Doctrine Applies to Certain Related Nondebtors”. *New Jersey Law Journal*: 2001. Disponível em: <http://www.lowenstein.com/publications/articles/detail.aspx?PubID=106>. Acesso em: 10.09.2014).

Em síntese, as cortes norte-americanas só têm admitido a suspensão das execuções em face dos coobrigados e garantidores sob circunstâncias extraordinárias e desde que demonstrado “(1) que mal irreparável à reorganização do devedor ocorrerá se os processos contra os codevedores prosseguirem; (2) que existe uma boa chance de sucesso da reorganização ameaçada pelos processos não falimentares; e (3) que não haverá (ou será mínimo) o prejuízo causado ao credor se tais processos permanecerem suspensos”²³.

Entre essas circunstâncias estão justamente casos em que os garantidores são os próprios sócios ou os administradores do devedor. Sabe-se que os bancos, ao concederem empréstimos e linhas de créditos, exigem o aval ou a fiança dos sócios e administradores do devedor ainda que o patrimônio pessoal muito aquém da dívida. A finalidade disso, obviamente, não é garantir a dívida, mas servir de instrumento de pressão sobre aqueles que dirigem a empresa, o que é especialmente preocupante num sistema como o nosso, em que a proposição do plano de recuperação compete exclusivamente ao devedor.

Além disso, a experiência demonstra que são os próprios sócios e administradores do devedor que, por serem dos mais interessados na recuperação da empresa, são os responsáveis pela obtenção dos fundos necessários ao soerguimento, por vezes empenhando até mesmo recursos próprios. Assim, se esse recursos ficarem expostos à execuções individuais, por conta de garantias dadas por obrigações do próprio devedor, a chance de insucesso da recuperação aumenta significativamente, em prejuízo de toda a coletividade de credores²⁴.

Outras situações excepcionais, para a jurisprudência americana, abarcariam os casos em que a manutenção das execuções contra os coobrigados seja por algum motivo capaz de reduzir os ativos do devedor (em prejuízo de toda a coletividade de credores), ou em que a identidade entre o devedor e os coobrigados fosse tal que pudessem ser considerados essencialmente a mesma pessoa²⁵.

²³ “The automatic stay in bankruptcy acts to stay all actions to collect a debt against a debtor. In most cases the automatic stay does not apply to co-debtors, such as guarantors. Therefore, lenders who had the foresight to require guarantors or co-makers on a loan can usually proceed against them and retain a separate source for recovery of the debt even though the primary debtor is in bankruptcy. Nevertheless, Chapter 11 debtor will sometimes seek to stay collection suits against guarantors claiming that the suit will be injurious to the reorganization effort, that the co-debtors’ assets may be a source of post-petition financing, or that co-debtor managers may be unduly distracted and burdened by litigation. The bankruptcy courts all have the equitable powers necessary to extend the automatic stay to non-debtor guarantors and makers, but they rarely exercise them. Before the courts will consider an injunction of collection action, the Chapter 11 debtor must show: (1) that irreparable harm to the reorganizing debtor will occur if the proceedings against co-debtors continue; (2) that there is a likelihood of a successful reorganization which is threatened by the non-bankruptcy proceedings; and (3) that there will be no (or minimal) harm to the creditor if such actions are stayed. In cases where the courts have actually stayed such litigation, they have taken pains to cite the ‘unusual circumstances’ present” (H. JASON GOLD [et. al.]. “Actions Against Co-Debtors in Chapter 11”. Disponível em: <http://www.wileyrein.com/publications.cfm?sp=articles&id=3484>. Acesso em: 10.09.2014).

²⁴ “Although the liability of a co-debtor may not be substantial, there are still those instances where the debtor needs this injunctive relief because the nondebtor party (i) is a potential source of capital that would disappear were a judgment obtained against that nondebtor, or (ii) is an officer, director or agent of the debtor, whose ability to participate in the reorganization process will be impaired if compelled to defend the action unless enjoined. See *In re Third Eighty-Ninth Assocs.*, 138 B.R. 144 (S.D.N.Y. 1992)”. (MICHAEL S. ETKIN; e IRA M. LEVEE. *Op. cit.*).

²⁵ “One such circumstance where an injunction may issue is where there is such identity between the debtor and the co-debtor that they could be considered essentially the same party. Courts have held that when a judgment against a co-debtor will have a direct effect on the bankruptcy estate, such non-bankruptcy proceedings violate the purpose of the automatic stay and jeopardize the bankruptcy court’s ability to effectively administer the bankruptcy estate. A second situation where bankruptcy courts may issue injunctions to stay proceedings is where proceedings against the co-debtor would reduce or diminish the property of the bankrupt debtor (such as the debtor’s insurance fund or pool) to the detriment of the debtor’s creditors as a whole”. (H. JASON GOLD [et. al.]. *Op. cit.*).

Enfim, são apenas alguns exemplos das implicações de ordem econômica relacionadas à manutenção das execuções contra os garantidores, que têm reflexo direto sobre as negociações travadas em torno do plano de recuperação (inclusive sobre a legitimidade das deliberações da Assembleia Geral de Credores) e que merecem resposta da doutrina e da jurisprudência, ainda que para ratificar a posição que vem sendo firmada.

De qualquer forma, sem embargo dessa discussão, não nos parece que a matéria possa ser resolvida de modo uniforme para todos os casos. Mesmo sob enfoque estritamente positivista, merece tratamento específico conforme sejam a natureza e a modalidade da garantia prestada, como ressaltado no início deste ensaio.

2.1. A fiança

Dispõe o art. 818 do Código Civil que “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, *caso este não a cumpra*”. A fiança trava-se entre o *fiador* e o *credor* e tem natureza de contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal²⁶.

Em regra, defere-se ao fiador o benefício da excussão, que lhe garante o direito de exigir que o credor acione o devedor principal em primeiro lugar. Cuida-se de exceção que, invocada oportunamente pelo fiador, permite-lhe recusar o pagamento da dívida antes que o credor tenha, sem êxito, tentado executar os bens do devedor²⁷ (CC, art. 827, caput)²⁸.

Esse benefício só não aproveita ao fiador (i) se ele o renunciou expressamente, (ii) se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário, ou (iii) se o devedor for insolvente, ou falido (CC, art. 828).

No entanto, o benefício não tem caráter absoluto, pois para invocá-lo o fiador deverá “nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito” (CC, art. 827, parágrafo único).

Vale dizer que, para alcançar bens do fiador, não é necessário esgotar todas as possibilidades de cobrança contra o afiançado. Basta, apenas, que inexistam bens livres e desembargados no mesmo município da execução.

Além disso, estando suspensa a execução contra o devedor, ao credor não aproveitará a nomeação do fiador, já que não poderá efetivar a penhora. Assim, poder-se-ia até mesmo argumentar que, nesse caso, durante a suspensão prevista no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05 seria impossível a nomeação de bens livres pelo devedor, a ensejar a exclusão do benefício de ordem.

Logo, qualquer que seja a modalidade de fiança, é relevante investigar se a suspensão da exigibilidade da obrigação do devedor (por conta do processamento da recuperação) impede o credor de dirigir-se contra o fiador, o que ganha ainda mais importância (e complexidade) nas hipóteses de exclusão do benefício de ordem previstas no art. 828, I e II, do Código Civil, notadamente nos casos em que o fiador assume o compromisso como principal pagador ou devedor solidário, como normalmente ocorre.

²⁶ Cf. ORLANDO GOMES. *Contratos*. 26 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 536.

²⁷ Cf. ORLANDO GOMES. *Op. cit.*, p. 539.

²⁸ Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Para essa finalidade, convém primeiro entender o objeto e a natureza da obrigação assumida pelo fiador.

Acerca do primeiro conceito, PONTES DE MIRANDA²⁹ esclarece que “o fiador não promete pagar se o devedor principal não paga, nem promete pagar em lugar do devedor principal. Promete o *adimplemento pelo devedor principal*. Se esse não adimpler, como o fiador prometeu, há infração da promessa de ato de outrem. Não há assunção de dívida alheia e toda confusão a respeito é nociva à exposição científica. A *assunção de dívida alheia* pode ser *cumulativa ou substitutiva* (Tomo XXIII, §§ 2.819-2.820), porém mesmo aquela não é a fiança. Quem assume a dívida alheia faz-se devedor da mesma dívida, quer se extinga, quer não, a do devedor originário”.

Mais adiante, reafirma que “o fiador responde pela dívida do devedor principal, porque foi o adimplemento por esse o que ele prometeu ao credor. Por isso mesmo, o objeto do contrato, ou, em geral, da dívida do devedor principal não é o objeto da dívida do fiador. O objeto da dívida do fiador é o adimplemento pelo devedor principal, e não o que o devedor principal deve. Tem de prestar o que o devedor principal deve porque prometeu o adimplemento por esse”.³⁰

São distintas, portanto, as obrigações do devedor e do fiador, ainda que, na prática, o conteúdo da prestação de ambas seja o mesmo: “O adimplemento pelo fiador é adimplemento de dívida própria, e não de outrem; porque se vinculou a prestar o adimplemento pelo devedor. Não é adimplemento por terceiro. Apenas se parece com o adimplemento *por terceiro na eficácia liberatória da dívida de outrem*.”³¹.

Por outro lado, acerca da natureza da fiança, afirma-se ser sempre acessória à obrigação cujo adimplemento assegura.

Cuidando-se, pois, de obrigações distintas, a do devedor de pagar a dívida, e a do credor de garantir o adimplemento pelo devedor, sendo esta acessória àquela, será então que, estando o devedor dispensado do adimplemento (por circunstância que lhe suspende a exigibilidade), algo poderia ser exigido do fiador?

A despeito de a fiança ser acessória à obrigação do devedor (o que permite argumentar que o acessório segue o destino do principal), decorre dos arts. 823 e 837 do Código Civil³² que o fiador não pode assumir obrigação maior que a do devedor, assistindo-lhe “*todas as exceções extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso de mútuo a pessoa menor*”:

A dívida do fiador é acessória, porque ele deve o adimplemento pelo devedor. Não há identidade das dívidas, porque prometeu que outrem faça a cerca não é prometer fazer a cerca. Se o fiador não pudesse opor o que o devedor poderia opor, a dívida do fiador seria mais dura do que a do devedor. Por isso, tem-se de atribuir ao fiador a

²⁹ *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 44, p. 91.

³⁰ *Op. cit.*, p. 149.

³¹ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 153.

³² Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada. Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

oponibilidade de todas as objeções e exceções que o devedor poderia opor. Tais objeções e exceções existem para os dois devedores, independentemente, porque quem promete que outrem faça a cerca não promete mais do que a pessoa encarregada teria de fazer. (PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 180).

Ora, se o adimplemento não pode ser exigido do devedor, logicamente não o poderá ser do fiador, que só responde se aquele (devedor), devendo promover o adimplemento da sua obrigação, deixa de fazê-lo. No caso, nada podendo ser exigido do devedor principal, porque suspenda a exigibilidade da sua obrigação, mais não se poderá exigir do fiador, que tem a sua obrigação *subordinada* a do devedor³³.

Ademais, conquanto a inexigibilidade do crédito não seja propriamente uma exceção *extintiva* da obrigação – na verdade, ela lhe encobre a eficácia, pois retira do credor a pretensão de cobrá-la –, nem por isso o fiador pode ser impedido de invocá-la. Com efeito, comenta PONTES DE MIRANDA³⁴:

A respeito das exceções que competem ao devedor principal, a lei somente se referiu às exceções extintivas. No art. 1.502 do Código Civil fala-se de exceções extintivas da obrigação principal. O que se há de entender é que basta a exceção que atinja a obrigação sem atingir a dívida. Os legisladores raramente distinguem, na redação das leis, o que é extintivo da dívida, o que é extintivo da obrigação e o que apenas encobre a eficácia. A prescrição, por exemplo, não extingue a dívida, nem a obrigação (...) Todavia, o fiador ou o subfiador pode opor a exceção de prescrição da dívida principal.” (...) “A fiança é à dívida, e não à obrigação. Mas, se advém a mutilação da dívida pela desaparecimento ou pelo encobrimento da eficácia da dívida, extingue-se a fiança, uma vez que o fiador reaja.

Não parece haver dúvida que, prescrita a ação para demandar a obrigação do devedor, nada se pode exigir do fiador. Não fosse assim, se a prescrição para o devedor em nada influenciasse na relação do credor com o fiador, nenhum sentido haveria no art. 204, § 3º, do Código Civil, que estabelece que “a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador”.

A lógica desse dispositivo é elementar: enquanto exigível do devedor principal o seu adimplemento, o fiador não se desonera da sua obrigação, que é justamente o adimplemento *pelo devedor* (daí por que a interrupção contra o devedor prejudica o fiador). Do contrário, sendo inexigível o adimplemento *pelo devedor*, inexigível a própria obrigação do fiador.

O fato de tratar-se de fiador solidário, ou que presta a fiança como devedor principal – o que é a praxe –, mudaria essa situação?

Novamente segundo PONTES DE MIRANDA, a solidariedade do fiador é *atípica*, porque, conquanto implique pré-exclusão do benefício da excussão, não faz afiançado e

³³ “O fiador não se vincula a mais do que aquilo a que o devedor principal se vinculou. Por isso mesmo, se a dívida principal se extingue, ou se prescreve a pretensão que lhe corresponde, a fiança cessa.” (PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 93).

³⁴ *Op. cit.*, p. 182-183 e 212.

fiador devedores da mesma obrigação. A obrigação do fiador é sempre diversa, consistindo, repita-se, em garantir o adimplemento *pelo devedor*. Tanto é assim que, mesmo tratando-se de fiador solidário ou que se obriga como devedor principal, o pagamento feito por ele ao credor não extingue a dívida; esta sobrevive, sub-rogando-se o fiador nos direitos do credor contra o devedor principal:

A relação em que se acham devedor principal e fiador não é, de regra, a de solidariedade. Solidário com o devedor principal é o fiador principal pagador: faz-se solidário sem que se apague a acessoriedade, o que significa pôr-se na fronteira a eficácia.

A solidariedade fidejussória somente ocorre se foi preestabelecida. Nas dívidas solidárias, há identidade do interesse passivo dos devedores. O interesse passivo do fiador e o que possa ser vantagem para ele não são iguais ao interesse passivo e ao que possa ser vantagem para o devedor, mesmo se se trata de fiança de fiança. A assunção de dívida solidária pode ter sido com intuito de garantia, mas, ainda assim, não se confunde com a fiança, nem muda de estrutura. Nas dívidas solidárias, o vínculo de cada devedor é independente; na fiança, depende do vínculo da dívida garantida.

Mesmo quando o fiador se faz devedor principal, a sua principalização não o torna sujeito passivo na relação entre o credor e o devedor. Não há, na cláusula de devedor principal, assunção de dívida alheia. Por isso, é preciso ter-se todo o cuidado e toda a atenção na invocação de regras jurídicas sobre solidariedade das dívidas quando se cogita de fiador solidário. A solidariedade, na fiança, é atípica”.³⁵

À vista de todas essas razões, parece que mesmo o fiador solidário, ou o que se obriga como “devedor principal”, não integram o polo passivo da mesma obrigação do afiançado. Não se forma uma pluralidade de sujeitos da mesma obrigação.

Ademais, prova a atipicidade da solidariedade na fiança a circunstância de o fiador solidário poder opor as exceções pessoais do devedor principal (CC, art. 837), o que não ocorre com a solidariedade típica (Código Civil, art. 281)³⁶.

Tudo isso justifica que a inexigibilidade da obrigação do devedor possa ser oposta também pelo fiador solidário, ou que se obrigou como devedor principal.

Passemos então a investigar se a suspensão das ações e execuções contra o devedor, resultante do processamento da recuperação judicial, também opera a favor dos seus fiadores, normalmente os próprios sócios e administradores da empresa em recuperação.

A maior parte dos autores e da jurisprudência é contrária a essa possibilidade. Em suma, defende que o art. 49, §1º, da LRF, ao garantir aos credores do devedor em recuperação judicial *seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*, permite-lhes fazer valer os seus direitos contra esses terceiros, independentemente de as ações e execuções contra o devedor estarem suspensas por força do art. 6º, § 4º da LRF.

³⁵ Pontes de Miranda. *Op. cit.*, p. 105.

³⁶ Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor.

Nesse sentido, refutando em absoluto a suspensão das execuções contra os fiadores, estão MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO³⁷, PAULO SÉRGIO RESTIFFE³⁸ e JOÃO BOSCO CASCARDO DE GOUVÊA³⁹, entre outros.

Mesmo entendimento tem prevalecido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL - COBRIGADOS - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA ESTES - POSSIBILIDADE - À semelhança do que ocorria no sistema do Decreto-lei 7661/1945, o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial (art 52 da Lei 11.101/2005) ou a concessão da recuperação (art 58), não interfere nas relações do credor com os coobrigados do devedor em recuperação, podendo a execução ser normalmente ajuizada contra tais coobrigados, na forma do § 1º do art. 49 e parte final do artigo 59. - Agravo não provido.” (Agravo de Instrumento n° 7.126.147-7, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, j. 22.5.2007).

“...Recuperação Judicial - Suspensão das execuções movidas contra a beneficiária do favor legal - Avalistas, fiadores e garantes de modo geral não ficam sujeitos aos efeitos da recuperação, prosseguindo, contra eles, as execuções respectivas. (Apelação n° 7.321.941-9, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Silveira Paulilo, j. 13.5.2009)

Admitindo a suspensão apenas em favor do fiador beneficiado pela excussão, afirmam ARNOLDO WALD e IVO WAISBERG⁴⁰:

Os efeitos dos 180 dias de suspensão das ações (art. 6º, § 4º), para estes sujeitos, dependerão da natureza da garantia oferecida. No caso específico dos fiadores, havendo benefício de ordem, a ação ou execução fica suspensa, pois o devedor principal em recuperação está ao abrigo do prazo suspensivo. Dessa forma, a fiança só poderá ser demandada após esgotadas as possibilidades contra o devedor principal. Situação diversa ocorre com os fiadores que tiverem renunciado ao benefício de ordem. Nessa hipótese, é legítimo o prosseguimento de ação contra estes mesmo durante o prazo de suspensão, pois a proteção concedida ao devedor não foi estendida aos seus garantidores.

Acerca de questão semelhante, mas havida durante o regime falimentar anterior, FÁBIO KONDER COMPARATO⁴¹ emitiu o parecer de que, por força do art. 148 do Decreto-lei n° 7.661/45⁴², o fiador não poderia opor ao credor a suspensão operada pela concor-

³⁷ “O credor com garantia de terceiro (v.g., aval, fiança etc.), mesmo sujeitando-se aos efeitos da recuperação, pode executar o garantidor”. (A nova lei de recuperação e falências comentada. 3 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 134).

³⁸ *Recuperação de Empresas*. Barueri-SP: Manole, 2008, p. 235.

³⁹ “Penso como o Professor Manuel Justino Bezerra Filho que os coobrigados poderão ser executados”. (*Recuperação e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139).

⁴⁰ *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Coord. Osmar Brina Corrêa-Lima et al. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 341.

⁴¹ “Efeitos da concordata preventiva do devedor principal sobre a relação de fiança”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 491-497.

⁴² Art. 148. A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso.

data em benefício do devedor (art. 161, § 1º, II, daquela mesma lei⁴³), pois essa suspensão consistiria exceção pessoal do concordatário, que só a ele aproveita.

Para COMPARATO, apesar de o art. 1.502 do Código Civil de 1916 (repetido pelo art. 837 do código vigente, acima transcrito) deferir ao fiador todas as “exceções extintivas que compitam ao devedor”, na verdade essas exceções estariam limitadas “tão-somente às que não sejam ligadas à pessoa deste”⁴⁴ (devedor):

Ora, já o frisamos, a concordata é um favor legal concedido ao empresário comercial em função de suas qualidades e de sua situação pessoal. Todas as condições da ação de concordata, previstas no art. 140 da Lei de Falência, dizem respeito à pessoa do autor ou à sua empresa (...)

*Nessas condições, seria absurdo que esse benefício legal, concedido de modo personalíssimo a um comerciante, pudesse aproveitar ao seu fiador como defesa para o não-pagamento da dívida afiançada. Pode-se até dizer que, mesmo inexistente o art. 148 da Lei de Falências, a solução aí estabelecida haveria sempre de ser aplicada, como expressão de um princípio jurídico.*⁴⁵

Mas seriam procedentes as razões de COMPARATO no regime da atual lei falimentar?

Mais do que no regime anterior, acentuou-se no vigente a separação da pessoa do empresário da figura da empresa. Por isso, talvez não se possa afirmar que a suspensão das ações e execuções seja mais um benefício pessoal do empresário do que um instrumento para a preservação da empresa.

Por outro lado, a lei atual incorpora, de forma expressa, os princípios da função social e da manutenção da empresa (LRF, art. 47)⁴⁶, sendo então de indagar-se se, permitindo-se o prosseguimento das execuções contra os fiadores – quase sempre os sócios e/ou administradores da empresa em recuperação –, será possível atender-se à finalidade da lei (a mesma indagação, com importância redobrada, valerá para o aval, como se verá adiante).

É preciso considerar que a manutenção das execuções contra os sócios e administradores pode tornar a falência mais interessante do que a recuperação. Pois a falência permite, tanto aos credores quanto aos garantidores que se sub-rogarem nos direitos dos credores, avançar sobre os bens da empresa: caso coobrigados tenham de pagar a dívida, poderão desde logo exercer os direitos decorrentes da sub-rogação (CC, art. 831)⁴⁷. Porém, mantida a empresa em recuperação, mas sem estender-se a suspensão aos coobrigados, os credores só poderiam dirigir sua pretensão contra os garantidores, os quais, mesmo pagando a dívida e sub-rogando-se no crédito, não poderiam exercer imediatamente a sua pretensão contra a empresa, por força do art. 6º, § 4º, da LRF.

⁴³ Art. 161... § 1º Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que: II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 496.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 497.

⁴⁶ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

⁴⁷ Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor...

Sem contar que, permitindo-se a execução contra os sócios e administradores, outorga-se, na prática, brutal instrumento de pressão a determinados credores (bancos), que poderá gerar desvios na discussão sobre o plano de recuperação.

Muitas vezes, o patrimônio pessoal dos administradores e sócios garantes nem de longe servirá para satisfazer os credores, mas nem por isso estes deixarão de acioná-los se isso aproveitar-lhes em uma negociação.

Por fim, sobre a incidência do art. 49, § 1º, da LRF, ressalta-se que, mesmo suspensa a exigibilidade da obrigação dos garantes, conservam os devedores as suas garantias, isto é, elas não deixam de existir porque momentaneamente inexigíveis. Aparentemente, desse raciocínio não resulta nenhuma incompatibilidade com a letra da lei, nem a torna sem função: sua aplicação reserva-se notadamente à novação resultante da concessão da recuperação judicial, nos termos dos arts. 59, caput, e 61, § 2º, da LRF.

2.2. O aval⁴⁸

Mais difícil sustentar a incidência do art. 6º, § 4º, da LRF às obrigações garantidas por sócios e administradores mediante aval.

Segundo definição de JOÃO EUNÁPIO BORGES⁴⁹,

O aval - instituição de direito cambial - tem por finalidade garantir o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória, assim como de outros títulos (cheques e duplicata) em parte assimilados aos cambiais.

(...) Criando, pelo saque, a letra de câmbio, ou emitindo a nota promissória, o sacador ou o emitente assume a obrigação de pagar a dívida cambial. Endossando-a, o tomador se obriga igualmente ao pagamento. Aceitando-a, o sacado junte-se à mesma obrigação: o pagamento da letra. Sacador ou emitente, aceitante, endossador e avalista, a todos que firmaram a letra incumbe a mesma responsabilidade: garantir o pagamento, e efetuar-lo quando exigido.

Enquanto, porém, a função de garantia é um simples acessório das outras declarações cambiais, cuja finalidade precípua é a de criar a letra de câmbio (saque) ou transmiti-la (endosso) ou completá-la pelo aceite, a função específica e única do aval é a garantia do pagamento - o aval é a garantia tipicamente cambiária, literal e expressa.

Diferenciando o aval da fiança, PONTES DE MIRANDA⁵⁰ defende a autonomia do aval e a sua acessoriedade meramente formal, destacando a sua validade (e eficácia) a despeito da invalidade da declaração de vontade que avalizou (CC, art. 899, § 2º). Afirma, ainda, a vedação imposta ao avalista de opor as exceções próprias do avalizado, tudo a impedir a invocação, neste caso, de boa parte das razões expostas nos itens precedentes:

⁴⁸ Sobre o aval ver: DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista de Direito Mercantil*. Ano XXIII (Nova Série) n. 53 Janeiro/Março de 1984, p. 41/71.

⁴⁹ *Do Aval*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 15.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 118.

O aval é manifestação de vontade de garantia, negócio jurídico unilateral de garantia, não, porém, fiança. (...) O aval vale a despeito da invalidade da declaração de vontade (saque, aceite, subscrição, endosso, aval) que se avalizou, o que somente ocorre com a fiança em caso de invalidade por incapacidade. O aval, a despeito de ser garantia, é autônomo. A sua acessoriedade é só formal (Tomo XXXIV, § 3.895, 4). O avalista não pode opor as exceções próprias do avalizado.

Em parecer que trata do aval dado em garantia da empresa concordatária, FÁBIO KONDER COMPARATO⁵¹ rejeita peremptoriamente a possibilidade de estenderem-se ao avalista os benefícios conferidos ao devedor em concordata:

O desenvolvimento do raciocínio, tanto à luz da natureza de garantia objetiva e autônoma do aval quanto no tocante ao alcance dos efeitos da concordata preventiva, relativamente aos coobrigados com o concordatário, levou-nos à mesma conclusão: a norma especial do art. 213 da Lei de Falências diz respeito a obrigações próprias do concordatário e não pode ser invocada pelo seu avalista, ao ser executado, por se tratar de exceção de direito alheio, a qual repugna tanto ao instituto do aval quanto ao da concordata.

À vista da autonomia do aval e do disposto no art. 49, § 1º, da LRF, a jurisprudência vem entendendo ser absolutamente inviável suspenderem-se as execuções movidas contra o sócio/administrador avalista⁵².

Além disso, acerca do aval, devem ser também ponderadas as mesmas razões expostas no tocante à fiança, por conta das dificuldades impostas à recuperação da empresa em razão do prosseguimento das execuções contra os sócios e administradores. O que se disse lá vale igualmente aqui.

Por fim, seria de cogitar-se se a causalidade da declaração avalizada (extremamente acentuada nos contratos bancários) não poderia ser invocada para, mitigando-se a autonomia do aval, estender a suspensão também aos avalistas, sobretudo quando não ocorre a circulação do título⁵³.

3. Efeitos da concessão da recuperação judicial

Dispõe o art. 59 da LRF que a concessão da 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**”.

⁵¹ “Responsabilidade do avalista na concordata preventiva do avalizado”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 490.

⁵² STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1191297-RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.6.2013. No mesmo sentido, confira-se: STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 170.672/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 05/02/2013; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1268682/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, j. 20/11/2012; STJ, 4ª T., REsp 1269703/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 13/11/2012; STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 116.173/AL, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 10/04/2013; STJ, 3ª T., REsp 1.095.352/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 9.11.2010. Em sentido contrário, localizou-se um único precedente do Superior Tribunal de Justiça, fundado em decisão monocrática proferida no Ag nº 1077960/SP, rel. Aldir Passarinho Júnior, j. 30.6.2009.

⁵³ “Note-se que a abstração tem por pressuposto a circulação do título de crédito. Entre os sujeitos que participaram do negócio originário, o título não se considera desvinculado deste.” (FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 379.

Indaga-se acerca da incompatibilidade da novação do art. 59 da LRF (por alguns chamada de “novação recuperacional”⁵⁴) com a novação disciplinada pelos artigos 360 a 367 do Código Civil, sobretudo porque esta extingue os acessórios e as garantias da dívida (CC, art. 364)⁵⁵, ao passo que aquela os mantém (LRF, arts. 49, § 1º, 59 e 61, § 2º).

Mas se a novação não extingue a garantia, questiona-se se o credor poderá exigí-la mesmo se o plano de recuperação homologado estiver sendo devidamente cumprido pelo devedor.

As questões se colocam, portanto, em dois planos distintos, referindo-se primeiro à própria existência (ou subsistência) da garantia, e depois à sua eficácia.

Considerável número de julgados, que se apoia no entendimento prevalecente da doutrina⁵⁶, entendeu que a “novação recuperacional” não extingue as garantias dadas ao cumprimento das obrigações novadas, nem impede os credores de exigí-las, independentemente do cumprimento ou não do plano de recuperação.

Confira-se, por exemplo, estes acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça de Goiás:

EXECUÇÃO - Suspensão - Inadmissibilidade - Recuperação judicial da devedora principal - Prossegue a ação contra o coobrigado, pois o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial (art. 52 da Lei 11.101/2005) ou a concessão do pedido de recuperação judicial (art. 58), não interfere nas relações do credor com os coobrigados do devedor em recuperação - Embora o art. 59 do mesmo diploma mencione que o plano de recuperação judicial implica “novação”, ele igualmente ressalva a ação contra os coobrigados, quando se refere à expressão “sem prejuízo das garantias”. Execução fundada em contrato de câmbio não está sujeita aos efeitos da recuperação judicial do devedor principal - Inteligência do § 4º do art. 49 da Lei 11.101/2005 - Dispositivo legal que deve ser aplicado, pois a Constituição Federal não confere ao juiz a produção de atos normativos ou a elaboração da lei, não podendo qualquer crítica ultrapassar o aspecto econômico da questão - Suspensão em razão do deferimento de recuperação judicial da devedora excedeu o prazo de 180 dias, previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101 de 9-2-05 - Vencido o período de 180 dias, a execução está liberada para o prosseguimento - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 7.158.895-5, Tribunal de Justiça de São Paulo, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Álvaro Torres Júnior, j. 16.11.2007).

Cinge-se a presente insurreição em elucidar se a deliberação alvo de protesto (fls. 2.847/2.859) fora contraditória, ao reconhecer a autoridade suprema da assembléia-geral e a liceidade do item 8.2 do

⁵⁴ Dentre eles, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS. “Novação recuperacional”. In: *Revista do Advogado*, nº 105, set./2009, p. 125.

⁵⁵ Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

⁵⁶ Entre outros, SÉRGIO CAMPINHO defende que “o preceito legal em análise manda preservar as garantias do crédito que, desse modo, não ficam alteradas pela novação operada. Por isso é que não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores desta e responsáveis pela via de regresso (§ 1º do artigo 49)”. (*Falência e recuperação de empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.148).

plano de recuperação e, ao mesmo tempo, determinar a viabilidade de o credor exigir o cumprimento das garantias pelos terceiros dispensadas. Adstringe-se o recurso em apreço, outrossim, a verificar se o mesmo acórdão (fls. 2.847/2.859) incidiu em omissão, ao deixar de registrar em que medida a exceção vazada no art. 49, § 2º, da Lei nº 11.101/05 libera os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso dos deveres anteriores à recuperação judicial - lacuna que, por sua vez, alcançou o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil e os arts. 35 e 47, ambos da Lei de Recuperação e Falência. Sem razão o embargante. Não há contradição alguma no acórdão objurgado, posto que a recuperação judicial foi solicitada e obtida pelo credor dito principal e só a ele beneficia. O Acórdão diz textualmente: 'O plano de recuperação vincula os credores para com o devedor que o solicitou, mas não atinge terceiros que por ventura sejam garantidores das obrigações, mesmo que tal disposição esteja evidenciada no plano.' De fato, o embargante confunde de forma predeterminada, os efeitos da recuperação judicial em face da empresa, com diferença em face dos garantidores da obrigação. Os garantes não estão sob os efeitos da recuperação, mas somente a própria empresa. Justamente por isso, podem ser acionados independente desta. O próprio artigo 59, da Lei de Recuperação Judicial ressalva as garantias, como não tocadas pelo benefício legal à empresa em dificuldade. Repito, quem tem o benefício é a empresa e não os garantidores de suas obrigações, mesmo que sejam seus sócios. Eventual pagamento, seja da empresa diante do plano aprovado, ou de terceiro coobrigados, deve imediatamente ser informado no processo, de modo que haja a compensação com a cobrança integral da dívida. Também não há qualquer contradição em se manter o plano apresentado, posto que o acórdão foi claro no sentido de que apenas os aspectos formais devem ser analisados em sede judicial. O judiciário não pode adentrar no mérito das cláusulas apresentadas, as quais não vinculam terceiros coobrigados, mas somente a empresa em recuperação judicial com seus credores de qualquer natureza. (Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 69.626-4/180, Tribunal de Justiça de Goiás, 5ª Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível, Rel. Aureliano Albuquerque Amorim, j. 5.5.2009).

A leitura literal do artigo 59 da LRF, embora refira o termo “novação”, realmente não deixa dúvidas sobre a manutenção das garantias. O problema é que, na prática, desde a vigência da Lei, constata-se a necessidade de solucionar as questões decorrentes das garantias, após a concessão da recuperação judicial.

Nesse aspecto, pode-se mencionar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da mesma 21ª Câmara de Direito Privado, no qual se entendeu que, operada a novação, a exigência das garantias condiciona-se ao descumprimento do plano e à decretação da falência:

Execução por título extrajudicial - Ação dirigida contra pessoa jurídica e contra os sócios desta, devedores solidários - Recuperação judicial homologada - Benefício legal que torna inexigível o título tanto para a devedora principal, quanto para os garantes, em razão de serem sócios da empresa em recuperação judicial - Análise do arti-

go 49, § 1º, da Lei 11.101/2005, combinado com o artigo 739-A do CPC - Recurso provido. (Apelação nº 7.166.479-6. 21ª Câmara de Direito Privado. Rel. Souza Lopes. j. 31.10.2007).

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, por sua vez, destaca⁵⁷:

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 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 neste 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 7.666/1945, para a concordata.

Já para EDUARDO SECCHI MUNHOZ⁵⁸, a novação operada pela concessão da recuperação necessariamente “extingue os acessórios e garantias da dívida novada, admitindo-se que as partes estipulem o contrário, conforme se depreende do art. 364”.

A possibilidade de estipulação da exclusão das garantias ou sua suspensão vem sendo ventilada em cláusulas do plano de recuperação judicial, que muitas vezes são impugnadas e impõem ao juiz decidir sobre sua manutenção ou não⁵⁹.

Portanto, compreender a peculiaridade dos efeitos da novação prevista no artigo 59, sem olvidar do disposto no artigo 61, § 2º parece fundamental para então analisar a eficácia das garantias depois da concessão da recuperação judicial, nos casos de descumprimento do plano e, ainda, a possibilidade de extinção das garantias pelo plano de recuperação, sobretudo sua oponibilidade aos credores dissidentes.

4. Descumprimento do plano de recuperação

Dispõe o art. 61, § 2º, da LRF que “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”.

⁵⁷ *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. 8ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.172.

⁵⁸ In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coordenadores). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: RT, 2005, p. 290.

⁵⁹ Nesse sentido: Agravo de Instrumento 0175314-43.2012.8.26.0000. Relator(a): Francisco Loureiro. Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do julgamento: 03/04/2014. Ementa: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação de alteração de plano de recuperação judicial. Alteração aprovada por esmagadora maioria dos credores, com concordância do administrador judicial e do Promotor de Justiça. Divisão de credores quirografários em sub classes que, por si só, não significa violação do princípio da *pars conditio creditorum*, salvo em razão de marcada manobra para fraudar a lei. Créditos com origem em pré-pagamento de exportação (PPE), parte deles garantidos por penhor e hipoteca, a justificar o tratamento diferenciado Parcelas dos créditos quirografários que receberão praticamente o mesmo deságio - Alienação de ativos para pagamento dos credores já prevista no plano original, devidamente homologado em juízo e passado em julgado - Inexistência de razões para suspender os efeitos da decisão recorrida. *Desoneração dos coobrigados não se admite em plano de recuperação judicial, consoante entendimento pacífico dos tribunais*. Recurso provido em parte”.

Em razão disso, boa parte da doutrina entende que o plano se sujeita a condição resolutória, que reconstitui o credor no estado em que se achava antes da concessão da recuperação e, por conseguinte, da novação.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS⁶⁰, escorado nas lições de PONTES DE MIRANDA, sustenta que, neste caso, estando a novação sujeita a condição resolutiva, o implemento da resolução não implica restabelecimento da obrigação novada, mas a constituição de nova obrigação, nos mesmos termos da obrigação original:

De se concluir, pois, que a novação prevista como efeito da concessão da recuperação judicial, no que concerne ao devedor em recuperação, tem natureza similar, mas não idêntica à da novação regulada pelo Código Civil, que lhe atribui o efeito extintivo das obrigações anteriores da empresa recuperanda, ficando, no entanto, subordinada à condição resolutiva consistente no cumprimento do plano pelo devedor no prazo de 2 (dois) anos contado da concessão da recuperação. Se ocorrer o descumprimento de qualquer obrigação pactuada no plano, haverá convolação da recuperação em falência, e a nova obrigação resolver-se-á, surgindo uma obrigação nova que não se confunde com a prior obligatio, conforme o ensino e Pontes de Miranda.

Aparentemente, a resolução prevista no art. 61, § 2º, da LRF, subordina-se ao período de 2 (dois) anos em que o devedor permanece em estado de recuperação (LRF, art. 61, *caput*). Decorrido esse prazo, o credor só poderá exigir o cumprimento da nova obrigação, conforme se depreende do art. 62 da LRF.

Nesse sentido, como alerta SIMONE RODRIGUES ALVES ROCHA DE BARROS⁶¹, “passados dois anos da concessão, sem qualquer inadimplemento do plano, a novação se opera de pleno direito e, mesmo na hipótese de requerimento da falência na forma do artigo 94, g, não se aplica o § 2º do artigo 61, que diz respeito apenas à falência requerida na forma do artigo 73, IV, da LRE”.

De qualquer modo, ainda que a condição resolutiva tácita prevaleça apenas por dois anos, a partir da concessão da recuperação judicial, nos casos de descumprimento do plano, durante os primeiros dois anos, convém analisar como serão manejadas as garantias reconstituídas, pois, na prática, poderão ter ocorrido pagamentos e rateios e mesmo situações irreversíveis, previstas no plano de recuperação aprovado e já consolidadas, que impediriam o retorno ao *status quo ante* de forma automática, como parece levar a leitura do artigo 61, § 2º.

Além disso, a natureza da garantia também deve ser observada, para que a reconstituição das garantias não deixe de observar as condições originariamente contratadas, com efeitos, também, sobre a prioridade de excussão.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 120.

⁶¹ “Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art. 61 e suas implicações” in *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções* (Coordenação TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de; e SATIRO, Francisco). São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 399.

5. A extinção das garantias pelo plano de recuperação (oponibilidade aos credores dissidentes)

Na sequência, cumpre analisar se, aprovado o plano que preveja expressamente a extinção das garantias da dívida novada, essa extinção considerar-se-á, nos termos do art. 61, § 2º, da LRF, “ato validamente praticado no âmbito da recuperação judicial”, que foge aos efeitos da resolução da novação, e se ela será oponível também aos credores dissidentes do plano.

Além do acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, encontraram-se acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da mesma questão, ambos limitando os efeitos da extinção das garantias pactuadas no plano. O tribunal paulista, como se verá, entendeu que disposição dessa natureza seria válida, mas inoponível tanto aos credores dissidentes do plano quanto aos credores que não compareceram à assembleia geral ou se abstiveram de votar⁶²:

Recuperação judicial. Agravo de instrumento. Plano de recuperação judicial que contém cláusula que estende os efeitos da novação aos coobrigados, devedores solidários, fiadores e avalistas. Concessão do plano com aplicação do “cram 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 Assembleia-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 580.551-4/0-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Rel. Pereira Calças. j. 19.11.2008).

Recuperação Judicial. Homologação do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Soberania da decisão assemblear que não é absoluta, competindo ao juiz observar, mais do que apenas a sua legalidade e constitucionalidade, a ética, a boa-fé, o respeito aos credores e a manifesta intenção de cumprir a meta de recuperação.

⁶² No mesmo sentido, ver nota de rodapé 58.

Deságio de 50%, o prazo de 20 meses para início do pagamento, o prazo de pagamento de 124 meses, juros remuneratórios abaixo do índice oficial que se insere na soberania da assembleia e na sua natureza de novação que assentiram os credores. Os coobrigados avalistas ou fiadores não estão sujeitos à recuperação, nos termos do art. 49, § 1º, sendo indevida a venda de ativos sem autorização judicial ou da assembleia, bem como a liberação ou alteração de garantias de qualquer espécie sem aprovação do credor, nos termos dos arts. 66 e 50, § 1º, da LRF. Correção monetária que é devida. Recurso provido em parte para, sem necessidade de nova assembleia, afastar do plano as disposições acima mencionadas. (Agravo de Instrumento n. 2017556-93.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Maia da Cunha, j. 03.04.2014).

Recuperação Judicial. Alteração do Plano de Recuperação aprovada em Assembleia Geral de Credores por maioria. Homologação. Controle judicial de legalidade. Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF). Novação dos créditos anteriores ao pedido que não pode implicar em prejuízo às garantias. Ausência de manifestação expressa do agravante para permitir a supressão ou substituição das garantias reais. Artigos 49, § 1º, 50, § 1º e 59 da Lei nº 11.101/2005. Súmula 61 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Necessidade de convocação de nova Assembleia Geral de Credores. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0105481-98.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. José Reynaldo, j. 03.02.2014).

O problema de aceitar cláusulas que prevejam a exclusão de garantias apenas em relação aos credores anuentes é que o tratamento dado aos credores na mesma situação pode ficar prejudicado, além do comprometimento da ideia de soberania da assembleia de credores, a partir da prevalência da vontade da maioria, o que demanda reflexão.

Por outro lado, a submissão de credores com garantia dissidentes poderia acarretar afronta à própria segurança jurídica e seus consectários, na medida em que um credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação judicial ou falência.

A situação não é exclusividade brasileira, podendo-se mencionar, por exemplo, a solução da Lei Portuguesa de insolvência, que traz a seguinte disposição:

Artigo 95º

Responsáveis solidários e garantes

1 - O credor pode concorrer pela totalidade do seu crédito a cada uma das diferentes massas insolventes de devedores solidários e garantes, sem embargo de o somatório das quantias que receber de todas elas não poder exceder o montante do crédito.

2 - O direito contra o devedor insolvente decorrente do eventual pagamento futuro da dívida por um condevedor solidário ou por um garante só pode ser exercido no processo de insolvência, como crédito sob condição suspensiva, se o próprio credor da referida dívida a não reclamar.

E, ainda, no Capítulo III, que trata da execução do plano de insolvência e seus efeitos, vale destacar o disposto no artigo 217º:

Efeitos gerais

1 - Com a sentença de homologação produzem-se as alterações dos créditos sobre a insolvência introduzidas pelo plano de insolvência, independentemente de tais créditos terem sido, ou não, reclamados ou verificados.

2 - A sentença homologatória confere eficácia a quaisquer actos ou negócios jurídicos previstos no plano de insolvência, independentemente da forma legalmente prevista, desde que constem do processo, por escrito, as necessárias declarações de vontade de terceiros e dos credores que o não tenham votado favoravelmente, ou que, nos termos do plano, devessem ser emitidas posteriormente à aprovação, mas prescindindo-se das declarações de vontade do devedor cujo consentimento não seja obrigatório nos termos das disposições deste Código e da nova sociedade ou sociedades a constituir.

3 - A sentença homologatória constitui, designadamente, título bastante para:

a) A constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que deva adquirir, bem como para a realização dos respectivos registos;

b) A redução de capital, aumento de capital, modificação dos estatutos, transformação, exclusão de sócios e alteração dos órgãos sociais da sociedade devedora, bem como para a realização dos respectivos registos.

4 - As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afectam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os condevedores ou os terceiros garantes da obrigação, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.

No caso brasileiro, como se viu, também há previsão expressa, parecendo adequada a conclusão dos precedentes jurisprudenciais, no sentido de que apenas com a anuência expressa dos garantidores é possível afastar a possibilidade de continuar a perseguir o crédito contra os coobrigados, obviamente observadas as peculiaridades da natureza da garantia respectiva.

Nos casos em que não houver previsão no plano e a anuência dos credores garantidos, persiste a dúvida se o prosseguimento das execuções contra os garantidores poderia ocorrer normalmente ou apenas quando houver descumprimento do plano.

A resposta gravita em torno da natureza da garantia. Quando se trata de garantia com previsão de excussão subsidiária, é adequado que se exija o descumprimento do plano para o prosseguimento de execução contra o coobrigado, porque, do contrário, não há como reconhecer que o devedor originário não satisfaz o crédito, hipótese necessária para legitimar que se persiga o garantidor.

Nos casos de garantia real prestada por terceiro, a suspensão da exigibilidade da obrigação principal, assumida pela devedora em recuperação judicial, tem o condão de

suspender qualquer tentativa de excussão do bem garantido, pois só pode ser perseguido quando exigível for a obrigação cujo cumprimento garante, o que só ocorre nos casos de reconhecimento do descumprimento do plano de recuperação judicial.

Por outro lado, se a garantia for autônoma, como ocorre com o aval, não há como impedir o prosseguimento da execução contra o coobrigado.

No mesmo sentido, outro ponto que poderia ser abordado refere-se aos casos em que a garantia está vinculada a um título de crédito, pois, a partir da sua circulação, poder-se-ia analisar as hipóteses de inoponibilidade das exceções pessoais contra terceiro de boa-fé e a própria autonomia, típica dos títulos de crédito.

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça⁶³:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EMPRESA CO-EXECUTADA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO AVALISTA. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO. AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO TÍTULO DE CRÉDITO EXEQUENDO. 1.- Conforme o disposto art. 6º da Lei n. 11.101/05, o deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada não tem o condão de suspender a execução em relação a seus avalistas, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária. 2.- O Aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente. 3.- As deliberações constantes do plano de recuperação judicial, ainda que aprovados por sentença transitada em julgado, não podem afastar as consequências decorrentes das disposições legais, no caso, o art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/05, o qual prevê que “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”. 4.- Agravo Regimental improvido.

A hipótese da garantia estar vinculada a um título de crédito, como se vê, corrobora, a partir da **autonomia**, a possibilidade de manutenção da garantia, ainda que se devam observar eventuais pagamentos realizados durante a recuperação judicial.

De todo modo, a questão impõe acurada reflexão, sobretudo se considerada a ideia de preservação da empresa, a qual, embora não seja absoluta, não pode ser olvidada em qualquer posicionamento relacionado à recuperação judicial.

No caso específico da manutenção das garantias, soma-se o fato de que, na prática, os garantidores são os sócios da empresa em crise e qualquer medida de excussão de tais garantias passa, muito além da satisfação do crédito (que nem sempre será obtida), a constituir um ferramenta de pressão para a obtenção de vantagens pelo credor em face da empresa em recuperação judicial.

⁶³ AgRg nos EDcl no REsp 1280036/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 05/09/2013.

6. Conclusões

Como se viu, as questões envolvendo os efeitos do processamento da recuperação judicial sobre as garantias dadas pelos sócios e administradores do devedor são das mais polêmicas suscitadas pela LRF.

Instiga, em especial, saber se a suspensão operada por força do art. 6º, § 4º, da LRF aproveita aos garantidores, isto é, se ficam suspensas também as ações e execuções movidas contra eles pelos credores do devedor.

A análise dessa questão depende da natureza e da modalidade da garantia prestada.

Cuidando-se de fiança, mesmo prestada de forma solidária, com exclusão do benefício de ordem, o fiador pode opor ao credor todas as exceções que competem ao afiançado: não apenas as extintivas da obrigação, mas também aquelas que lhe encobrem a eficácia e a tornam inexigível, como a prescrição.

Da mesma forma, respeitado o entendimento majoritário em sentido contrário, conclui-se que, inexigível a obrigação do devedor em recuperação judicial, inexigível será a fiança.

Esse entendimento privilegia os objetivos da LRF, sobretudo a manutenção da empresa (art. 47), haja vista que o prosseguimento das execuções contra os garantidores, quase sempre os próprios sócios ou administradores da sociedade em recuperação, pode dificultar ou mesmo inviabilizar a aprovação do plano e, por conseguinte, o soerguimento da empresa.

Mais difícil sustentar que se suspendem as execuções contra os avalistas, dada a autonomia que caracteriza o aval. Todavia, se o título avalizado não circular (não se cogitando, pois, do interesse de terceiros de boa-fé), a acentuada causalidade da declaração avalizada poderia eventualmente ser invocada para estender a suspensão também aos avalistas, especialmente quando isso for absolutamente necessário para garantir o sucesso da recuperação, em benefício da coletividade de credores (casos de aval prestados por sócios e administradores do devedor, sem benefício econômico significativo para o credor titular da garantia).

No caso de concessão da recuperação judicial, o caminho é o mesmo, ao menos até que ocorra o descumprimento do plano aprovado, hipótese que, por força da própria LRF, autoriza o prosseguimento das execuções contra os coobrigados.

Finalmente, a previsão de cláusulas no plano de recuperação, prevendo a exclusão ou suspensão de garantias só pode ser admitida nos casos de anuência do credor garantido, ainda que a situação possa gerar um descompasso de tratamento entre credores na mesma situação e a quebra da soberania da vontade da maioria na assembleia de credores.

Talvez a questão pudesse estar melhor explicitada na Lei n. 11.101/05, como ocorre no caso da Lei Portuguesa.

De todo modo, como mencionado, a questão impõe acurada reflexão, sobretudo se considerada a ideia de preservação da empresa, a qual, embora não seja absoluta, não pode ser olvidada em qualquer posicionamento relacionado à recuperação judicial.

7. Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROS, Simone Rodrigues Alves Rocha de. “Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art. 61 e suas implicações” in *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções* (Coordenação TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de; e SATIRO, Francisco). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. “A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido”. In: *Revista do Advogado*, n° 105, set./2009, p. 129-134.

_____. *A nova lei de recuperação e falências comentada*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

BORGES, João Eunápio. *Do Aval*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *A nova lei de recuperação e falências comentada*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Novação Recuperacional”. In: *Revista do Advogado*, n° 105, set./2009, p. 115-128.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. “Efeitos da concordata preventiva do devedor principal sobre a relação de fiança”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 491-497.

_____. “Responsabilidade do avalista na concordata preventiva do avalizado”. In: *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 476-490.

COOK, Michael [et. al.]. *The Bankruptcy Code’s automatic stay*. Nova Iorque: 2008. Disponível em: <<http://www.srz.com>>. Acesso em: 10.09.2014.

DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista de Direito Mercantil*. Ano XXIII (Nova Série) n. 53 Janeiro/Março de 1984, p. 41/71.

ETKIN, Michael S.; e LEEVE, Ira M.. “Automatic Stay Doctrine Applies to Certain Related Nondebtors”. *New Jersey Law Journal*: 2001. Disponível em: <<http://www.lowenstein.com/publications/articles/detail.aspx?PubID=106>>. Acesso em: 10.09.2014.

GOLD, H. Jason [et. al.]. “Actions Against Co-Debtors in Chapter 11” Disponível em: <<http://www.wileyrein.com/publications.cfm?sp=articles&id=3484>>. Acesso em: 10.09.2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 536.

_____. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

MACHADO, Rubens Approbato. *A Nova Lei das Falências*, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

MANDEL, Julio Kahan. *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 44.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. (Coordenadores). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 - 1 ed. e 2.ed.*- São Paulo: RT, 2005 e 2007, respectivamente.

_____. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 36, p. 184-199, 2007.

NORONHA; João Otávio de; CORRÊA LIMA; Sérgio Mourão. In: CORRÊA LIMA, Osmar Brina [et. al.] (Coords.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. “Considerações sobre os Títulos de Crédito no Projeto do Código Civil e Notas sobre o Código de 2002”. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito*. São Paulo: Walmar, 2004.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de Empresas*. Barueri-SP: Manole, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987, p. 22.

_____; e ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2005.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2.

WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. In: CORRÊA-LIMA, Oscar-Brina et. al. (Coord.) *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.